



<b>Fall-Nr.:</b>	BZ.2005.71
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	13.03.2006
<b>Entscheiddatum:</b>	13.03.2006

### Entscheid Kantonsgericht, 13.03.2006

**Art. 110 Ziff. 1 OR (SR 220). Kreditvereinbarung zwischen einem Schuldner und einer Bank wird durch Übergabe eines Inhaberschuldbriefes lautend auf einen Dritten und lastend auf dem Grundstück des Dritten gesichert. Qualifikation der Sicherungsvereinbarung als Sicherungsübereignung (Erw. III/3.b). Analoge Anwendung von Art. 110 Ziff. 1 OR bejaht, wenn der Dritte die Schuld des Kreditnehmers bei der Bank begleicht (Erw. III/3.c und Erw. III/3.d) (Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, 13. März 2006, BZ. 2005.71).**

Erwägungen

I.

1. Gestützt auf den Arrestbefehl der Präsidentin des Kreisgerichts vom 20. April 2004 verarrestierte das Betreibungsamt 1/3 Miteigentumsanteil am Grundstück Parzelle Nr. 1234 für nachstehende Forderungen des Klägers gegenüber dem Beklagten (kläg. act. I/2):

- Fr. 2'755.65 nebst Zins zu 5% seit 1. Dezember 2003
- Fr. 29'100.- nebst Zins zu 5% seit 1. Januar 2001
- Fr. 120'000.- nebst Zins zu 5% seit 1. Januar 1997



## St.Galler Gerichte

Die Arresturkunde wurde dem Vertreter des Klägers am 26. April 2004 zugestellt, welcher gleichentags das Betreibungsbegehren stellte (kläg. act. I/4 und I/5). Der Zahlungsbefehl für obenstehende Forderungen zuzüglich Kosten im Betrag von Fr. 3'876.90 wurde am 27. April 2004 ausgestellt und der Beklagte erhob gemäss handschriftlichem Vermerk auf dem Zahlungsbefehl "mit Schreiben vom 28.4.04 vis... (Beklagter) ... u. telefonischer Mitteilung v. 5.5.04" Rechtsvorschlag (kläg. act. I/6). Das Betreibungsamt sandte dem Vertreter des Klägers am 6. Mai 2004 eine Ausfertigung des Zahlungsbefehls (kläg. act. I/7).

2. Mit Eingabe vom 11. Mai 2004 (eingegangen am 12. Mai 2004) liess der Kläger beim Kreisgericht Klage mit den eingangs genannten Rechtsbegehren anheben (vi act. 1). Die Vorinstanz wies die Klage vollumfänglich ab. Der Entscheid wurde dem Kläger am 18. Mai 2005 zugestellt (vi act. 31).

3. Mit Eingabe vom 17. Juni 2005 erhob der Kläger Berufung und focht das vorinstanzliche Urteil insofern an, als damit die Forderungsklage über den Betrag von Fr. 120'000.- nebst Zins abgewiesen wurde (Berufung, 4). Die Berufungsantwort des Beklagten vom 20. September 2005 ging am 26. September 2005 fristgerecht ein (act. B7 und B8).

Auf die Überlegungen der Vorinstanz und die zur Begründung ihrer Standpunkte gemachten Ausführungen der Parteien wird, soweit notwendig, im Folgenden eingegangen.

## II.

1. Das vorinstanzliche Urteil ist mit "Entscheid vom 2. März 2005 (Beratung 23. März 2005)" überschrieben. Diese Datumsangabe kann offensichtlich nicht korrekt sein, da das Urteil nicht am 2. März 2005, dem Tag der Hauptverhandlung (vgl.

vi-act. 25), sondern am 23. März 2005, dem Tag der Urteilsberatung erging. Das Datum der letzten Urteilsberatung hätte die Vorinstanz richtigerweise auch als Entscheidungsdatum anführen müssen (vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Kommentar zur



Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, N 2a zu Art. 86). Zumal den Parteien aus der in sich widersprüchlichen Datumsangabe kein Nachteil erwachsen ist und sie überdies diesen Umstand nicht rügen, erübrigen sich Weiterungen.

2. Der Beklagte macht in seinem Hauptbegehren geltend, dass auf die Berufung nicht einzutreten sei. Zur Begründung führt er zum einen an, dass die Berufungsfrist nicht eingehalten worden sei (Berufungsantwort, 2). Hierzu ist Folgendes in Betracht zu ziehen: Der vorinstanzliche Entscheid wurde dem Kläger am 18. Mai 2005 zugestellt (Erw. I/2 hiervor). Die dreissigtägige Berufungsfrist gemäss Art. 229 ZPO begann somit am 19. Mai 2005 zu laufen und endete am 17. Juni 2005, wie der Beklagte zutreffend festhält. Die Berufungsschrift wurde am 17. Juni 2005 der schweizerischen Post übergeben und ging am 20. Juni 2005 am Kantonsgericht ein (act. B1 und B2). Da gemäss Art. 84 Abs. 2 GerG eine Frist als eingehalten gilt, wenn die Eingabe bis um 24 Uhr des letzten Tages der schweizerischen Post übergeben wurde, erfolgte die Berufung rechtzeitig. Was der Beklagte hiergegen vorbringt, erweist sich somit als unbegründet.

3. Der Beklagte rügt weiter, dass die Einschreibgebühr nicht innert der Berufungsfrist bezahlt worden sei (Berufungsantwort, 2). Dies trifft zu (vgl. act. B4 und B6). Jedoch ging die Einschreibgebühr innert der gemäss Art. 275 Abs. 2 ZPO angesetzten Nachfrist ein (act. B4 und B6). Auch diesbezüglich handelte der Kläger somit fristgerecht, weshalb sich das vom Beklagten Vorgebrachte als unbehelflich erweist.

4. Der Beklagte begründet sein erstes Eventualbegehren damit, dass die Forderung des Klägers verjährt und demzufolge auf die Klage nicht einzutreten sei (Berufungsantwort, 7). Dem kann nicht gefolgt werden. Nach schweizerischer Rechtsauffassung ist die Verjährung ein Institut des materiellen Rechts (BGE 118 II 447, E.1.b.bb), weshalb die Gutheissung der Verjährungseinrede zur Abweisung der Klage führt und nicht, wie der Beklagte meint, zu einem Nichteintretensentscheid (BGE 118 II 447, E.1.b.bb). Konkret bedeutet dies, dass die Verjährungseinrede im Rahmen der materiellen Behandlung der Berufung zu prüfen ist und eine allfällige Verjährung mithin kein Grund wäre, auf die Klage nicht einzutreten.



