

Häuser. Dem gegenüber hat die Vorinstanz zunächst ausgeführt, die bei den Akten liegenden Muster Hock, Deydier und Atrux seien nicht identisch mit denen der Kläger, und da das de la Mathe'sche nur in letzter Linie angeführt sei, sei anzunehmen, auch bei ihm treffe die Identität nicht zu. Die Richtigkeit dieser Ausführungen mag dahingestellt bleiben. Denn ausschlaggebend ist, daß die Beklagten nirgends die bestimmte Behauptung aufgestellt haben, daß gerade im Jahre 1904, im maßgebenden Zeitpunkt, den Klägern von jenen Häusern Konkurrenz gemacht worden sei. Daran scheidet aber dieser Berufungsangriff, und mit ihm sind auch die Beweisergänzungsanträge der Beklagten (Berufungsantrag 2) erledigt.

7. Die Anschlußberufung endlich beschlägt die tatsächliche Frage, wie viel Stück die Kläger ohne das Dazwischentreten der Beklagten in England abgesetzt hätten. Eine Aktenwidrigkeit der bezüglichen Feststellung der Vorinstanz, mit welcher die Berufung einzig begründet werden könnte, ist nicht dargetan. Wenn die Vorinstanz nicht ausschlaggebend auf das Zeugnis Dearbergh abgestellt hat, so ist dagegen vor Bundesgericht nicht nachzukommen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Haupt- und Anschlußberufung werden abgewiesen, und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Argau vom 10. Oktober 1907 wird in allen Teilen bestätigt.

VI. Schuldbetreibung und Konkurs.

Poursuites pour dettes et faillite.

11. Urteil vom 28. Februar 1908

in Sachen **Konkursmasse Kammer**, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen
Stämpfli, Kl. u. Ber.=Bekl.

Pfandobligation im Konkurse. Einreden der Simulation, der Tilgung, und der Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäftes, Art. 287 SchKG. Ueberschuldung. Beweis der Unkenntnis des Begünstigten von der Vermögenslage des Schuldners. Art. 288 eod.

A. Durch Urteil vom 19. September 1907 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern über das Rechtsbegehren:

„Es sei zu erkennen, der Kläger Stämpfli sei im Konkurse „des H. Kammer, gewesenen Wirts in Wengen, im Kollokationsplane mit seiner grundpfandversicherten Forderung von 6475 Fr. „nebst Zins zu 4 1/2 % vom 23. September 1905 bis Ende „Januar 1906 mit Unrecht abgewiesen worden“

erkannt:

Dem Kläger ist sein Klagsbegehren im Sinne der Erwägungen zugesprochen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrage auf Abweisung der Klage.

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Beklagten Gutheißung, der Vertreter des Klägers Abweisung der Berufung beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Ende 1904 entschloß sich Rudolf Kammer, von Beruf Zimmermann, zum Bau eines Hotels in Wengen. Das zu diesem Zwecke erforderliche Terrain kaufte er zum Teil von seiner Mutter, zum Teil von einem Nachbarn derselben. Obwohl persönlich unbemittelt, genoß er, hauptsächlich mit Rücksicht auf seine als vermöglicly geltenden Verwandten, einen gewissen Kredit.

Nach Fertigstellung des Rohbaues zeigte sich, daß bei der Fundierung desselben unrichtig vorgegangen war, sodaß der Einsturz des Hauses befürchtet wurde. Behufs Korrektur der Fehler und Fertigstellung des Baues wandte sich Kammer nun an den Kläger. Am 20. April 1905 kam zwischen den genannten ein Vertrag zu Stande, laut welchem der Kläger sich verpflichtete, dem Kammer eine Anzahl seiner Zimmerleute, sowie das nötige Werkzeug, soweit Kammer dasselbe nicht selber besaß, zu gewissen Bedingungen zu überlassen. Die eine dieser Bedingungen lautete: „Stämpfli stellt dem Kammer wöchentlich Rechnung, welche „Hr. Kammer jeweilen für den Zahltag bezahlt, für Lieferungen „nach jeweiliger Übereinkunft.“

Infolge obigen Vertrags wurde Kammer dem Kläger im Laufe des Sommers 11,619 Fr. 95 Cts. schuldig. In bar erhielt der Kläger von Kammer nur Zahlungen im Gesamtbetrage von etwas über 2000 Fr. Für den Rest von 9000 Fr. stellte ihm Kammer verschiedene, von zwei zahlungsfähigen Verwandten desselben verbürgte Wechsel aus. Diese Wechsel wurden dem Kläger von Bankier Beetschen in Interlaken anstandslos diskontiert.

