

# Obergericht Appenzell Ausserrhoden

## 1. Abteilung

Die vom Beklagten gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde beim Bundesgericht hat dieses mit Entscheid vom 3. Juli 2017 abgewiesen, soweit es darauf eingetreten ist (BGE 5A\_648/2016).

## Entscheid vom 1. März 2016

|                                        |                                                                                                                                                         |
|----------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Mitwirkende                            | Obergerichtsvizepräsident W. Kobler<br>Oberrichterin S. Rohner<br>Oberrichter B. Oberholzer, H.P. Blaser, H. Zingg<br>Obergerichtsschreiberin B. Widmer |
| Verfahren Nr.                          | O1Z 15 10                                                                                                                                               |
| Sitzungsort                            | Trogen                                                                                                                                                  |
| <b>Berufungskläger</b><br>Kläger       | <b>A</b> ____<br>vertreten durch: RA AA____                                                                                                             |
| <b>Berufungsbeklagter</b><br>Beklagter | <b>B</b> ____<br>vertreten durch: RA BB____                                                                                                             |
| Gegenstand                             | <b>Aberkennung</b>                                                                                                                                      |

## Rechtsbegehren

### a) Kläger und Berufungskläger:

#### aa) im erstinstanzlichen Verfahren:

1. Es sei festzustellen, dass die Forderung von CHF 39'936.05 nicht besteht, wofür dem Beschuldigten (recte: Beklagten) das Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden mit Entscheid vom 25. Mai 2011 provisorische Rechtsöffnung erteilt hat (bestätigt mit Urteil des Obergerichts von Appenzell Ausserrhoden vom 3. August 2011 und Urteil des Bundesgerichts vom 20. Oktober 2011).
2. Unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.

#### bb) im Berufungsverfahren:

1. Ziff. 1-3 des Urteils des Kantonsgerichts von Appenzell Ausserrhoden vom 12. Mai 2015 (Proz. Nr. K2Z 11 21) seien aufzuheben.
2. Es sei festzustellen, dass die Forderung von CHF 39'936.05 nicht besteht, wofür dem Beklagten das Kantonsgericht von Appenzell Ausserrhoden mit Entscheid vom 25. Mai 2011 provisorische Rechtsöffnung erteilt hat (bestätigt mit Urteil des Obergerichts von Appenzell Ausserrhoden vom 3. August 2011 und Urteil des Bundesgerichts vom 20. Oktober 2011).
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.

### b) Beklagter und Berufungsbeklagter:

#### aa) im erstinstanzlichen Verfahren:

Es sei die Klage vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8 % MWSt zu Lasten des Klägers.

#### bb) im Berufungsverfahren:

Es sei die Berufung und damit die Klage vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8 % MWSt zu Lasten des Klägers.

## Sachverhalt

### A. Übersicht

Am 22. Juni 1978 wurde die C\_\_\_ AG ins Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen (act. B 3/37/7). Am 9. September 1986 wurde der Konkurs über die Einzelfirma von A\_\_\_ eröffnet (act. B 3/2/2). Aus diesem Konkurs gingen u.a. zwei

Verlustscheine hervor, beide datierend vom 21. März 1988, betreffend zwei Forderungen der C\_\_\_ AG, nämlich je über den Betrag von CHF 35'847.10 (act. B 3/2/3) und von CHF 4'088.95 (act. B 3/2/2). Von diesen beiden Verlustscheinen liegt derjenige im Betrag von CHF 35'847.10 im Original vor (act. B 3/56/1), während von demjenigen im Betrag von CHF 4'088.95 ein Duplikat (ohne Abtretung) vom 19. April 2011 vorhanden ist (act. B 3/7, S. 2). Beide Verlustscheine tragen jeweils auf der Rückseite eine Abtretungserklärung im Original, datierend vom 10. Mai 1988, wonach die Forderung im Betrag von CHF 35'847.10 bzw. CHF 4'088.95 samt Nebenrechten an B\_\_\_ abgetreten wird. Unterzeichnet wurden beide Abtretungen mit "B\_\_\_, VR-Präsident, Einzelunterschrift" (act. B 3/56/1+2). Am 10. März 1993 wurde der Konkurs über die C\_\_\_ AG eröffnet (act. B 3/37/7), die Löschung der C\_\_\_ AG in Konkursliquidation erfolgte am 9. Juli 1998 (act. B 3/2/1). B\_\_\_ setzte die beiden Verlustscheinsforderungen im Gesamtbetrag von CHF 39'936.05 im Jahr 2010 gegen A\_\_\_ in Betreuung, der Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes F\_\_\_ Nr. 20101406 datiert vom 29. Juni 2010. Dagegen erhob A\_\_\_ am 27. Juli 2010 Rechtsvorschlag (act. B 3/37/9). B\_\_\_ wurde mit Entscheid des Einzelrichters des Kantonsgerichts vom 25. Mai 2011 (ER3 11 34) für CHF 39'936.05 die provisorische Rechtsöffnung erteilt (act. B 3/77/21). Dieser Entscheid wurde sowohl mit Entscheid des Obergerichts vom 3. August 2011 (ERZ 11 27; act. B 3/77/23) als auch mit Urteil des Bundesgerichts 5A\_586/2011 vom 20. Oktober 2011 bestätigt (act. B 3/77/24).