5. Die Vorinstanz bejahte ihre örtliche und sachliche Zuständigkeit gestützt auf Art. 4 IPRG und Art. 13 ZPO zu Recht (Urteil, 5 f.). Etwas Gegenteiliges wird von den Parteien im Berufungsverfahren auch nicht vorgebracht. Vor erster Instanz argumentierte der Beklagte, dass die Forderung arbeitsrechtlicher Natur sei (Klageantwort [= vi act. 10], 13). Dem kann nicht gefolgt werden, da auf die eingeklagte Forderung, welche der Kläger in einem Darlehensvertrag begründet sieht (Berufung, 4), und nicht auf die dagegen erhobenen Verrechnungseinreden abzustellen ist. Das angerufene Gericht war somit örtlich und sachlich zuständig (Art. 4 IPRG; Art. 20 Abs. 1 lit. a ZPO). Auch die beklagtischen Vorbringen gegen die Zulässigkeit der Berufung erweisen sich als unbegründet (Erw. II/2-4 hiervor).

Nach dem Gesagten ist, da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 79 ZPO), auf die Berufung einzutreten.

III.

1. Zur Begründung seiner Forderung bringt der Kläger vor, dass mit Zession vom 6. Januar 1997 eine Forderung der Firma C gegen den Beklagten auf ihn übergegangen sei (Klage, 10; kläg. act. I/16). Die Firma C habe die Forderung gegen den Beklagten erworben, weil sie eine Schuld desselben bei einer Bank im Betrag von Fr. 120'000.- getilgt habe (Berufung, 4). Diese Kreditschuld des Beklagten sei durch einen Schuldbrief, lastend auf einem Grundstück, der Firma C, sichergestellt gewesen (Klage, 5 ff.). Diese Forderung sei kraft Subrogation auf die Firma C übergegangen. Sodann habe sich die Firma C bis zum Maximalbetrag von Fr. 45'000.- für die Forderungen des Beklagten gegenüber der Bank verbürgt, weshalb die Forderung der Bank im (Teil-)Umfang von Fr. 45'000.- auch kraft Gesetzes auf die Firma C übergegangen sei (Berufung, 5 ff.).

Die Vorinstanz erachtete es als erstellt, dass der Beklagte eine Kreditvereinbarung mit der Bank geschlossen habe. Sie kam überdies zum Schluss, dass der Beklagte der Bank im Juli 1995 rund Fr. 232'000.- schuldete und dass der dem Beklagten gewährte Kredit mit einem Inhaberschuldbrief, welcher auf die Firma C lautete und auf deren



Grundstück lastete, gesichert war. Sodann gingen die Vorderrichter davon aus, dass die Firma C der Bank Fr. 120'000.- zur Teilrückführung der beklagischen Kredite bezahlt hatte (Urteil, 12 f.). Jedoch wies die Vorinstanz die Klage mit der Begründung ab, es mangle an der Fremdheit der Schuld im Sinne des Art. 110 OR.

Der Beklagte rügt in seiner Berufungsantwort zunächst, dass der Kläger es versäumt habe, der Vorinstanz eine vollständige Kopie des Kreditvertrages zwischen ihm und der Bank vom 9. August 1993 einzureichen (Berufungsantwort, 7). Weiter macht er geltend, dass es sich bei der erwähnten Kreditvereinbarung um eine Margenlimite handle und nicht dargetan sei, in welchem Umfang er diese Limite beansprucht habe (Berufungsantwort, 8). Im Eventualstandpunkt erhebt er die Einrede der Verjährung und macht Verrechnungsansprüche geltend (Berufungsantwort, 9 und 11).

2. a) Es trifft zu, dass der Kläger keine vollständige Kopie des Kreditvertrages zwischen der Bank und dem Beklagten ins Recht gelegt hat. Beim fraglichen kläg. act. I/11 handelt es sich nämlich nur beim ersten Blatt um die erste Seite eines zweiseitigen Kreditvertrages, während das zweite Blatt die zweite Seite eines ebenfalls zweiseitigen Schreibens der Bank vom 21. Februar 1995 wiedergibt. Jedoch kann der Abschluss eines entsprechenden Vertrages auch auf andere Art und Weise als durch Einreichung einer vollständigen Kopie nachgewiesen werden, da der Beklagte nicht geltend macht, es bestünde ein Schriftlichkeitsvorbehalt. Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht davon ausging, dass der Beklagte einen Kreditvertrag mit der Bank geschlossen hat.

Blatt 1 von kläg. act. I/11 ist offensichtlich die erste Seite eines Kreditvertrages zwischen dem Beklagten und der Bank. Unter dem Titel "Sicherstellung" ist festgehalten, dass der Kredit durch einen "SFr. 300'000.- Inhaberschuldbrief vom 5. April 1993 im 2. Rang, Vorgang Fr. 500'000.- auf die Firma C, als Schuldnerin und Grundeigentümerin lautend und lastend auf ein Grundstück gesichert ist. Diesbezüglich wird auf eine Vereinbarung vom 9. August 1994 verwiesen, welche der Bank datiert und unterzeichnet zurückzusenden war (vgl. kläg. act. I/11, Blatt 1). Eine am 9. August 1994 von der Bank unterzeichnete Vereinbarung betreffend die Übertragung des vorerwähnten Schuldbriefes liegt im Recht (kläg. act. I/10). Diese Vereinbarung zwischen dem Beklagten als Schuldner, der Firma C als Sicherungsgeberin und der



Bank wurde am 18. August 1994 vom Beklagten sowie der Firma C unterzeichnet (kläg. act. I/10). Gemäss Ziff. 2 der Vereinbarung bietet der Schuldbrief Sicherheit für "sämtliche Forderungen gegen den Schuldner aus bereits abgeschlossenen oder im Rahmen der bestehenden Geschäftsbeziehung mit der Bank künftig abzuschliessenden Verträgen mit Einschluss von sämtlichen verfallenen und laufenden Zinsen und Kommissionen sowie der damit zusammenhängenden gerichtlichen oder aussergerichtlichen Spesen und Kosten." Die Vereinbarung bezieht sich somit nicht explizit auf einen bestimmten Kreditvertrag.

Jedoch führte der Beklagte anlässlich einer Einvernahme durch den Untersuchungsrichter am 24. Januar 1995 selbst aus, dass er ursprünglich durch die Firma C getätigte Devisentermingeschäfte "privat übernommen" habe, wobei ein Schuldbrief über Fr. 300'000.- auf der Liegenschaft der Firma C als Sicherheit bei der Bank hinterlegt worden sei (kläg. act. II/14, S. 1). Diese Sachverhaltsdarstellung deckt sich mit derjenigen von Herrn E, dem Kundenbetreuer der Firma C bei der Bank. Dieser sagte am 9. August 1995 vor dem Untersuchungsamt aus, dass der Beklagte im August/September 1994 den Wunsch geäussert habe, die Devisenterminkontrakte, welche bisher über die Firma C abgewickelt worden seien, persönlich zu übernehmen. Die Bank habe dem Beklagten daraufhin mitgeteilt, dass dies nur gegen Sicherstellung durch die Firma C gemacht würde, worauf der Beklagte einen nachrangigen Schuldbrief über Fr. 300'000.- auf der Liegenschaft eingereicht habe (kläg. act. II/15, S. 2).