Mit Ausnahme eines am 7. Juli per 7. Oktober ausgestellten Wechsels von 3000 Fr., welchen Kammer im Oktober einlöste, wurden die Wechsel am Verfalltage prolongiert. Infolge der von Kammer gestellten Prolongierungsgesuche hatte sich der Kläger bei verschiedenen Personen, u. a. auch bei Notar Ruef in Interlaken, über die Verhältnisse Kammers erkundigt. Notar Ruef teilte ihm über Kammer nichts nachteiliges mit, schlug ihm aber vor, an Stelle der Wechsel eine von Kammer aufzunehmende Pfandobligation im zweiten Range zu acceptieren und dann, sobald die Pfandobligation versilbert sein werde, die Wechsel aus der Zirkulation zurückzuziehen. Der Kläger ging hierauf zuerst nicht ein, ließ sich aber dann im September zur Annahme des Vorschlages bewegen. Die Pfandobligation im Betrage von 6475 Fr. (d. h. im Betrage der damaligen Schuld Kammers abzüglich des am 7. Oktober fälligen Wechsels von 3000 Fr.) wurde am 23. September zu Gunsten des Klägers errichtet. Der Kläger versuchte nun, dieselbe zu verwerten, stieß dabei jedoch auf Schwierigkeiten. Am 13. November wurde ihm die Pfandobligation von der Spar-

und Leihkasse Thun mit 5500 Fr. beliehen. Der Kläger zog aber die Wechsel auch jetzt nicht sofort aus der Zirkulation zurück, sondern schien deren nächste Verfalltage abwarten zu wollen, als am 23. Dezember über Kammer der Konkurs ausbrach.

Laut Feststellung der Vorinstanz gab der Kläger in diesem Konkurse seine Forderung von 6475 Fr. nebst Zins als pfandversicherte Forderung ein, wurde jedoch damit abgewiesen, bis auf einen Betrag von 878 Fr. 60 Cts., der in V. Klasse kolloziert wurde. Die in Zirkulation befindlichen Wechsel wurden von deren Inhaber angemeldet. Der Kläger anerkennt, daß diejenigen Beträge, die im Konkurse Kammer auf obige Wechsel entfallen, von der eingeklagten Forderung abzuziehen sind. Aus den Erwägungen des angefochtenen Urteils ist ersichtlich, daß dem Kläger das von ihm gestellte Rechtsbegehren nur unter Behaftung desselben bei dieser Anerkennung zugesprochen wurde.

2. (Einrede der mangelnden Aktivlegitimation abgewiesen: „Zwar neu, muß aber, da sie sich auf die materiellen Voraussetzungen des Klaganspruchs bezieht, dennoch geprüft werden.“ Unbegründet nach Feststellung der Vorinstanz, daß der Kläger im Konkurse des Kammer „seine Forderung von 6475 Fr. nebst „Zins eingab. Sodann ist klar, daß die Spar- und Leihkasse „Thun, wenn die Anmeldung wirklich von ihr ausgegangen wäre, „lediglich als Stellvertreterin des Klägers gehandelt haben würde; „endlich wäre die Pfandobligation, da sie aus einem öffentlichen „Buche ersichtlich war, gemäß Art. 246 SchRG von Amtswegen „zu berücksichtigen gewesen, sodaß es also einer Anmeldung über- „haupt nicht bedurfte.“)

3. In zweiter Linie hat die Beklagte vor Bundesgericht sowohl als vor den kantonalen Instanzen den Einwand erhoben, es habe sich bei der Errichtung der Pfandobligation um ein fingiertes Rechtsgeschäft gehandelt, ein Rechtsgrund habe für dieselbe nicht vorgelegen, da der Kläger ja längst im Genusse des ihm ursprünglich von Kammer geschuldeten Geldes gewesen sei.