## **B. Prozessgeschichte**

A\_\_\_ reichte am 23. Juni 2011 eine Aberkennungsklage beim Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden ein (act. B 3/1). Mit Verfügung vom 20. Juli 2011 wurde das Verfahren (K2Z 11 21) bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens vor dem Obergericht gegen den erstinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheid ER3 11 34 sistiert (act. B 3/6). Am 4. August 2011 beantragte B\_\_\_ eine Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung durch den Kläger (act. B 3/7). Mit Entscheid der Einzelrichterin vom 25. November 2011 trat diese auf die Aberkennungsklage nicht ein (act. B 3/17). Dagegen erhob A\_\_\_ Berufung ein, welche der Einzelrichter des Obergerichts am 4. April 2012 (ERZ 12 1) guthiess, den Entscheid aufhob und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an das Kantonsgericht zurückwies (act. B 3/21). Mit Verfügung vom 15. Juni 2012 wurde das Verfahren K2Z 11 21 weitergeführt und festgestellt, dass die Klageeinleitung durch den Kläger rechtzeitig erfolgt war. Dem Kläger wurde eine Nachfrist zur Verbesserung der Klage und zur Stellungnahme zum gestellten Sicherheitsleistungsbegehren des Beklagten eingeräumt (act. B 3/22). Am 28. Juni 2012 stellte A\_\_\_ das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und -verbeiständung (act. B 3/23). Am 15. August 2012 (ER2 12 173) wurde

ihm die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung gewährt (act. B 3/48/8). Die verbesserte Klageschrift wurde von RA AA\_\_\_ am 14. September 2012 eingereicht (act. B 3/36). Das Gesuch des Beklagten auf Leistung einer Sicherheit durch den Kläger wurde mit Verfügung der Einzelrichterin vom 24. September 2012 (K2Z 11 21) abgewiesen (act. B 3/40). Der Beklagte erhob gegen diese Verfügung Beschwerde beim Obergericht Appenzell Ausserrhoden und beantragte mit Eingabe vom 2. Oktober 2012 beim Kantonsgericht die Sistierung des Aberkennungsverfahrens (act. B 3/42). Nachdem der Kläger der Sistierung zugestimmt hatte (act. B 3/45), wurde das Verfahren mit Verfügung der Einzelrichterin vom 25. Oktober 2012 bis zum Abschluss des obergerichtlichen Verfahrens bezüglich Sicherheitsleistung sistiert (act. B 3/46). Der Einzelrichter des Obergerichts hiess mit Entscheid vom 21. Oktober 2013 (ERZ 12 61) die Beschwerde des Beklagten gegen den Entscheid der Einzelrichterin des Kantonsgerichts vom 15. August 2012 gut und wies die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zur neuen Entscheidung zurück (act. B 3/48/11). Mit Entscheid der Einzelrichterin des Kantonsgerichts vom 5. Juni 2014 wurde dem Kläger die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung inkl. Befreiung von Sicherheitsleistungen gewährt (act. B 3/47). Mit Verfügung vom 1. Juli 2014 wurde dem Rechtsvertreter des Beklagten Frist zur Einreichung der Klageantwort eingeräumt (act. B 3/51). Die Klageantwort datiert vom 18. August 2014 (act. B 3/52). Mit Verfügung vom 21. August 2014 wurde der Beklagte aufgefordert, den Originalverlustschein über CHF 35'847.10 mit gültiger und originaler Abtretungserklärung sowie die Kopie des Verlustscheines über CHF 4'088.95 mit originaler Abtretungserklärung einzureichen (act. B 3/54). Dieser Aufforderung kam der Beklagte am 27. August 2014 nach (act. B 3/55 und 56/1+2). Die Beschwerde von B\_\_\_ gegen die Verfügung der Einzelrichterin des Kantonsgerichts vom 24. September 2012 wurde mit Entscheid des Einzelrichters des Obergerichts vom 25. August 2014 (ERZ 12 56) abgewiesen (act. B 3/61). Die Replik datiert vom 1. Dezember 2014 (act. B 3/64), die Duplik vom 16. Februar 2015 (act. B 3/70). Mit Eingabe vom 5. März 2015 liess der Kläger eine weitere Stellungnahme einreichen (act. B 3/74). Die Hauptverhandlung vor dem Kantonsgericht fand am 12. Mai 2015 statt (act. B 3/78), das Urteil erging am gleichen Tag (act. B 3/83).

### **C. Erstinstanzliches Urteil**

Mit Urteil des Kantonsgerichtes, 2. Abteilung, vom 12. Mai 2015 wurde die Klage abgewiesen und festgestellt, dass die Forderung des Beklagten über CHF 39'936.05 besteht. Die Gerichtskosten von CHF 4'500.00 wurden dem Kläger auferlegt. Zuzugewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wurden die auf den Kläger entfallenden

Gerichtskosten vorläufig auf die Staatskasse genommen und die Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO vorbehalten. Der Kläger wurde verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 7'522.20 (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen. Zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung an den Kläger wurde RA AA\_\_\_\_, Herisau, mit CHF 7'712.10 (inkl. Barauslagen und MWSt) – unter Vorbehalt der Rückerstattung nach Art. 123 ZPO – aus der Staatskasse entschädigt.

Auf die Begründung des Urteils kann verwiesen werden. Soweit erforderlich, wird darauf in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

#### **D. Schriftenwechsel und Urteil im Berufungsverfahren**

- a) Nach fristgemäss verlangter schriftlicher Begründung (act. B 3/86) liess der Kläger gegen das Urteil des Kantonsgerichts, dessen Zustellung in begründeter Ausfertigung am 16. Juli 2015 erfolgt war (act. B 3/89), mit Eingabe seines Rechtsvertreters RA AA\_\_\_\_ vom 11. September 2015 (act. B 1) rechtzeitig die Berufung erklären.
- b) Mit Verfügung des Einzelrichters des Obergerichts vom 22. September 2015 wurde A\_\_\_\_ die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung durch RA AA\_\_\_\_ gewährt (act. B 5).
- c) Die Berufungsantwort des beklagischen Rechtsvertreters RA BB\_\_\_\_ datiert vom 7. Oktober 2015 (act. B 6).
- d) Mit Verfügung des Obergerichtsvizepräsidenten vom 8. Oktober 2015 wurde den Parteien mitgeteilt, dass der ordentliche Schriftenwechsel abgeschlossen sei und eine mündliche Verhandlung nicht durchgeführt werde (act. B 7).
- e) Am 1. März 2015 wurde die Streitsache ohne mündliche Verhandlung beraten.