In seiner Berufungsantwort bringt der Beklagte vor, dass die Bank die Kundenbeziehungen zu ihm bereits im November 1994 gekündigt habe, und dass er sich im Januar und Februar 1995 in Untersuchungshaft befunden habe (Berufungsantwort, 7 f.). Weder die Untersuchungshaft im Januar und Februar 1995 noch die Kündigung der Kundenbeziehung im November 1994 stehen einem Vertragsschluss im August 1994 entgegen, weshalb der Beklagte aus diesen Umständen nichts zu seinen Gunsten ableiten kann. Für die Behauptung bezüglich der Kündigung der Kundenbeziehung offeriert der Beklagte überdies keinen Beweis. Es ist somit auf die vorerwähnten, protokollierten Aussagen des Beklagten abzustellen, da der Beklagte nichts vorbringt, was Zweifel an deren Richtigkeit aufkommen liesse. Überdies decken sich die Ausführungen des Beklagten vor Untersuchungsamt mit



denjenigen von Herrn E. Die Aussagen erfolgten im Fall des Beklagten ca. fünf Monate und im Fall von Herrn E rund ein Jahr nach "Übernahme der Terminkontrakte" durch den Beklagten und damit zu einem Zeitpunkt, in welchem den Befragten die fraglichen Vorgänge noch in guter Erinnerung gewesen sein mussten. Schliesslich erscheint wenig wahrscheinlich, dass der Beklagte als Schuldner lediglich die Vereinbarung betreffend Sicherstellung seines Kredites unterzeichnete, ohne auch einen entsprechenden Kreditvertrag einzugehen.

Nach dem Gesagten hat somit als erstellt zu gelten, dass der Beklagte im August 1994 einen Kreditvertrag mit der Bank schloss. Zweck dieser Kreditvereinbarung war offensichtlich der Kauf und Verkauf von Fremdwährungen auf Termin. Zwar ist nicht bewiesen, dass ein Kreditvertrag in Form von Blatt 1 von kläg. act. I/11 geschlossen wurde. Da das Gesetz für den Kreditvertrag indessen keine besondere Form vorschreibt und keine Partei vorbringt, es sei die Schriftform vorbehalten worden, wäre vorliegend auch kein schriftlicher Vertrag erforderlich. Es ist jedenfalls von einem rechtsgültigen zustande gekommenen Kreditvertrag auszugehen, zumal ein solcher, wie sich aus dem Folgenden ergibt, auch tatsächlich in Anspruch genommen worden ist.

Zur Sicherung der Kreditvereinbarung wurde der Bank gemäss Vereinbarung vom 9. bzw. 18. August 1994 (kläg. act. I/10) ein Inhaberschuldbrief, lautend auf die Firma C, als Schuldnerin und Grundeigentümerin, und lastend auf die Liegenschaft übereignet.

b) Der Beklagte bestreitet nicht nur, einen Kreditvertrag abgeschlossen zu haben. Im Eventualstandpunkt macht er überdies geltend, dass nicht bewiesen sei, wie und wann er den Kredit in Anspruch genommen habe (Berufungsantwort, 8). Dass der Kredit in Anspruch genommen wurde, geht jedoch aus den vorerwähnten Aussagen des Beklagten vor Untersuchungsamt hervor. Offensichtlich übernahm der Beklagte bestehende Devisenterminkontrakte (kläg. act. II/14, S. 1; vgl. auch die Ausführungen des Beklagten in der Duplik [vi act. 18], 25). Die Bank stimmte der Übernahme sodann nur gegen Erbringen einer Sicherheit zu (kläg. act. II/14, S. 1). Dies lässt darauf schliessen, dass die Firma C und anschliessend der Beklagte den Kredit auch



tatsächlich in Anspruch nehmen. Andernfalls hätte die Bank nicht auf Sicherstellung bestanden.

In ihren Schreiben vom 31. Juli 1995 an den Beklagten einerseits sowie die Firma C andererseits weist die Bank auf ein Guthaben von ca. Fr. 231'899.37 gegenüber dem Beklagten hin (kläg. act. II/8 und II/9). Zur Bezahlung dieses Betrages räumte die Bank dem Beklagten eine Frist bis zum 10. August 1995 ein (kläg. act. II/8). Anlässlich seiner Befragung vor dem Untersuchungsamt ging Herr E von einem Minussaldo aus den Termingeschäften von ca. Fr. 600'000.- aus (kläg. act. II/15, S. 4 f.). In dem von der Firma C am 13. November 1996 unterzeichneten Bürgschein bezifferte die Bank die bestehenden Schulden des Beklagten mit Fr. 154'692.55 (kläg. act. I/15).

Es ist somit festzuhalten, dass die Behauptung des Beklagten, er habe den Kredit nicht in Anspruch genommen, nicht glaubwürdig ist, zumal er selbst ausführte, dass er die bestehenden Devisenterminkontrakte übernommen habe. Sodann ergibt sich aus den im Recht liegenden Unterlagen, zu welchen sich der Beklagte weder in seiner Duplik noch in der Berufungsantwort äussert, dass das Guthaben der Bank gegenüber dem Beklagten sowohl im Juli 1995 wie auch im November 1996 Fr. 120'000.- überstieg (kläg. act. I/15, II/8 und II/9). Da der Beklagte ausser einer allgemeinen Bestreitung nichts vorbringt, was die Darstellung des Klägers zu entkräften vermöchte, und die eingereichten Unterlagen als glaubwürdig erscheinen, hat als erstellt zu gelten, dass die Bank sowohl im Juli 1995 wie auch im November 1996 ein Guthaben gegenüber dem Beklagten von mehr als Fr. 120'000.- hatte. Dieses Guthaben war gemäss vorstehenden Erwägungen durch einen der Bank übereigneten Inhaberschuldbrief gesichert (vgl. Erw. III/2.a).