Auch diese Einrede ist unbegründet. Die Kontrahenten beabsichtigten durchaus nicht, gegenüber Dritten den Schein einer Schuld Kammers zu erwecken; sondern es sollte wirklich Kammer dem Kläger 6475 Fr. schuldig werden, bezw. schuldig bleiben, und

es sollte für diese Schuld wirklich die Liegenschaft des Kammer verhaftet werden. Die Beklagte hat denn auch selber nicht bestritten, daß Kammer dem Kläger aus Dienstvertrag und infolge von Warenlieferungen 11,619 Fr. 95 Cts. schuldig geworden war und daß obige 6475 Fr. denjenigen Teil dieser 11,619 Fr. 95 Cts. darstellten, für welchen sich zur Zeit der Errichtung der Pfandobligation noch uneingelöste Wechsel in Zirkulation befanden (unter Abzug eines Wechsels von 3000 Fr., der am 7. Oktober eingelöst werden sollte und auch eingelöst worden ist). Dagegen behauptet nun die Beklagte, die Schuld des Kammer sei durch Aushängabe der Wechsel bereits getilgt gewesen, und aus diesem Grunde habe für die Errichtung der Pfandobligation kein Rechtsgrund mehr bestanden.

Hierzu ist zunächst zu bemerken, daß in der Ausstellung von Wechseln für den Betrag einer Schuld im Zweifel (vergl. Art. 143 OR) keine Novation zu erblicken ist, d. h. die Wechsel sind im Zweifel nicht als Zahlungstatt, sondern als zahlungshalber ausgestellt zu betrachten, sodaß also die ursprüngliche Schuld bis zur Einlösung der Wechsel fortbesteht.

Wollte aber auch angenommen werden, im vorliegenden Fall seien die Wechsel an Zahlungstatt gegeben worden, so hätte der Kläger doch als Remittent eine eventuelle Regressforderung gegen Kammer als gegen den Aussteller oder Acceptanten beissen, welche durch eine Pfandobligation sicher zu stellen einen guten Sinn haben konnte. Abgesehen davon ergibt sich aus den Feststellungen der Vorinstanz sowohl als aus den übereinstimmenden Erklärungen der Parteien, daß der Kläger gegen Errichtung der Pfandobligation durch Kammer die Verpflichtung übernahm, die Wechsel aus der Zirkulation zurückzuziehen oder doch am Verfalltage an Stelle Kammer's einzulösen. Die Erfüllung dieser Verpflichtung kam zu einer Rückerstattung des s. Z. vom Kläger aus den Wechseln erlösten Geldes gleich, und es wurde daher Kammer dem Kläger spätestens im Momente der Einlösung der Wechsel deren Betrag wieder schuldig. Zur Sicherstellung oder auch zur Tilgung der daherigen Forderung des Klägers sollte gerade die Pfandobligation dienen, sodaß also die Errichtung der letztern eines Rechtsgrundes durchaus nicht entbehrte.

4. Die Beklagte hat endlich die Einrede der Anfechtung im Sinne von Art. 287 und 288 SCHRG erhoben und dieselbe in Bezug auf Art. 287 damit begründet, daß durch Errichtung der Pfandobligation entweder eine bereits bestehende Verbindlichkeit im Sinne von Art. 287 Ziff. 1 sichergestellt oder aber eine Geldschuld durch ein außergewöhnliches Zahlungsmittel im Sinne von Art. 287 Ziff. 2 getilgt worden sei.

Der Kläger hat zunächst speziell gegenüber der Anrufung von Art. 287 Ziff. 1 geltend gemacht, daß es sich subjektiv nicht um Sicherstellung gehandelt habe, indem ja der Kläger durch habhaft verbürgte Wechsel vollkommen sichergestellt gewesen sei und in die Annahme der Pfandobligation an Stelle der von ihm einzulösenden Wechsel nur aus Gefälligkeit gegenüber Kammer (um demselben eine anderweitige Verfügung über seine Barmittel zu ermöglichen) eingewilligt habe.