Auf die Ausführungen in den Schriftstücken gemäss den vorerwähnten lit. a bis e wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## Erwägungen

### 1. Prozessuales

#### 1.1 Prozessvoraussetzungen

Die vom Gericht von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen (Art. 60 ZPO), aufgeführt in Art. 59 Abs. 2 ZPO, sind vorliegend erfüllt. Zur örtlichen Zuständigkeit (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO) ist auf Art. 83 Abs. 2 SchKG i.V.m. Art. 46 ZPO hinzuweisen, wonach für Aberkennungsklagen das Gericht am Betreuungsort zuständig ist. Der Betreuungsort war bei der Klageeinleitung D\_\_\_ (act. B 3/37/9 u. B 3/1). Nach der Klageeinreichung verlegte A\_\_\_ seinen Wohnsitz von D\_\_\_ nach E\_\_\_. Gestützt auf Art. 64 Abs. 1 lit. b ZPO hat die Rechtshängigkeit die Wirkung, dass die örtliche Zuständigkeit erhalten bleibt. Ein Wohnsitzwechsel nach Klageeinreichung ist nicht mehr beachtlich (*Vock/Müller*, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2012, S. 144; *Staehelin*, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. Aufl. 2010, N. 36 zu Art. 83 SchKG), so dass die appenzell-ausserrhodischen Gerichte örtlich zuständig sind. Die sachliche Zuständigkeit des Obergerichts (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO) ergibt sich aus Art. 24 Abs. 1 lit. b Justizgesetz (bGS 145.31) und e contrario aus Art. 243 Abs. 1 ZPO.

#### 1.2 Streitwerte

##### 1.2.1 Zulässigkeit der Berufung nach Art. 308 Abs. 2 ZPO und Streitwert der Berufung

In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens 10'000 Franken beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Berechnung ist vollkommen unabhängig davon, wie die Vorinstanz entschieden hat, ob sie also z. B. den streitigen Betrag in bestimmtem Umfang zugesprochen hat. Diese Regelung erfolgte bewusst entsprechend derjenigen im BGG (*Hoffmann-Nowotny*, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber [Hrsg.], ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, 2013, N. 53 zu Art. 308 ZPO). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren des Klägers bestimmt. Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens werden nicht hinzugerechnet (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Bei Aberkennungsklagen ist zu beachten, dass sich der Streitwert nach der Höhe der in Betreuung gesetzten Forderung richtet (*Vock/Müller*, a.a.O., S. 146), nicht bloss nach dem mutmasslichen Ergebnis der Betreuung (*Staehelin*, a.a.O., N. 48 zu Art. 83 SchKG). A\_\_\_ (nachfolgend Berufungskläger genannt) stellt vor beiden Instanzen das Begehren auf Feststellung

des Nichtbestandes der Forderung von CHF 39'936.05, B\_\_\_ (nachfolgend Berufungsbeklagter genannt) beantragt jeweils vollumfängliche Klageabweisung. Demzufolge beläuft sich der Streitwert auf CHF 39'936.05.00, so dass die Streitwertgrenze von Art. 308 Abs. 2 ZPO ohne weiteres erreicht wird und die Berufung zulässig ist. Dieser Streitwert gilt auch für das Berufungsverfahren (vgl. *Stein-Wigger*, in: Sutter-Somm/ Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 12 zu Art. 91 ZPO).

### **1.2.2 Streitwert für den Weiterzug an das Bundesgericht**

Gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG bestimmt sich der Streitwert bei Beschwerden gegen kantonale Endentscheide nach den Begehren, die vor der Vorinstanz streitig geblieben sind. Wie vorerwähnt, ersucht der Berufungskläger vor Obergericht um Feststellung, dass die Forderung von CHF 39'936.05 nicht besteht, währenddem der Berufungsbeklagte die Abweisung der Klage beantragt, jedoch nicht Anschlussberufung nach Art. 313 ZPO erhoben hat. Damit wird die Streitwertgrenze für die Beschwerde in Zivilsachen von CHF 30'000.00 nach Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG auf jeden Fall erreicht.

## **1.3 Noven**

Im Berufungsverfahren ist die Zulässigkeit von Noven in Art. 317 ZPO geregelt. Nach dieser Bestimmung werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie: a. ohne Verzug vorgebracht werden; und b. trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Es wird festgestellt, dass beide Parteien vor Obergericht keine neuen Dokumente eingereicht haben. Ob in den Rechtsschriften neue Tatsachenbehauptungen gemacht wurden und ob diese unter den Gesichtspunkten von Art. 317 ZPO zulässig sind, ist, bzw. wäre, sofern überhaupt relevant, in der nachfolgenden materiellen Beurteilung zu behandeln.

## **1.4 Antrag des Klägers um Aktenbeizug**

Der **Berufungskläger** lässt den Antrag stellen, alle weiteren in dieser Angelegenheit abgeschlossenen Verfahren seien beizuziehen, insbesondere ER3 10 206 (Bewilligung des Rechtsvorschlags), ER3 11 34 (Rechtsöffnung) sowie die Akten der entsprechenden Rechtsmittelverfahren.

Es ist zu bemerken, dass sich das Rechtsöffnungsverfahren ER3 11 34 als act. B 3/77 bei den Akten befindet. Hingegen nicht bei den Akten liegt das Verfahren ER3 10 206 betreffend Bewilligung des Rechtsvorschlags. Die Originalakten 1-27 dieses Verfahrens wurden RA AA\_\_\_ am 27. August 2012 zur Einsicht zugestellt (act. B 3/34). Auf einen Beizug dieses Dossiers, aber auch allfälliger weiterer Nebenverfahren, kann jedoch verzichtet werden, da aus den nachfolgenden Erwägungen hervorgeht, dass diese für die vorliegende Beurteilung nicht relevant sind.