c) Der Kläger bringt vor, dass die Firma C zwecks Teilrückführung des Kreditengagements des Beklagten am 19. Dezember 1996 Fr. 120'000.- auf dessen Konto überwiesen habe (Klage, 7). Aus den klägerischen Akten ergibt sich, dass valuta 19. Dezember 1996 Fr. 120'000.- dem Konto der Firma C gutgeschrieben wurden. Als Zahlungsgrund wird "Kaufpreis (Liegenschaft)" angeführt (kläg. act. I/13). Vom entsprechenden Konto der Firma C erfolgte valuta 19. Dezember 1996 (Buchungsdatum 27. Dezember 1996) eine Überweisung von Fr. 120'000.- zu Gunsten des Beklagten. Als Zahlungsgrund wird ein Schreiben vom 11. November 1996



angeführt (kläg. act. I/14). Diesem Schreiben vom 11. November 1996 zufolge verkaufte die Firma C die Liegenschaft für Fr. 620'000.-. Die Bank verpflichtete sich im vorerwähnten Schreiben, welches von der Bank sowie der Firma C unterzeichnet wurde, zur Aushändigung des ihr zur Sicherung des Kreditengagements des Beklagten hinterlegten Inhaberschuldbriefes unter der Bedingung, dass die Firma C Fr. 120'000.- zur Teilrückführung des Kreditengagements des Beklagten auf dessen Bankkonto überweisen und eine Bürgschaft bis zum Höchstbetrag von Fr. 45'000.- für die Forderungen der Bank gegenüber dem Beklagten eingehen werde (kläg. act. I/12). Ein entsprechender Bürgschein wurde von der Firma C am 13. November 1996 unterzeichnet, wobei sich die Firma C verpflichtete, für alle bestehenden und zukünftigen Forderungen des Beklagten als Solidarbürge bis zum erwähnten Höchstbetrag zu haften (kläg. act. I/15).

d) Nach dem Gesagten ist von folgendem Sachverhalt auszugehen: Der Beklagte schloss mit der Bank im August 1994 eine Kreditvereinbarung. Das Guthaben der Bank gegenüber dem Beklagten betrug sowohl im Juli 1995 wie auch im November 1996 über Fr. 120'000.-. Zur Sicherung der Kreditvereinbarung wurde der Bank gemäss Vereinbarung vom 9. bzw. 18. August 1994 (kläg. act. I/10) ein Inhaberschuldbrief übereignet, welcher auf die Firma C als Schuldnerin lautete und auf deren Grundstück lastete. Am 11. November 1996 verpflichtete sich die Firma C gegenüber der Bank zur Rückführung von Fr. 120'000.- des Darlehens des Beklagten und ging überdies bis zum Höchstbetrag von Fr. 45'000.- eine Solidarbürgschaft für alle bestehenden und zukünftigen Forderungen des Beklagten gegenüber der Bank ein. Am 27. Dezember 1996 zahlte die Firma C die fraglichen Fr. 120'000.- auf das Konto des Beklagten bei der Bank und deckte damit dessen Schuld im erwähnten Betrag gegenüber der Bank.

Im Folgenden ist zu prüfen, ob durch die Befriedigung der Bank deren Forderung gegenüber dem Beklagten auf die Firma C übergegangen sei, wie die Klägerin behauptet, und sodann mit Zession vom 6. Januar 1997 an den Kläger abgetreten wurde.

3. a) Vorweg ist festzuhalten, dass bezüglich der Kredit- und Sicherungsvereinbarung kein internationales Verhältnis vorliegt, da alle Beteiligten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses Wohnsitz oder Sitz in der Schweiz hatten. Dementsprechend stellt



sich - entgegen der Ansicht der Vorinstanz (Urteil, 6 f.) - die Frage der Anwendbarkeit ausländischen Rechts nicht. Auch führt die Tatsache, dass der Beklagte im Zeitpunkt der fraglichen Zahlung und der Abtretung der Forderung an den Kläger unbekanntes Aufenthalts war (vgl. kläg. act. I/15), nicht dazu, dass sich die Frage des anwendbaren Rechts stellen würde (vgl. Art. 145 Abs. 1 IPRG).

b) Der Kläger macht geltend, dass die Forderung der Bank in gleicher Weise kraft Subrogation auf die Firma C übergegangen sei, wie wenn die Firma C gemäss Art. 110 Ziff. 1 OR ihre Pfandsache eingelöst hätte (Berufung, 5).

Hierzu ist vorweg anzumerken, dass es sich bei der getroffenen Sicherungsvereinbarung entgegen der Ansicht des Klägers nicht um einen Vertrag zur Begründung eines Faustpfandes handelt. Dem eindeutigen Wortlaut der Vereinbarung zufolge ist vielmehr von einer Sicherungsübereignung auszugehen (vgl. kläg. act. I/10, Ziff. 2 und 3). Sodann ist festzuhalten, dass der Dritte durch die Tilgung einer fremden Schuld - je nach Rechtsgrund und Interessenlage - einen Rückerstattungs- oder Bereicherungsanspruch gegen den Schuldner erwirbt (vgl. Art. 422 und 423 OR). Er tritt jedoch im Grundsatz nicht einfach in die Rechte des Gläubigers ein, den er befriedigt hat. Eine Subrogation erfolgt nur ausnahmsweise (BGE Nr. 5C.151/2001 vom 21. August 2001, E.3.b; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Zürich et al. 2003, N 2051). Von Gesetzes wegen erfolgt eine Subrogation unter anderem dann, wenn der Dritte eine für eine fremde Schuld verpfändete Sache einlöst, an der ihm das Eigentum oder ein beschränktes dingliches Recht zusteht (Art. 110 Ziff. 1 OR sowie Art. 827 und 845 ZGB). Dass die Firma C Dritte im Sinne der Art. 845 Abs. 1 i.V.m. Art. 827 ZGB bzw. des Art. 110 Ziff. 1 OR ist, wird vom Kläger im Berufungsverfahren zu Recht nicht mehr vorgebracht. Dies würde nämlich voraussetzen, dass die Firma C nicht in irgendeiner Weise in die Obligation verstrickt ist (BGE 60 II 178, E.3; ROLF H. WEBER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 110-113 OR, Bern 2002, N 26 zu Art. 110). Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt. Die Firma C hat - wie bereits ausgeführt (Erw. III/2.a) - zunächst die Kreditvereinbarung auf den Beklagten übertragen und im gleichen Zug in eine Sicherungsübereignung eingewilligt. Sodann fehlt es, wie die Vorinstanz zu recht festhält, im Zeitpunkt der Erfüllung der Verpflichtungen des Beklagten gegenüber der Bank auch an der Fremdheit der Schuld



(Urteil, 14 f.). Die Firma C ist als Schuldnerin der durch den Schuldbrief gesicherten Forderung persönlich verpflichtet (Art. 842 ZGB). Zudem hat sie sich gegenüber der Bank als Solidarschuldnerin verbürgt (Erw. III/2.c hiervoor). Im Folgenden ist somit eine analoge Anwendung der hiervoor zitierten Gesetzesbestimmungen zu prüfen. Da es sich bei Art. 827 ZGB um einen Anwendungsfall von Art. 110 Ziff. 1 OR handelt (BGE Nr. 4C.15/2004 vom 12. Mai 2004, E.5.1) und Art. 845 Abs. 1 ZGB seinerseits auf Art. 827 ZGB verweist, ist im Folgenden einzig auf Art. 110 Ziff. 1 OR abzustellen.