Demgegenüber ist vor allem darauf zu verweisen, daß Art. 287 Ziff. 1 zur Anwendung kommt, sobald objektiv eine Sicherstellung bewirkt worden ist. Eine solche hat aber im vorliegenden Falle zweifellos stattgefunden, da dem Kläger, wenn derselbe auch gleichzeitig auf eine vielleicht eben so gute oder noch bessere Sicherheit (solide Bürgen) verzichtete, doch durch Errichtung der Pfandobligation eine neue Sicherheit gegeben wurde. Abgesehen davon fällt in Betracht, daß die Darstellung des Klägers darauf hinausläuft, es sei durch Errichtung der Pfandobligation keine Sicherstellung, sondern eine Hingabe an Zahlungstatt vollzogen worden. In demselben Maße also, wie der Kläger die Anwendbarkeit von Art. 287 Ziff. 1 verneint, behauptet er selber die Anwendbarkeit von Art. 287 Ziff. 2. Ob aber die Errichtung der Pfandobligation unter Ziffer 1 oder unter Ziffer 2 des mehrerwähnten Artikels 287 subsumiert werde, ist für das Resultat des Prozesses gleichgültig.

5. Liegt somit jedenfalls eine der in Art. 287 SCHRG unter gewissen Voraussetzungen als anfechtbar erklärten Rechts-handlungen vor, so ist im fernern zu untersuchen, ob diese besonderen Voraussetzungen im vorliegenden Falle gegeben seien.

Ohne weiteres ist diese Frage bezüglich des Zeitpunktes der Bornahme der angefochtenen Rechts-handlung zu bejahen, da fest-

steht, daß die Pfandobligation im September 1905 errichtet wurde, der Konkurs über Kammer aber bereits im Dezember desselben Jahres ausgebrochen ist.

Andererseits verhält es sich mit der Frage, ob Kammer zur kritischen Zeit bereits überschuldet gewesen sei. In dieser Beziehung fehlt es an einer unzweideutigen Feststellung der Vorinstanz. Anlässlich der Prüfung der Frage, ob die Voraussetzungen des Art. 287 erfüllt seien, wird im Urteil der Vorinstanz die Frage der Überschuldung überhaupt nicht eingehend behandelt, sondern lediglich bemerkt, die Voraussetzungen dieses Artikels seien zwar „an sich“ gegeben, aber es sei dem Kläger der im letzten Absatz von Art. 287 vorgesehene „Erxulpationsbeweis“ geglückt; denn durch die ihm über Kammer erteilten Informationen sei er gegen den Einwand gedeckt, „daß Kammer im Zeitpunkt der Ausstellung der Pfandobligation überschuldet gewesen sei und er dies hätte erkennen können“. An einer andern Stelle des Urteils heißt es sodann, die finanzielle Situation des Kammer sei zur kritischen Zeit „nicht als eine besonders mißliche“ zu bezeichnen gewesen, und es habe „von einer eigentlichen Überschuldung kaum gesprochen werden“ können.

Diese Bemerkungen der Vorinstanz qualifizieren sich nun allerdings schwerlich als Feststellungen tatsächlicher Natur in Bezug auf die effektive Vermögenslage des Kammer im September 1905, sondern eher nur als Äußerungen über den mutmaßlichen, guten oder bösen Glauben des Klägers, während es einer deutlichen Erklärung darüber bedurft hätte, ob am 23. September 1905 die Passiven Kammers größer waren als dessen Aktiven.

Wird indessen diese von der Vorinstanz nicht klipp und klar beantwortete Frage an Hand der Akten und einzelner im Urteil der Vorinstanz immerhin vorhandener Anhaltspunkte geprüft, so ergibt sich, daß dieselbe jedenfalls nicht mit Sicherheit bejaht werden kann.