## **2. Materielles**

### **2.1 Grundsätzliches zur Aberkennungsklage**

Vorliegend ist eine Aberkennungsklage zu beurteilen, deren Grundlage sich in Art. 83 Abs. 2 SchKG findet. Gemäss dieser Bestimmung kann der Betriebene innert 20 Tagen nach der Rechtsöffnung auf dem Weg des ordentlichen Prozesses beim Gericht des Betreibungsortes auf Aberkennung der Forderung klagen. Die Aberkennungsklage ist eine materiell-rechtliche negative Feststellungsklage (*Staehelin*, a.a.O., N. 14 zu Art. 83 SchKG). Mit der Aberkennungsklage bestreitet der Schuldner und Betriebene Bestand, Höhe oder Fälligkeit der in Betreibung gesetzten Forderung. Die Aufhebung der provisorischen Rechtsöffnung kann hingegen nicht verlangt werden (*Vock/Müller*, a.a.O., S. 141). Die Aberkennungsklage 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 (*Vock/Müller*, a.a.O., S. 141). Die Aberkennungsklage muss gutgeheissen werden, wenn die in Betreibung gesetzte Forderung zum Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls nicht Bestand oder nicht dem Gläubiger zustand (*Staehelin*, a.a.O., N. 57 zu Art. 83 SchKG). Das Urteil stellt Bestand und Fälligkeit oder Nichtbestand bzw. mangelnde Fälligkeit der in Betreibung gesetzten Forderung im Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls fest (*Vock/Müller*, a.a.O., S. 148). Wie im Anerkennungsprozess hat der Gläubiger Bestand, Umfang, Fälligkeit und Betreibbarkeit seiner Forderung zu beweisen (Art. 8 ZGB; *Vock/Müller*, a.a.O., S. 147). Da die Aberkennungsklage eine materiell-rechtliche Klage ist, hat der Gläubiger den vollen Beweis zu erbringen. Glaubhaftmachung genügt nicht (*Vock/Müller*, a.a.O., S. 148). Der Gläubiger darf seine Forderung im Aberkennungsprozess anders begründen als im Rechtsöffnungsverfahren. Er kann auch Beweismittel einlegen, die erst nach



Zustellung des Zahlungsbefehls entstanden sind (*Staehein*, a.a.O., N. 54 zu Art. 83 SchKG).

## **2.2 Gültigkeit der Zessionen vom 10. Mai 1988**

Der Berufungsbeklagte beruft sich zur Begründung seiner Forderung von gesamthaft CHF 39'936.05 auf zwei am 10. Mai 1988 von der C\_\_\_ AG an ihn abgetretene Forderungen. Der Berufungskläger bestreitet die Richtigkeit des Abtretungsdatums und bringt vor, die beiden Verlustscheine der C\_\_\_ AG gegen ihn seien erst nach dem Konkurs der C\_\_\_ AG im Jahr 1993 zediert worden. Ob die Forderungen am 10. Mai 1988 an B\_\_\_ abgetreten wurden oder erst nach dem Konkurs der C\_\_\_ AG, ist nun aber ausschlaggebend für die Frage der Gültigkeit der Zessionen. Erfolgten nämlich die Zessionen noch vor dem Konkurs der Zedentin C\_\_\_ AG an B\_\_\_, sind sie gültig, wurden sie nachher vorgenommen, sind sie ungültig (*Girsberger/Hermann*, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, N. 18 zu Art. 164 OR). Wäre letzteres der Fall, wäre die Aberkennungsklage gutzuheissen, weil der Aberkennungsbeklagte im Zeitpunkt des Zahlungsbefehls nicht Gläubiger der in Betreibung gesetzten Forderung gewesen wäre (vgl. *Brügger*, SchKG Gerichtspraxis 1946-2005, N. 94 zu Art. 83 SchKG).

Wie in vorstehender Erwägung 2.1 dargelegt, hat der Berufungsbeklagte den vollen Beweis für das Bestehen seiner Forderung gegenüber dem Berufungskläger zu erbringen. Entsprechend ist er auch beweispflichtig dafür, dass die Zessionen an ihn vor dem Konkurs der C\_\_\_ AG erfolgten, er also bei Ergehen des Zahlungsbefehls Gläubiger der beiden Verlustscheinsforderungen war. Andernfalls würden ihm die Forderungen nicht zustehen und die Aberkennungsklage wäre gutzuheissen.

### **2.2.1 Nachweis der Grundforderung durch den Berufungsbeklagten**

Aufgrund der Beweislast, die dem Berufungsbeklagten obliegt, muss dieser zunächst den Bestand der Grundforderung von CHF 39'936.05 gegenüber dem Berufungskläger nachweisen. Der Berufungskläger bestreitet die Forderung nicht. Er hat im Gegenteil sowohl vor Vorinstanz (act. B 3/36, S. 3) als auch vor Obergericht das Bestehen der beiden Verlustscheinsforderungen im Totalbetrag von CHF 39'936.05 gegenüber der C\_\_\_ AG anerkannt. Vor Obergericht hat er in der Berufungserklärung wörtlich ausführen lassen (act. B 1, S. 4): „Der Berufungskläger hat zu keinem Zeitpunkt den Bestand der Verlustscheinsforderungen gegenüber der Gläubigerin C\_\_\_ AG bestritten.“ Der Bestand der Forderung von total CHF 39'936.05 ist somit nachgewiesen.

### **2.2.2 Findet Art. 178 ZPO im vorliegenden Verfahren Anwendung?**

Die Vorinstanz ist implizit davon ausgegangen, dass die in Art. 178 ZPO behandelte Echtheit einer Urkunde auch die Richtigkeit des Urkundeninhalts umfasst. Ausgehend von dieser Annahme ist sie aufgrund der von ihr bejahten Echtheit der beiden Abtretungserklärungen zum Schluss gekommen, dass das Datum 10. Mai 1988 auf den beiden Abtretungserklärungen wahr sei und deshalb die beiden Verlostscheinsforderungen gültig von der C\_\_\_ AG auf B\_\_\_ übertragen worden seien (S. 13 vorinstanzliches Urteil).

Für das Obergericht ist hingegen zu klären, ob die inhaltliche Richtigkeit einer Urkunde vom Echtheitsbegriff in Art. 178 ZPO umfasst ist oder lediglich die Authentizität des Urkundeninhalts bzw. die Frage, ob die Urkunde auch tatsächlich vom erkennbaren Aussteller stammt. Bejaht man ersteres, war das Vorgehen der Vorinstanz korrekt und sie durfte Art. 178 ZPO in der genannten Weise anwenden. Verneint man dies, ist zunächst danach zu fragen, ob das Datum einer Urkunde ebenfalls unter Art. 178 ZPO fällt. Falls ja, ist in einem weiteren Schritt die Echtheit des Datums im Sinne der Authentizität zu prüfen.