c) Eine analoge Anwendung von Art. 110 Ziff. 1 OR setzt entweder eine dingliche Berechtigung des Dritten oder aber eine sachbezogene Verbindung (z.B. Retention) voraus (BGE Nr. 5C.151/2001 vom 21. August 2001, E.3.b; BGE 72 III 6, E.2; BGE 37 II 521, E.3 und 4). Überdies ist gemäss Bundesgerichtspraxis vorausgesetzt, dass der Dritte im Moment der Zahlung bereits Pfandgläubiger ist und diese Stellung nicht erst gleichzeitig, das heisst zufolge der Zahlung, erlangt hat (BGE 37 II 521, E.4). Wie bereits aus den vorerwähnten Kriterien ersichtlich ist, hatte sich die bundesgerichtliche Praxis zur analogen Anwendung von Art. 110 Ziff. 1 OR bisher - soweit ersichtlich - nur mit verpfändeten, nicht jedoch mit zu Sicherungszwecken übereigneten Gegenständen zu beschäftigen.

Bei der Sicherungsübereignung handelt es sich um ein fiduziarisches Rechtsgeschäft, welches dem Fiduziar eine überschliessende Rechtsmacht einräumt. Anders als beim Pfandrecht geht das Eigentum am Sicherungsgegenstand auf den Fiduziar über. Dieser verpflichtet sich gegenüber dem Fiduzianten obligatorisch, von seinen, aus dem Eigentum fliessenden Befugnissen nur insofern Gebrauch zu machen, als es der Sicherungszweck des Geschäfts erfordert (BGE 119 II 326, E.2.b; OFTINGER/BÄR, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Art. 884 918 ZGB, Zürich 1981, Syst. Teil N 239 ff.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 2. Auflage, Zürich et al. 2003, N 2013 ff.; DIETER ZOBEL, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Systematischer Teil und Art. 884 887 ZGB, Bern 1982, Syst. Teil N 1359 ff.). Allerdings beschlagen diese Unterschiede zwischen Drittpfandbesteller und Fiduzianten in erster Linie das Rechtsverhältnis zwischen den vorgenannten und dem Sicherungsnehmer. Auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Schuldner und dem jeweiligen Sicherungsgeber haben sie demgegenüber keine direkten Auswirkungen. In beiden Fällen dürfte in der Regel von einer auftragsrechtlichen Grundlage (der Schuldner



beauftragt den Dritten, für ihn eine Sache zu verpfänden oder diese dem Gläubiger zu übereignen) auszugehen sein (DIETER ZOBEL, a.a.O., N 987 zu Art. 884; MAKRUS F. VOLLENWEIDER, Die Sicherungsübereignung von Schuldbriefen als Sicherungsmittel der Bank, Diss. Freiburg 1995, 96). Mangels einer vertraglichen Grundlage wird im Normalfall von Geschäftsführung ohne Auftrag auszugehen sein, es sei denn, die Bestellung der Sicherheit erfolge schenkungshalber oder auf Grund eines gesellschaftsrechtlichen Verhältnisses (DIETER ZOBEL, a.a.O., N 990 ff. zu Art. 884). Aus diesem Grund ist nicht ersichtlich, weshalb dem Fiduzianten eine analoge Anwendung von Art. 110 Ziff. 1 OR verwehrt werden sollte (vgl. im Ergebnis - jedoch ohne nähere Begründung - auch MAKRUS F. VOLLENWEIDER, a.a.O., 96). Zudem kann dem Fiduzianten eine sachbezogene Beziehung zum übereigneten Gegenstand im Sinne der vorerwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung kaum abgesprochen werden, da er - wie bereits dargelegt - einen obligatorischen Anspruch auf Rückübertragung gegenüber dem Fiduziar hat.

Im vorliegenden Fall ergibt sich eine solche jedoch auch aus dem Umstand, dass die Firma C Schuldnerin der Schuldbriefforderung sowie Eigentümerin des belasteten Grundstücks ist. Die Bank erwarb mit dem Inhaberschuldbrief eine pfandgesicherte Forderung gegenüber der Firma C. Diese haftet gemäss Art. 842 ZGB persönlich, das heisst mit ihrem ganzen Vermögen, für die Erfüllung der verbrieften Forderung. Überdies steht der Bank bei Nichtbefriedigung das Recht zu, sich aus dem Erlös des Grundstücks bezahlt zu machen (Art. 816 Abs. 1 ZGB). Vor diesem Hintergrund ist eine sachbezogene Beziehung der im Sinne der vorerwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu bejahen. Sodann ist darauf hinzuweisen, dass auch die zweite hiervoor erwähnte Voraussetzung für eine analoge Anwendung von Art. 110 Ziff. 1 OR vorliegend erfüllt ist. Die Firma C übereignete der Bank den Schuldbrief im August 1994 und damit bevor sie Ende 1996 die Schuld des Beklagten bei der Bank beglich (vgl. Erw. III/2.a und III/2.c hiervoor). Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung von Art. 110 Ziff. 1 OR vorliegend erfüllt sind.

d) Weitere Voraussetzung für eine Subrogation ist, dass die Schuld fällig ist (ROLF H. WEBER, a.a.O., N 36 zu Art. 110). Ein Darlehen, für dessen Rückzahlung weder ein bestimmter Termin noch eine Kündigungsfrist noch der Verfall auf beliebige



Aufforderung hin vereinbart wurde, ist innerhalb sechs Wochen von der ersten Aufforderung an zurückzubezahlen (Art. 318 OR). Der Kläger scheint davon auszugehen, dass das Darlehen am 30. Juni 1995 zur Rückzahlung fällig wurde (Klage, 9). Dieser Termin figuriert auf Blatt 1 von kläg. act. I/11. Nachdem jedoch - wie bereits dargelegt (Erw. III/2.a hiervor) - nicht bewiesen ist, dass ein Kreditvertrag in der Form von Blatt 1 von kläg. act. I/11 und damit ein befristeter Vertrag geschlossen wurde, ist von einem unbefristeten Vertrag auszugehen.