Denn einerseits steht fest, daß die Grundsteuerzuschätzung der Kammer'schen Liegenschaft 53,460 Fr. betrug und daß diese Liegenschaft am 23. September nur mit einer I. Hypothek von 28,000 Fr. belastet war, ferner daß Kammer im Herbst 1905 bereits etwelches Hotelmobiliar besaß, da sein Gasthof im Juli

und August in vollem Betrieb gestanden und im August sogar besetzt gewesen war; andererseits aber konstatiert die Vorinstanz, daß sich, von jener Hypothekarschuld abgesehen, die Schulden des Kammer bloß auf zirka 23,000 Fr. belaufen. Darnach hätten also die Aktiven immerhin einige Tausend Franken mehr betragen als die Passiven, ganz abgesehen davon, daß nach der Ansicht des Verwalters der Spar- und Leihkasse Thun die Grundsteuerzuschätzung noch zirka 10,000 bis 20,000 Fr. unter dem wirklichen Werte der Liegenschaft blieb.

6. Wollte nun aber trotzdem angenommen werden, Kammer sei schon im September 1905 überschuldet gewesen (da es sonst kaum erklärlich wäre, wieso Kammer bloß 3 Monate später in den Konkurs geraten konnte, nachdem er doch in der Zwischenzeit keine namhaften Verluste erlitten hatte), so wäre die Anfechtungseinrede der Beklagten dennoch abzuweisen, weil jedenfalls der im letzten Absatz von Art. 287 vorgesehene Beweis als vom Kläger geleistet anzusehen ist.

Wie die Vorinstanz an Hand zahlreicher Zeugenaussagen festgestellt hat, wurde Kammer, als er mit dem Bau seines Gasthofes begann, in Wengen und Lauterbrunnen allgemein als zahlungsfähig betrachtet, wenn auch freilich sein Kredit mehr auf dem Ansehen und der Vermögenslage seiner Familie als auf der Annahme beruhte, Kammer sei selber begütert. Die bald am Gasthofbau zu Tage getretenen Mängel scheinen allerdings das Vertrauen des Publikums eine Zeit lang etwas erschüttert zu haben. Da es aber Kammer immerhin gelang, den Hotelbetrieb bereits im Sommer 1905 zu beginnen, und da sein Haus eine Zeit lang sogar besetzt war, glaubte im Herbst 1905 doch niemand an die Wahrscheinlichkeit eines baldigen Konkurses. Was speziell den Kläger betrifft, so mußte demselben freilich auffallen, daß Kammer, obwohl er sich zu regelmäßigen Barzahlungen verpflichtet hatte, ihm doch in der Regel nur Wechsel übergab. Wenn der Kläger sich darauf berufen hat, daß diese Wechsel ihm von Bankier Beetschen stets anstandslos diskontiert wurden, so ist zu bemerken, daß dies zur Beruhigung des Klägers nicht genügen durfte, da ja Beetschen die Wechsel jeweilen erst diskontierte, als sie bereits die Unterschrift des Klägers trugen. Immerhin steht

aber fest, daß die Wechsel außer den Unterschriften des Klägers und Kammer's noch diejenigen zweier solider Bürgen trugen und daß diese letztern Unterschriften derjenigen des Klägers vorgingen. Der Kläger durfte somit jedenfalls annehmen, er habe an diesen beiden Bürgen einen sichern Rückhalt. Wenn er sich daher im September auf wiederholte Vorschläge des Notars Rues hin bereit erklärte, statt der Wechsel eine Pfandobligation anzunehmen, so geschah dies offenbar nicht in der Absicht, sich für eine dubiose Forderung Sicherheit zu verschaffen, sondern vielmehr einerseits aus Gefälligkeit gegenüber Kammer, der auf diese Weise von seiner Verpflichtung zur Einlösung der Wechsel befreit wurde, und andererseits vielleicht auch zu dem Zwecke, sich selber die mit der weiteren Prolongierung der Wechsel verbundenen Umtriebe zu ersparen.

Die Vorinstanz stellt übrigens fest, daß der Kläger sich wiederholt, und zwar sowohl vor Abschluß des Vertrages vom 20. April 1905 als auch im Laufe des Sommers 1905, über die Vermögenslage Kammer's erkundigt und dabei von Leuten, welche die Verhältnisse Kammer's aus nächster Nähe zu kennen schienen, günstige Auskunft erhalten hatte; ferner daß noch im November 1905 die Spar- und Leihkasse Thun die Übernahme der Pfandobligation, auf welche sie immerhin 5500 Fr. vorschob, nicht etwa deshalb verweigerte, weil sie über Kammer schlechte Informationen erhalten hätte, sondern lediglich wegen momentan starker Inanspruchnahme ihrer zu Hypothekendarlehen verfügbaren Gelder.