#### **2.2.2.1 Fällt die Richtigkeit des Inhalts einer Urkunde unter den Begriff der Echtheit in Art. 178 ZPO?**

Die Partei, die sich auf eine Urkunde beruft, hat deren Echtheit zu beweisen, sofern die Echtheit von der andern Partei bestritten wird; die Bestreitung muss ausreichend begründet werden (Art. 178 ZPO). Art. 178 ZPO verlangt, dass der Prozessgegner konkrete Umstände dartut, die beim Gericht ernsthafte Zweifel an der Authentizität des Urkundeninhalts oder der Unterschrift wecken (Botschaft ZPO, S. 7322; *Weibel*, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 5 zu Art. 178 ZPO; *Dolge*, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 2 zu Art. 178 ZPO; *Leuenberger/Uffer-Tobler*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, Rz 9.97; *Schmid*, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl. 2014, N. 2 zu Art. 178 ZPO; *Schönmann*, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2015, N. 1 zu Art. 178 ZPO). Anhand dieser Literaturstellen kann man vorerst noch nicht ausschliessen, dass die „Echtheit“ im Sinne von Art. 178 ZPO mit der inhaltlichen Richtigkeit der Urkunde gleichzusetzen ist.

Dem ist jedoch klar nicht so: *Schönmann* weist darauf hin, dass die Echtheit einer Urkunde von ihrer inhaltlichen Richtigkeit zu unterscheiden ist (a.a.O., N. 4 zu Art. 178 ZPO). *Gasser/Rickli* halten fest, dass wenn der Echtheitsbeweis gelingt, damit die inhaltliche Richtigkeit noch nicht bewiesen ist (Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 4 zu Art. 178 ZPO; vgl. auch N. 3 zu Art. 179 ZPO). Für *Groner* bedeutet Echtheit einer Urkunde, dass sie vom erkennbaren Urheber stammt (Beweisrecht, 2011, S. 216; gl. M. *Rüetschi*, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. II, 2012, N. 1 zu Art. 178 ZPO; *Hasenböhler*, Das Beweisrecht der ZPO, Band 1, 2015, Rz. 5.34). *Staehein/Staehein/ Grolimund* schliessen sich dem ebenfalls an (Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, Rz. 99 zu § 18) und führen weiter aus, dass anders als öffentliche Urkunden Privaturkunden keine erhöhte Beweiskraft geniessen, d.h. die durch sie bezeugten Tatsachen der freien richterlichen Beweiswürdigung anheimgestellt sind (a.a.O., Rz. 103 zu § 18). Im Gegensatz zu Privaturkunden erbringen öffentliche Urkunden gestützt auf Art. 179 ZPO für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhalts nachgewiesen ist. *Schönmann* fügt dazu an, dass der Beweiswert einer Urkunde grundsätzlich im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu bestimmen ist (Art. 157 ZPO). Als Ausnahme zum Grundsatz der freien Beweiswürdigung statuiert Art. 179 ZPO eine feste Regel in Bezug auf die Beweiskraft öffentlicher Register (a.a.O., N. 1 zu Art. 179 ZPO).

Gestützt auf diese Ausführungen steht für das Obergericht fest, dass Art. 178 ZPO unter dem Begriff der Echtheit lediglich die Frage nach dem Aussteller und damit nach der Authentizität der Urkunde regelt und nicht diejenige nach der inhaltlichen Richtigkeit der Urkunde.

#### **2.2.2.2 Fällt das Datum unter den Begriff der Urkunde in Art. 178 ZPO?**

Sowohl *Gasser/Rickli* (a.a.O., N. 2 zu Art. 178 ZPO) als auch *Gehri* (a.a.O., N. 1 zu Art. 178 ZPO), führen als Beispiel für eine Bestreitung des Schuldners im Sinne von Art. 178 ZPO – neben der Unterschrift und dem Forderungsbetrag - ausdrücklich die Behauptung des gefälschten Datums auf. Somit kann ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass das Datum, wie die Unterschrift auch, zum Urkundeninhalt im Sinne von Art. 178 ZPO gehört und damit von dessen Echtheitsbegriff erfasst ist.

Abschliessend ist ein Blick ins Strafrecht zur Thematik Urkundenfälschung zu werfen. Dieser zeigt, dass dort von denselben Begriffen ausgegangen wird wie im Zivilrecht. So geht es auch im Strafrecht, insbesondere bei der Datierung, um die Unterscheidung zwischen Echtheit und Wahrheit einer Urkunde. So weist *Boog* darauf hin, dass die Rückdatierung einer Urkunde durch den Aussteller nicht die Frage der Echtheit sondern der Wahrheit der Urkunde betrifft (in: Basler Kommentar, Strafrecht II, 3. Aufl. 2013, N. 60 zu Art. 251 StGB). Weiter führt *Boog* aus, falsche Angaben über Zeit und Ort der Errichtung durch den Aussteller machen diese nicht unecht, wohl aber unwahr (a.a.O., N. 9 zu Art. 251 StGB; vgl. auch BGE 129 IV E. 3.2 und BGE 122 IV 332 E. 2c). Diese Literaturstellen stehen im Einklang mit dem vorstehend angeführten Verständnis des Obergerichts von Art. 178 ZPO.

#### **2.2.2.3 Sind die beiden Forderungsabtretungen echt bzw. authentisch?**

Der **Berufungskläger** liess vor dem Einzelrichter des Kantonsgerichts ausführen, er vermute, dass die Forderungsabtretungen nicht am 10. Mai 1988, sondern erst viel später auf dem einen Original und der anderen Kopie des Verlustscheins angebracht worden seien. Die Abtretungserklärungen würden die handschriftliche Unterschrift des Beklagten tragen. Unterzeichnet seien die Forderungsabtretungen durch den Beklagten als damaligen Präsidenten des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift.

Der **Berufungsbeklagte** liess entgegnen, er selber habe auf beiden Verlustscheinen die Abtretung der Forderungen vom 10. Mai 1988 unterzeichnet.