Der Kläger legt überdies ein Schreiben der Bank an den Beklagten vom 31. Juli 1995 ins Recht, mit welchem die Bank diesen, unter Bezugnahme auf ein Schreiben vom 11. April 1995, zur Rückführung seiner Schuld auffordert (kläg. act. II/8). Der Kläger beantragt die Zeugenaussage von Herrn E zur Frage, ob dem Beklagten der Bestand der Schuld angezeigt wurde, und verweist überdies auf vorerwähntes Schreiben (Replik [vi act. 16], 10). Den Beweis dafür, dass dieses Schreiben dem Beklagten zugestellt wurde, vermöchte er allerdings auch mit der Zeugenaussage Herr E nicht zu erbringen. Der Zeuge könnte nämlich lediglich bezeugen, dass das Schreiben, welches er namens der Bank unterzeichnete, versandt wurde. Den Zugang des Schreibens beim Beklagten könnte er nicht bestätigen, weshalb von einer Befragung des Zeugen abgesehen werden kann. Es ist somit zu Ungunsten des Klägers davon auszugehen, dass der Beklagte dieses Schreiben nicht erhalten hat. Der Beklagte bestritt im vorinstanzlichen Verfahren die Fälligkeit der Schuld (Duplik, 16 f.). In seiner Berufungsantwort führt er jedoch aus, dass die Bank die Kundenbeziehungen zu ihm im November 1994 gekündigt habe (vgl. Erw. III/2.a hiervor). Es ist davon auszugehen, dass mit dieser Kündigung der Geschäftsbeziehung eine Aufforderung im Sinne von Art. 318 OR verbunden war. Es ist damit festzuhalten, dass die Schuld des Beklagten gegenüber der Bank bei deren Bezahlung durch die Firma C im Dezember 1996 fällig war (vgl. Art. 318 OR).

Zusammenfassend ist nach dem Gesagten festzuhalten, dass die Voraussetzungen für eine Subrogation analog Art. 110 Ziff. 1 OR vorliegend erfüllt sind. Die Firma C ist mithin durch Erfüllung der Schuld des Beklagten gegenüber der Bank am 27. Dezember 1996 in deren Forderung gegenüber dem Beklagten eingetreten. Damit kann offen gelassen werden, ob die Firma C auch gemäss Art. 507 OR in die Schuld des Beklagten gegenüber der Bank eingetreten ist.



e) Der Kläger macht geltend, dass die Firma C ihre Forderung gegenüber dem Beklagten an ihn abgetreten habe. Er verweist hierzu auf eine Abtretungserklärung vom 6. Januar 1997 (kläg. act. I/16). Das eingereichte und mit Forderungsabtretung überschriebene Dokument erfüllt die Formvorschriften von Art. 165 OR. Sodann geht aus diesem eindeutig hervor, dass die vorliegend eingeklagte Forderung abgetreten wurde. Letzteres wird vom Beklagten auch nicht bestritten. Der Beklagte macht jedoch in seiner Klageantwort geltend, dass keine verbindliche Abtretung zustande gekommen sei (Klageantwort, 15 f.). Er wendet ein, dass die Abtretungsvereinbarung nachträglich zum Zweck der Klage erstellt worden sei, weil der Beklagte nicht nachweise, dass er der Firma C eine Gegenleistung für die Abtretung erbracht habe. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Sie erweist sich selbst dann nicht als stichhaltig, wenn man davon ausgeht, dass es sich bei der Abtretung um ein kausales Rechtsgeschäft handelt. Als Rechtsgrund für eine Abtretung kommt irgend ein Rechtsgeschäft in Frage. Ob dieses Rechtsgeschäft in richtiger Erfüllung der steuer- und handelsrechtlichen Vorschriften in der Jahresrechnung ausgewiesen und deklariert wurde, ist nicht von Belang, da eine falsche oder fehlende Deklaration keine Auswirkungen auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts an sich hätte. Abgesehen davon ist darauf hinzuweisen, dass der Beklagte seine Behauptungen in keiner Art und Weise durch Beweise zu stützen vermag. Es ist somit festzuhalten, dass sich die Vorbringen des Beklagten, soweit er die Gültigkeit der Zession der Forderung an den Kläger bestreitet, als unbegründet erweisen.

Es bleibt somit festzustellen, dass die Firma C am 6. Januar 1997 ihre Forderung von Fr. 120'000.- gegenüber dem Beklagten rechtsgültig an den Kläger abgetreten hat. Damit ist im Folgenden auf die Verjährungseinrede des Beklagten und die von ihm geltend gemachten Verrechnungsansprüche einzugehen (vgl. Erw. III/1 hiervor).

4. a) Vorweg ist festzuhalten, dass die Firma C, wie hiervor ausgeführt, gemäss Art. 110 Ziff. 1 OR in die Stellung der Bank nachgerückt ist. Der Beklagte kann dementsprechend gegenüber der Firma C sämtliche Einreden geltend machen, welche ihm gegenüber der Bank zustanden (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, a.a.O., N 2060). Diese Einreden sowie die Einreden, welche dem Beklagten gegenüber der Firma C persönlich zustehen, kann er unter der Voraussetzung von Art. 169 OR auch gegenüber dem Kläger erheben.



b) Der Beklagte macht geltend, dass die eingeklagte Forderung verjährt sei (Berufungsantwort, 8). Er vertritt dabei die Auffassung, dass die fünfjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 128 Ziff. 3 OR zur Anwendung gelange (Klageantwort, 13).

Dem kann aus den folgenden Gründen nicht gefolgt werden: Bei der eingeklagten Forderung handelt es sich nicht um eine Forderung aus Arbeits-, sondern aus Darlehensvertrag. Dass der Kreditvertrag - wie der Beklagte behauptet - nur im Zusammenhang mit seiner Anstellung bei der Firma C geschlossen worden sei (Klageantwort, 13), hat keinen Einfluss auf die Verjährungsfrist. Der Beklagte behauptet nämlich selbst nicht, dass zwischen ihm und der Bank ein Arbeitsverhältnis bestanden habe. Art. 128 Ziff. 3 OR findet jedoch nur auf Lohnansprüche Anwendung (ROBERT K. DÄPPEN in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Art. 1 529 OR, 3. Auflage, Basel et al. 2003, N 13 zu Art. 128). Vorliegend ist jedoch ein Anspruch auf Rückzahlung eines Darlehens und nicht ein Lohnanspruch zu beurteilen. Nach dem Gesagten ist somit festzuhalten, dass nicht Art. 128 Ziff. 3 OR, sondern die ordentliche zehnjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 127 OR anzuwenden ist.

Beim Darlehen beginnt die Verjährung mangels anderweitiger Abmachung sechs Wochen nach der Auszahlung (ROBERT K. DÄPPEN, a.a.O., N 15 zu Art. 130). Geht man zu Ungunsten des Klägers davon aus, dass das Darlehen am 1. August 1994 ausbezahlt wurde (vgl. Erw. III/2a hiervor), so begann die Verjährungsfrist am 13. September 1994 zu laufen. Die Schuld des Beklagten wäre somit am 13. September 2004 verjährt gewesen (Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR i.V.m. Art. 127 OR, Art. 130 Abs. 1 OR und Art. 132 Abs. 1 OR).