Hatte aber sogar noch im November ein Bankinstitut mit Sitz in Thun gegenüber Kammer keinen Argwohn, so konnte füglich im September der in Bern wohnende Kläger denselben für zahlungsfähig halten.

Für den guten Glauben des Klägers spricht sodann noch der von der Vorinstanz hervorgehobene Umstand, daß die Pfandobligation nicht für den Gesamtbetrag der in Zirkulation befindlichen Wechsel errichtet wurde, woraus geschlossen werden kann, daß der Kläger bezüglich der Bezahlung des Restes keine Befürchtungen hegte; ferner die Erwägung, daß es dem Kläger nicht darum zu tun sein konnte, an Stelle gut verbürgter Wechsel eine ansehbare Sicherheit entgegenzunehmen; ebenso der Umstand,

daß auch durch Errichtung der Pfandobligation die Liegenschaft des Kammer noch bei weitem nicht bis zu ihrem vollen Werte belastet wurde, während doch sonst erfahrungsgemäß vor dem Konkurse stehende Schuldner ihre Liegenschaft bis zur äußerst zulässigen Grenze zu belasten pflegen. Endlich ist festgestellt, daß der Kläger dem Kammer noch nach dem 23. September 1905 Waren geliefert hat, ohne für deren Wert vollständig gedeckt zu sein. Dies hätte er aber zweifellos nicht getan, wenn er schon bei Errichtung der Pfandobligation in bösem Glauben gewesen wäre.

7. Ist somit der im letzten Absatz von Art. 287 vorgesehene Beweis, an welchen allerdings ein strenger Maßstab zu legen ist, im vorliegenden Falle als geleistet zu betrachten, so ergibt sich hieraus zugleich auch die Unbegründetheit der Anfechtungsrede, soweit dieselbe auf Art. 288 gestützt wird.

Letzterer Artikel ist zwar nicht nur anwendbar, wenn dem Anfechtungsbeklagten die Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne derselben zum Nachteil anderer zu begünstigen, bekannt war, sondern auch dann, wenn diese Absicht des Schuldners erkennbar war. Es ist jedoch klar, daß der Kläger, vom Augenblicke an, wo er die schlechte Vermögenslage Kammer's nicht kannte, keinen Grund zu dem Verdachte hatte, Kammer beabsichtige mit der Errichtung der Pfandobligation eine Benachteiligung seiner Gläubiger oder doch eine Begünstigung der Wechselbürgen. Daß aber der Kläger die schlechte Lage Kammer's nicht kannte, kann demselben mit Rücksicht auf die von ihm eingezogenen Informationen nicht zum Verschulden angerechnet werden.

8. Zu bemerken bleibt lediglich noch, daß, wenn dem Kläger vorgeworfen wird, er habe die in Zirkulation befindlichen Wechsel noch nach dem 23. September prolongieren lassen und sogar nach dem 13. November (an welchem Tage ihm gegen Hinterlage der Pfandobligation 5500 Fr. vorgeschossen wurden) nicht aus der Zirkulation zurückgezogen. Dieser Vorwurf hat mit der Frage, ob der Kläger am 23. September in gutem oder bösem Glauben war, nichts zu tun. Dem Kläger war übrigens nicht zuzumuten, die Wechsel aus der Zirkulation zurückzuziehen, bevor er sich das hierzu nötige Geld durch Verkauf oder Verpfändung der Pfandobligation verschafft hatte. Zweifelhaft mag nur sein, ob der

Kläger, nachdem er am 13. November das Darlehen von 5500 Fr. erhalten, trotzdem mit der Einlösung der Wechsel bis zum nächsten Verfalltage derselbe zu warten durfte oder ob er sie nicht vielmehr nun sofort aus der Zirkulation zurückzuziehen verpflichtet war. Dies ist aber, wie bereits angedeutet, eine lediglich das Verhältnis zwischen dem Kläger und Kammer betreffende, im vorliegenden Prozesse nicht zu entscheidende Frage.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 19. September 1907 in allen Teilen bestätigt.