Das Obergericht stellt fest, dass der Berufungskläger nicht behauptet, die beiden Zessionen, inkl. Datierung, würden nicht vom Unterzeichnenden B\_\_\_ stammen. Vielmehr macht er geltend, sie seien nach dem Konkurs der C\_\_\_ AG von B\_\_\_ auf den 10. Mai 1988 rückdatiert worden, also unwahr. Folglich sind die Zessionen echt bzw. authentisch und es liegt nicht ein Fall von Art. 178 ZPO vor. Strittig ist vielmehr die inhaltliche Richtigkeit, also die Korrektheit des Datums der Abtretungen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Art. 178 ZPO im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung kommt.

## **2.2.3 Beweis der Korrektheit des Datums der Abtretungen**

### **2.2.3.1 Beweislast**

Der Berufungskläger bestreitet, dass die Forderungen bereits am 10. Mai 1988 durch den Berufungsbeklagten an sich selbst abgetreten worden seien und sieht die Datierung als erst nach der Konkureröffnung über die C\_\_\_ AG erfolgt. Der Berufungsbeklagte beharrt auf der Richtigkeit des Datums 10. Mai 1988.

Gemäss vorstehender Erwägung 2.1 kommt B\_\_\_ im Aberkennungsprozess gestützt auf Art. 8 ZGB die volle Beweislast für Bestand, Umfang, Fälligkeit und Betreibbarkeit seiner Forderung gegen A\_\_\_ zu. Sodann gilt, dass im Streitfall, z. B. wenn es wegen einer Anfechtung der Zession auf den Zeitpunkt des Forderungsübergangs ankommt, derjenige, der daraus Rechte für sich ableitet, den Zeitpunkt des Rechtsübergangs nachweisen muss (*Becker*, Berner Kommentar, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Aufl. 1945, N. 3 zu Art. 165 OR). Aufgrund dessen ist der Berufungsbeklagte beweispflichtig dafür, dass er im Zeitpunkt der Ausstellung des Zahlungsbefehls am 29. Juni 2010 tatsächlich Gläubiger der Forderung von total CHF 39'936.05 war bzw. die Datierung der beiden Forderungsabtretungen auf den 10. Mai 1988 wahr ist. Der nicht beweisbelasteten Partei steht es frei, den Gegenbeweis zu führen. Dieser wird jedoch nur relevant, wenn der Hauptbeweis angetreten wird und nicht scheitert (*Lardelli*, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 5. Aufl. 2014, N. 36 zu Art. 8 ZGB).

### **2.2.3.2 Beweiswürdigung**

Die einzige Regel des Gesetzes über den Beweiswert von Urkunden ist Art. 179 ZPO betreffend die öffentlichen Register und Urkunden. Vorliegend sind jedoch Privaturkunden zu beurteilen. Hier gilt, dass sich die Beweiskraft einer Urkunde aufgrund der freien Beweiswürdigung durch das Gericht gemäss Art. 157 ZPO ergibt. Nicht jeder Urkunde kommt im Rahmen der Beweiswürdigung die gleiche Beweiskraft zu. Vielmehr ist es Sache des Gerichts, im Rahmen der freien Beweiswürdigung die Beweiskraft der vorgelegten Urkunden zu bewerten (*Müller*, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl. 2016, N. 21 zu Art. 177 ZPO; *Rüetschi*, a.a.O., N. 15 zu Art. 179 ZPO). Die erfolgte Datierung der Abtretungsurkunde bildet ein Indiz für die Verurkundung des richtigen Zeitpunkts, welches aber widerlegt werden kann (*Spirig*, Zürcher Kommentar, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Art. 164-174 OR, 3. Aufl. 1993, N. 39 zu Art. 165 OR).

Das Obergericht erachtet im Rahmen der nachfolgend vorzunehmenden Beweismwürdigung folgende Gesichtspunkte als relevant:

Der Berufungsbeklagte stützt sich zum Beweis der Korrektheit des Abtretungsdatums auf die fraglichen Abtretungsurkunden sowie auf seine Parteiaussage ab.

Für das Obergericht in hohem Mass gegen die Beweiskraft der beiden strittigen Forderungsabtretungen spricht, dass bei den Zessionen die Person des Zedenten sowie des Zessionars zusammenfällt. Mit anderen Worten hat B\_\_\_ in beiden Fällen mit sich selbst kontrahiert und sich dadurch selbst begünstigt. Mit dem Abschluss dieser Geschäfte bot sich ihm die reelle Möglichkeit, seine private finanzielle Situation zu verbessern. Nach Ansicht des Obergerichts liegt es deshalb auf der Hand, dass den hier zu beurteilenden Urkunden nicht dieselbe Beweiskraft zukommen kann, wie im Fall einer Zession einer Forderung an eine Fremdperson. Die strittigen Zessionsurkunden stellen vom Beweiswert her gesehen blosse Parteibehauptungen dar.

Es ist dem Berufungsbeklagten, der die Beweislast für die Richtigkeit der Datierung trägt, zuzugestehen, dass die Tatsache, dass die beiden Abtretungen datiert sind, ein Indiz für deren Richtigkeit bildet, dieses kann aber widerlegt werden. Dazu ist folgendes zu bemerken: Geht man davon aus, dass die beiden Forderungen tatsächlich am 10. Mai 1988 von der C\_\_\_ AG an den Berufungsbeklagten als deren Verwaltungsratspräsidenten abgetreten worden sind, so erfolgte dies bereits rund 1 ½ Monate nach Ausstellung der Verlustscheine gegen A\_\_\_ und rund 5 Jahre vor der Konkurseröffnung der C\_\_\_ AG. Das Obergericht geht davon aus, dass üblicherweise bei der Vornahme derartiger Geschäfte – die Verlustscheine stellten für die C\_\_\_ AG immerhin ein Aktivum in der Höhe von rund CHF 40'000.00 dar - die entsprechenden Verbuchungen in der Jahresrechnung vorgenommen werden. Dasselbe gilt für die vom Berufungsbeklagten behauptete Gegenleistung für angeblich privat aus der Konkursmasse der Einzelfirma des Berufungsklägers herausgekaufte Gegenstände. So weist *Becker* für den Fall, dass eine Abtretungsurkunde nicht datiert ist oder nur eine Blankozession vorliegt, darauf hin, dass Gutschrift und Belastung in den Büchern, wenn diese ordnungsgemäss geführt seien, regelmässig als genügender Beweis anzuerkennen seien (a.a.O., N. 3 zu Art. 165 OR). Dasselbe muss auch für den Fall einer vom Gläubiger an sich selbst abgetretenen Forderung gelten, bei dem das Datum der Abtretung strittig ist. Trotz