Der Kläger stellte im April 2004 ein Arrestbegehren (vgl. den Arrestbefehl vom 20. April 2004; kläg. act. I/1). Damit wurde die laufende Verjährungsfrist unterbrochen, und es begann eine neue Verjährungsfrist von zehnjähriger Dauer zu laufen (Art. 135 Ziff. 2 OR i.V.m. Art. 137 Abs. 1 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, a.a.O., N 3536). Die eingeklagte Forderung ist damit nicht verjährt. Die diesbezügliche Einrede des Beklagten erweist sich somit als unbegründet.

c) Der Beklagte erhebt verschiedene Verrechnungsansprüche. Auf diese ist im Folgenden einzugehen:



aa) Der Beklagte macht zunächst geltend, dass er gegenüber der Firma C eine Forderung im Betrag von ca. Fr. 500'000.- für Überstunden- und Ferienentschädigungen sowie Gewinnanteile habe (Klageantwort, 11 und 19). Seiner Darstellung zufolge stand er bis Mitte Dezember 1994 in einem Arbeitsverhältnis zur Firma C (Duplik, 28). Zur Begründung seiner Forderung verweist er auf einen Passus in der Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft betreffend ungetreue Geschäftsführung in zwei Fällen, Betrug und Diebstahl bzw. Sachentziehung (bekl. act. 3).

Der Staatsanwalt verweist auf S. 3 der Einstellungsverfügung zur Begründung der Einstellung des Verfahrens wegen Diebstahl bzw. Sachentziehung gegen den Beklagten auf das Retentionsrecht des Arbeitnehmers gemäss Art. 339a Abs. 3 OR und führt aus, dass dem Beklagten keine Bereicherungsabsicht nachgewiesen werden könne, weil er sich nicht offensichtlich unbegründet auf das Retentionsrecht berufe. Mit dieser Aussage des Staatsanwaltes ist die Forderung des Beklagten jedoch noch nicht bewiesen, sondern lediglich gesagt, dass dem Beklagten möglicherweise Ansprüche aus Arbeitsvertrag zustehen. Dass der Staatsanwalt anlässlich einer Zeugenbefragung zu dieser Frage mehr aussagen könnte, erscheint nicht als wahrscheinlich, da es nicht der Staatsanwaltschaft oblag, die Höhe der arbeitsrechtlichen Ansprüche des Beklagten abzuklären. Aus diesem Grund kann auf eine Befragung des beantragten Zeugen verzichtet werden. Allerdings reichen auch die weiteren vom Beklagten eingereichten Unterlagen (vgl. bekl. act. 4 und 5) nicht aus, um einen Anspruch auf Entschädigung geleisteter Überstunden, Ferienlohn sowie Gewinnanteile rechtsgenüglich darzutun. Da die soziale Untersuchungsmaxime im vorliegenden Verfahren nicht zur Anwendung gelangt (vgl. LEUENBERGER/UFFER TOBLER, a.a.O., N 3b zu Art. 70 ZPO m.w.H.), ist festzuhalten, dass dem Beklagten der Nachweis der behaupteten Forderung von Fr. 500'000.- gegenüber der Klägerin nicht gelingt.

bb) Der Beklagte behauptet weiter, dass er dem Kläger und Herr G seinen Anteil an der Firma C im Wert von Fr. 1'300'000.- im Oktober oder November 1994 für den Betrag von Fr. 821'000.- verkauft habe, weshalb der Forderungsbetrag abgegolten sei (Klageantwort, 16 f.).



Hierzu ist vorweg anzumerken, dass der Beklagte aus dem behaupteten Kaufvertrag als Verkäufer höchstens einen Anspruch auf Bezahlung des vereinbarten Kaufpreises und nicht auf den von ihm höher eingeschätzten Wert seines Anteils an der Firma C zustehen würde (vgl. Art. 211 OR). Der Kläger bestreitet zudem, mit dem Beklagten einen Kaufvertrag abgeschlossen zu haben (Replik [vi act. 16], 14). Auch ist darauf hinzuweisen, dass der Beklagte selbst dem Kläger und Herrn G am 11. November 1994 ein Angebot für seinen Aktienanteil unterbreitete. Den Kaufpreis bezifferte er mit Fr. 575'273.- (kläg. act. II/11 und II/12). Dass es im Oktober oder November 1994 zum Abschluss eines Kaufvertrages kam, erscheint sodann auf Grund der Ausführungen des Staatsanwaltes in seiner Anklageschrift vom 20. Januar 2000 als wenig wahrscheinlich. Der Staatsanwalt führt nämlich aus, dass es im Dezember 1994 zu Streitigkeiten zwischen den Aktionären gekommen sei, weil der Beklagte das Gegenangebot des Klägers und Herrn G als zu unzureichend erachtete (kläg. act. II/13, S. 7). Sodann ist darauf hinzuweisen, dass der Beklagte selbst einen Anspruch auf einen Liquidationsanteil geltend macht (vgl. Klageantwort, 21). Da ein solcher nur Aktionären zusteht (vgl. Art. 745 Abs. 1 OR) und der Beklagte selbst ein Angebot von Fr. 575'273.- für seinen Anteil an der Firma C unterbreitete, kann ausgeschlossen werden, dass der Beklagte mit dem Kläger und Herrn G im fraglichen Zeitraum die Übertragung seines Anteils an der Firma C zu einem Preis von Fr. 821'000.- vereinbarte. Die diesbezügliche Verrechnungseinrede des Beklagten erweist sich somit als unbegründet.

cc) Der Beklagte macht schliesslich geltend, dass ihm Verrechnungsansprüche von Fr. 1'000'000.- zustünden, da die Firma C liquidiert worden sei und deren Liquidationswert sich mindestens auf Fr. 3'687'000.- belaufe (Klageantwort, 21 f.).

Aus den vom Beklagten eingereichten Unterlagen geht einzig hervor, dass die Firma C am 24. Dezember 1998 im Handelsregister gelöscht wurde (bekl. act. 4). Hinweise auf ein positives Liquidationsergebnis sowie auf dessen Höhe ist diesen Unterlagen nicht zu entnehmen. Der Beweis für eine Verrechnungsforderung in der behaupteten Höhe ist damit nicht erbracht und die Einrede der Verrechnung demzufolge abzuweisen.

dd) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die vom Beklagten erhobenen Verrechnungsforderungen als unbegründet erweisen und die Verrechnungseinrede demzufolge abzuweisen ist.



d) Der Beklagte macht in seiner Klageantwort geltend, dass anlässlich eines Gesprächs zwischen dem Kläger, dem Beklagten und ihrem Bruder A Anfang 1997 vereinbart worden sei, die Feindseeligkeiten zu beenden, einander in Ruhe zu lassen, keine gegenseitigen Forderungen mehr zu stellen und einander wo und wie immer möglich aus dem Weg zu gehen (Klageantwort, 16). Der Kläger bestreitet, dass ein derartiges Gespräch stattgefunden habe (Replik, 13).