12. Urteil vom 6. März 1908 in Sachen **Wiest,**

Kl. u. Ber.-Kl., gegen **Leihkasse Sorgen,** Bekl. u. Ber.-Bekl.

Schadenersatzklage wegen ungerechtfertigten Arrestes, Art. 273 SchKG. — Bedeutung des Klagrückzuges im Prozess über die Forderung des Arrestgläubigers; eidgenössisches und kantonales Recht. — Angeblicher Nichtbestand einer Forderung.

A. Durch Urteil vom 7. November 1907 hat das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen über die Rechtsfrage:

„Ist nicht gerichtlich zu erkennen: Beklagter sei pflichtig, an den Kläger wegen ungerechtfertigtem Arreste betreffs seiner Liegenschaft in Horn 25,000 Fr. bezw. einen Betrag nach richterlichem Ermessen an den Kläger anzuerkennen und zu bezahlen?“

erkannt:

Die Klage ist abgewiesen.

B. Der Kläger hat gegen dieses Urteil rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Hauptantrag auf Gutheißung der Klage und folgendem Beweisanzug:

„Es sei zur Abnahme der vom Kläger gestellten Beweisanzüge durch die Zeugen (folgt Aufzählung und Anführung der

„Beweisätze) sowie zur Abnahme des Eides des Klägers der Fall an das Kantonsgericht zurückzuweisen.“

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Klägers diese Anträge erneuert.

Für die Beklagte ist keine Vertretung erschienen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Beklagte erwirkte am 30. Dezember 1904 einen Arrest auf das Vermögen des Klägers in der Gemeinde Straubenzell „nach früherer Aufnahme“, d. h. speziell auf die Liegenschaft des Klägers „zum Horn“, für eine Forderungssumme von 403 Fr. 65 Cts., gestützt auf einen Verlustschein vom 8. Mai 1900, lautend auf diesen Betrag (Art. 271 Ziff. 5 SchKG). Am 2. Januar 1905 erließ sie den Zahlungsbefehl, gegen den der Kläger Rechtsvorschlag erhob. Der Kläger strengte keine Arrestaufhebungsklage an; dagegen ließ er die Beklagte vor Vermittleramt Straubenzell laden zur Verhandlung wegen unberechtigter Beschlagnahme einer Liegenschaft. Die Vorladung des Vermittleramtes an die Beklagte datiert vom 12. Februar 1906 und lautet auf den 17. gleichen Monats; laut Leitschein wurde der Vorstand angebeht am 6. Februar und abgehalten am 17. Februar. Ein erstes Mal war der Vorstand vom Kläger am 4. Februar 1905 angebeht und am 11. gleichen Monats abgehalten worden (siehe Auskunft des Vermittlers in den Offizialakten vom 2. April 1907). Am 18. Mai 1906 ist dann die Klage, mit dem aus Fakt. A ersichtlichen Rechtsbegehren beim Bezirksgericht eingegangen. Die Klage ist eine Schadenersatzklage wegen ungerechtfertigten Arrestes (Art. 273 SchKG); sie macht geltend, der Beklagten sei keine Forderung zugestanden, und durch den ungerechtfertigten Arrest sei dem Kläger der Verkauf seiner Liegenschaft „zum Horn“ an einen gewissen Zeller, mit dem er seit Sommer 1904 in Verkaufsunterhandlungen gestanden, verunmöglicht worden.

2. Nach der Arrestlegung und dem Rechtsvorschlage des Klägers, vom 27./28. Februar 1905, hatte die Beklagte die Arrestprosequierungsklage erhoben mit dem Rechtsbegehren, der Kläger (damalige Beklagte) sei pflichtig zu erklären, der Beklagten (damaligen Klägerin) 212 Fr. 30 Cts. nebst 5% Zins vom 17. Januar 1905 an zu bezahlen. In dieser Klage machte die