des bereits im Rechtsöffnungsverfahren vorgebrachten und begründeten Einwandes des Berufungsklägers, die Abtretungsforderungen seien rückdatiert worden, hat sich der beweisbelastete Berufungsbeklagte damit begnügt, zum Beweis für die Korrektheit des Datums einzig auf die umstrittenen beiden Urkunden sowie seine Beweisaussagen zu verweisen. Der Berufungsbeklagte hat nicht einmal behauptet, dass entsprechende Buchungen in der Geschäftsbuchhaltung vorgenommen worden seien. Angesichts dessen, dass vorliegend reine Eigengeschäfte zu beurteilen sind, ist nach Ansicht des Obergerichts das Indiz, welches für die Korrektheit der Datierung in den beiden Urkunden spricht, widerlegt, so dass ein genügender Beweis für die Richtigkeit des Datums 10. Mai 1988 nicht vorliegt.

Wie erwähnt hat der Berufungsbeklagte dem Gericht keine weiteren Beweise angeboten oder eingereicht, welche für den von ihm behaupteten Zeitpunkt der Abtretungen am 10. Mai 1988 sprechen und die diesbezüglich vorhandenen Zweifel des Obergerichts auszuräumen vermöchten. Es wäre dem Berufungsbeklagten offen gestanden, dem Gericht im vorliegenden Aberkennungsverfahren weitere Beweismittel zum strittigen Datum einzureichen (vgl. vorstehende Erwägung 2.1 am Schluss). Zu denken gewesen wäre hier, neben der vorerwähnten Geschäftsbuchhaltung, etwa an Personen aus dem geschäftlichen oder privaten Umfeld (Revisionsstelle, Buchhaltungsstelle, Mitarbeiter, Familienmitglieder, Bekannte aus dem geschäftlichen Umfeld etc.), welchen er damals von den vorgenommenen Zessionen erzählt hat. Dies hat er unterlassen, obwohl die Beweispflicht für den Zeitpunkt der Abtretungen bei ihm liegt. Anzuführen ist, dass auf die Beweisaussage von B\_\_\_ im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung verzichtet werden kann, da dessen Aussagen aufgrund der gesamten Umstände nicht geeignet sind, eine andere Beurteilung herbeizuführen.

Nicht näher eingegangen werden muss aufgrund dieser Beurteilung auf die weiteren Einwände des Berufungsklägers (Duplikat der Verlustscheinskopie, Verwenden einer mechanischen Schreibmaschine für die Abtretungserklärung, langes Zuwarten mit der Geltendmachung der Forderung, Beschaffenheit der Unterschrift von B\_\_\_ auf den Abtretungserklärungen).

Zusammenfassend kommt das Obergericht in Würdigung der gesamten Umstände zum Schluss, dass dem Berufungsbeklagten mit der Vorlage der beiden Abtretungserklärungen der Beweis für die Richtigkeit der darin enthaltenen Datierung 10. Mai 1988 nicht gelungen ist und folglich auch nicht dafür, dass er im

Zeitpunkt des Zahlungsbefehls tatsächlich Gläubiger der Forderung gegen den Berufungskläger über CHF 39'936.05 war.

Aus diesen Gründen sind Berufung und Klage vollumfänglich gutzuheissen, das Urteil des Kantonsgerichtes aufzuheben und festzustellen, dass die vom Berufungsbeklagten gegen den Berufungskläger in Betreuung gesetzte Forderung über CHF 39'936.05 nicht besteht.

### **3. Prozesskosten**

#### **3.1 Erst- und zweitinstanzliche Gerichtskosten**

Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Prozesskosten beinhalten sowohl die Gerichtskosten wie auch die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). An dieser Stelle ist zu erwähnen, dass der Richter des Aberkennungsprozesses die Kosten des Rechtsöffnungsverfahrens dann neu verteilen kann, wenn der Schuldner ein entsprechendes Begehren ausdrücklich gestellt hat (Vock, in: Hunkeler [Hrsg.], SchKG, Kurzkommentar, 2. Aufl. 2014, N. 13 zu Art. 83 SchKG). Ein solcher Antrag wurde vorliegend nicht gestellt, weshalb über die Rechtsöffnungskosten nicht zu befinden ist. Das Obergericht hat das angefochtene Urteil des Kantonsgerichts vom 12. Mai 2015 aufgehoben und Berufung und Klage von A\_\_\_ gutgeheissen (Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Somit hat der Berufungsbeklagte B\_\_\_ die erstinstanzlichen Gerichtskosten von CHF 4'500.00 sowie die Gerichtskosten der zweiten Instanz zu tragen. Die Vorinstanz hat sich bei der Bemessung der Gerichtsgebühr zu Recht auf die kantonale Gebührenordnung (bGS 233.3) abgestützt. So richten sich die Kosten der Aberkennungsklage nicht nach der GebV SchKG, sondern nach den jeweiligen kantonalen Bestimmungen über die Gerichtsgebühren (Vock, a.a.O., N. 13 zu Art. 83 SchKG).

Bezüglich der Gerichtskosten der zweiten Instanz erachtet das Obergericht als der Bedeutung der Streitsache sowie dem dafür benötigten Zeitaufwand angemessen eine Gerichtsgebühr von CHF 3'500.00 (Art. 19 Abs. 1 lit. b Gebührenordnung).