Aufgrund der vorerwähnten Ausführungen des Beklagten ist nicht restlos klar, ob er einen Schulderlass oder aber einen gegenseitigen Verzicht auf Geltendmachung gegenseitiger Forderungen behauptet. Ob das behauptete Treffen Anfang 1997 stattgefunden hat, braucht vorliegend allerdings nicht geklärt zu werden. Dies aus den folgenden Gründen: Der Beklagte führt nämlich selbst aus, dass der Kläger es anlässlich dieses Treffens versäumt habe, die vorliegend eingeklagte Forderung zu erwähnen (Klageantwort, 17). Damit ist nicht ersichtlich, wie der angerufene Zeuge Bruder A einen Schulderlass bzw. einen Verzicht des Klägers aus Geltendmachung der Forderung bezeugen sollte. Ein stillschweigender Schulderlass ist jedoch nicht leichthin anzunehmen, und an dessen Beweis sind strenge Anforderungen zu knüpfen (RAINER GONZENBACH in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Art. 1 529 OR, 3. Auflage, Basel et al. 2003, N 12 zu Art. 115). Da der Beklagte selbst ausführt, der Kläger habe 1997 oder 1998 ein Verfahren gegen ihn angestrengt, und sich auch aus den übrigen Parteivorbringen sowie den eingereichten Unterlagen keine Hinweise ergeben, auf Grund derer man von einem stillschweigenden Verzicht des Klägers ausgehen könnte, kann ausgeschlossen werden, dass dem Beklagten dessen Nachweis mit dem angerufenen Zeugen gelingen würde. In Bezug auf einen möglichen gegenseitigen Verzicht auf Geltendmachung von Forderungen ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass dieser spätestens im Zeitpunkt, in welchem der Beklagte selbst an das Bezirksgericht (heute Kreisgericht) gelangte, hinfällig geworden wäre (bekl. act. 15).

Nach dem Gesagten erweist sich die Behauptung des Beklagten, der Kläger habe auf eine Erfüllung der eingeklagten Forderung verzichtet bzw. diese sei gestundet worden, als unbegründet.

e) Der Beklagte macht weiter geltend, dass die Geltendmachung der Forderung gegen Treu und Glauben verstosse (Klageantwort, 10 und 17). Zur Begründung verweist er auf



## St.Galler Gerichte

den Zeitablauf und führt an, dass der Kläger seit dem 19. November 1997 über sein Domizil informiert sei und ihm die Geltendmachung der Forderung bereits in jenem Zeitpunkt möglich gewesen wäre (Klageantwort, 10).

Der Beklagte rügt damit verzögerte Rechtsausübung durch den Kläger. Ein Gebot zur zügigen Rechtsausübung besteht jedoch grundsätzlich nicht (BGE 111 III 21, E.2). Damit eine verzögerte Rechtsausübung missbräuchlich ist, müssen zum Zeitablauf weitere Umstände hinzutreten, welche die Rechtsausübung mit der früheren Untätigkeit des Berechtigten in einem unvereinbaren Widerspruch erscheinen lassen (vgl. HEINRICH HONSELL in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Band I, 2. Auflage, Basel et. al. 2002, N 49 zu Art. 2 m.w.H.). Solche Umstände macht der Beklagte - mit Ausnahme des hiervoor bereits diskutierten Vorbringens, die Forderung sei ihm erlassen bzw. auf deren Geltendmachung verzichtet worden - nicht geltend. Vielmehr führt er selbst aus, dass der Kläger 1997 oder 1998 bereits versucht habe, eine Forderung gegenüber ihm gerichtlich durchzusetzen (Klageantwort, 29). Unter diesen Voraussetzungen kann nicht von einem vertrauensbegründenden Verhalten des Klägers ausgegangen werden. Der Einwand des Beklagten, die Rechtsausübung durch den Kläger sei verzögert und damit rechtsmissbräuchlich, erweist sich somit als unbegründet.

f) Nach dem Gesagten erweisen sich sämtliche Einwände und Einreden des Beklagten gegen die Forderung des Klägers als unbegründet. Diese sind somit abzuweisen und es ist festzuhalten, dass der Kläger gegenüber dem Beklagten eine Forderung aus Darlehensvertrag im Betrag von Fr. 120'000.- hat.

5. a) Der Kläger verlangt 5% Zins seit dem 1. Januar 1997. Der Beklagte bringt hierzu vor, dass die eingeklagte Forderung nicht fällig und er nicht in Verzug gesetzt worden sei (Klageantwort, 28).

Wie hiervoor dargelegt, ist davon auszugehen, dass die Bank den Darlehensvertrag mit dem Beklagten im November 1994 kündigte (Erw. III/3.c hiervoor). Gemäss Art. 102 Abs. 2 OR befand sich der Beklagte somit ab diesem Zeitpunkt in Verzug. Der Verzugszins ist damit bereits seit November 1994 geschuldet (vgl. Art. 104 Abs. 1 OR). Dem Kläger ist demnach - wie eingeklagt - 5% Zins seit 1. Januar 1997 zuzusprechen.



b) Der Kläger beantragt, dass ihm in der Betreuung Nr. 1234 des Betreibungsamtes vom 27. April 2004 die Rechtsöffnung zu erteilen sei.

Mit der zu beurteilenden Klage prosequiert der Kläger den Arrest des Betreibungsamtes (vgl. kläg. act. I/2). Die Voraussetzungen von Abs. 1 und 2 von Art. 279 SchKG sind vorliegend erfüllt (vgl. Erw. I/1 3). Dem Kläger ist somit, in der Betreuung Nr. 1234 des Betreibungsamtes, Zahlungsbefehl vom 27. April 2004, für Fr. 120'000.- nebst Zins zu 5% seit 1. Januar 1997 definitive Rechtsöffnung zu erteilen.

c) Der Kläger begehrt überdies an, dass der Beklagte zu verpflichten sei, die Betreuungskosten sowie die Arrestkosten und die Kosten des Arrestvollzuges zu ersetzen.

Diese Kosten sind Betreuungskosten im Sinne von Art. 68 Abs. 1 SchKG (FRANK EMMEL in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 1 87 SchKG, Basel et al. 1998, N 3 zu Art. 68). Gemäss Art. 68 Abs. 2 SchKG ist der Gläubiger berechtigt, von den Zahlungen des Schuldners die Betreuungskosten vorab zu erheben. Über diese Kosten ist somit im vorliegenden Verfahren nicht zu entscheiden. Vielmehr ist der Kläger auf vorerwähntes Recht zur Kostenerhebung zu verweisen.

6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die eingeklagte Forderung von Fr. 120'000.- nebst 5% Zins seit 1. Januar 1997 zu schützen ist. Soweit seine Forderung geschützt wird, ist dem Kläger antragsgemäss definitive Rechtsöffnung zu erteilen. Im Übrigen erweist sich die Berufung als unbegründet und ist demzufolge abzuweisen.