#### **3.2 Erst- und zweitinstanzliche Parteientschädigungen**



Unter Hinweis auf vorstehende Erw. 3.1 hat der unterliegende Berufungsbeklagte dem obsiegenden Berufungskläger den Ersatz notwendiger Auslagen und die Kosten seiner berufsmässigen Vertretung (Art. 95 Abs. 3 lit. a und b ZPO) im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren zu bezahlen. Der Vertreter des vollumfänglich obsiegenden Berufungsklägers ist aufgrund des Verfahrensausganges unabhängig von der Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung zum vollen Tarif zu entschädigen (vgl. Art. 19 Abs. 1 Anwaltstarif, bGS 145.53). Wie die Vorinstanz in Ziff. 3.4 ihrer Erwägung zu Recht angeführt hat, bedarf die Honorarnote von RA AA\_\_\_ vom 12. Mai 2015 im Betrag von CHF 8'694.85, inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer (act. B 3/81), der Korrektur. RA AA\_\_\_ hat sein Honorar nicht nach Streitwert, sondern nach Zeitaufwand bemessen. Da vorliegend aber ein Zivilprozess mit einem bestimmten Streitwert vorliegt, kommt die Bemessung nach Streitwert zur Anwendung (Art. 8 Anwaltstarif). Dies ergibt für einen Streitwert von CHF 39'936.05 (vgl. vorstehende Ziff. 1.2.1) ein Honorar von CHF 7'712.10, wobei für die Berechnung auf Ziff. 3.4 der vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden kann. Zu regeln ist ferner der Uneinbringlichkeitsfall. Art. 122 Abs. 2 ZPO hält dazu fest: „Obsiegt die unentgeltlich prozessführend Partei und ist die Parteientschädigung bei der Gegenpartei nicht oder voraussichtlich nicht einbringlich, so wird der unentgeltliche Rechtsbeistand vom Kanton angemessen entschädigt. Mit der Zahlung geht der Anspruch auf den Kanton über.“ Wie vorerwähnt hat RA AA\_\_\_ dem Kantonsgericht eine Kostennote über CHF 8'694.85 eingereicht, worin er nach Zeitaufwand abrechnet und korrekt den für die unentgeltliche Rechtsverteidigung anwendbaren Stundenansatz von CHF 170.00 (Art. 24 Abs. 1 Anwaltstarif) verwendet. Gestützt auf Art. 24 Abs. 2 Anwaltstarif, wonach das Honorar bei unentgeltlicher Rechtsverteidigung nicht höher als das nach Streitwert bemessene ist, muss es für die Entschädigung bei Uneinbringlichkeit beim errechneten tieferen Betrag von CHF 7'712.10 bleiben.

Im zweitinstanzlichen Verfahren hat RA AA\_\_\_ dem Gericht wiederum eine Kostennote nach Zeitaufwand eingereicht (act. B 8/2+3). Wie vorstehend dargelegt, ist in casu das Honorar nach Streitwert zu berechnen, was ein mittleres Honorar von CHF 6'762.15 ergibt. Gestützt auf Art. 20 lit. a Anwaltstarif beträgt das Honorar im Rechtsmittelverfahren 20 bis 50 % vom mittleren Honorar. Als der Streitsache angemessen erscheint dem Obergericht ein Zuschlag von 40 % von CHF 6'762.15 bzw. von CHF 2'704.85. Hinzu kommen Barauslagen von CHF 62.20, was insgesamt CHF 2'767.05 ergibt. Unter Berücksichtigung von 8 % Mehrwertsteuer bzw. CHF 221.35 ergibt dies eine Parteientschädigung von CHF 2'988.40. Auch hier ist der Uneinbringlichkeitsfall zu regeln. Die von RA AA\_\_\_ für die unentgeltliche

Rechtsverteiständung eingereichte Honorarnote im Betrag von CHF 2'727.55 ist korrekt, so dass die Entschädigung von RA AA\_\_\_\_ bei Uneinbringlichkeit in dieser Höhe festzusetzen ist.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Berufungsbeklagte den Berufungskläger für die Kosten seiner Rechtsvertretung vor Kantons- und Obergericht mit total CHF 10'700.50 (inkl. Barauslagen und MWSt) zu entschädigen hat (CHF 7'712.10 plus CHF 2'988.40). Falls diese Entschädigung beim Berufungsbeklagten nicht einbringlich ist, wird RA AA\_\_\_\_ aus der Staatskasse mit CHF 10'439.65 (inkl. Barauslagen und MWSt) entschädigt (CHF 7'712.10 plus CHF 2'727.55).

## In Gutheissung der Berufung erkennt das Obergericht:

1. Das Urteil des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden vom 12. Mai 2015 (KZZ 11 21) wird aufgehoben, die Klage von A\_\_\_ gutgeheissen und festgestellt, dass die mit Betreibungs-Nr. 20101406 des Betreibungsamtes F\_\_\_ vom 29. Juni 2010 in Betreuung gesetzte Forderung im Betrag von CHF 39'936.05 nicht besteht.
2. Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von CHF 4'500.00, sowie die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von CHF 3'500.00, werden dem Berufungsbeklagten auferlegt.
3. Der Berufungsbeklagte hat den Berufungskläger für die Kosten seiner Rechtsvertretung im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren mit insgesamt CHF 10'700.50 (inkl. Barauslagen und MWSt) zu entschädigen.

Im Fall der Uneinbringlichkeit wird RA AA\_\_\_ mit CHF 10'439.65 (inkl. Barauslagen und MWSt) aus der Staatskasse entschädigt. Mit der Zahlung geht der Anspruch in dieser Höhe auf den Kanton über (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

4. **Rechtsmittel:**  
Gegen dieses Urteil steht innert einer Frist von **30 Tagen** seit Zustellung die Beschwerde in Zivilsachen an das Schweizerische Bundesgericht offen (Art. 72-77 BGG, SR 173.110). Die Beschwerde in Zivilsachen ist bei der Bundesgerichtskanzlei, Avenue du Tribunal-Fédéral 29, Postfach, 1000 Lausanne 14, schriftlich einzureichen (Art. 42 BGG). Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG).
5. Zustellung am 18. August 2016 an:
  - die Parteien über ihre Rechtsvertreter
  - Kantonsgericht Verfahren Nr. KZZ 11 21

Der Obergerichtsvizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. W. Kobler

B. Widmer, Fürsprecherin