

complète de la capacité civile. Or, en l'espèce, les régies judiciaires organisées par la Justice de paix du cercle de Lausanne portent sur des biens appartenant à des mineurs et pour le temps de leur minorité; elles s'exercent par un autre que le tuteur ou l'administrateur légal de leurs biens, mais néanmoins sous la surveillance de l'autorité tutélaire. — Enfin, la *ratio legis* justifie aussi l'interprétation large du mot « tutelle ». Le législateur a accordé des privilèges, d'une part aux petits et aux faibles, d'autre part aux personnes qui, pour une raison ou une autre, qu'elles le veuillent ou non, ne disposent pas de la libre administration de leurs biens, laquelle est confiée à un tiers désigné par la loi ou conformément à la loi. Les demanderesses mineures, dont les biens ont été placés, par les personnes qui les leur ont légués, sous la surveillance de l'autorité tutélaire, qui a son tour en a confié l'administration à un régisseur, se trouvent dans ces conditions; elles sont, en fait, dans la même position que des mineures sous tutelle et doivent leur être assimilées en tous points.

C'est donc à bon droit que le Tribunal cantonal vaudois, en faisant application en l'espèce de l'art. 219 al. 2 LP, a déclaré que les demanderesses jouissaient, en principe, du privilège créé par cette disposition pour les créances découlant de la régie judiciaire, contre le régisseur.

4. — Quant au fond même de la question, savoir si la créance de 10 000 francs est due par la masse en faillite de feu le notaire Bugnon, en vertu de la régie judiciaire, elle relève uniquement du droit cantonal. En effet, c'est d'après la législation cantonale qu'il y a lieu de juger quels sont les devoirs du régisseur et quelle est l'étendue de ses droits; quel usage le régisseur devait faire des sommes provenant des legs Larguier des Bancelles et Le Blanc; comment les dossiers devaient être constitués et où ils devaient être déposés; si, en cas de remboursement des titres, les deniers en provenant étaient soumis à emploi, comment, sous quelle forme et dans quels délais; de quelle manière le régisseur devait établir et rendre les comptes et comment devait intervenir

la corroboration de l'autorité chargée de la police tutélaire; enfin, s'il existe une prétention et si elle est prescrite. C'est, en un mot, d'après le droit cantonal, qu'il y a lieu de répondre à la question de savoir si les dossiers des legs soumis à régie sont intacts; or, le Tribunal cantonal vaudois, seul compétent, a répondu affirmativement à cette question; ce prononcé est dès lors définitif, le droit fédéral n'ayant pas été violé.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt du Tribunal cantonal vaudois, du 28 novembre 1905, confirmé dans toute son étendue.

### 23. Urteil vom 2. März 1906 in Sachen

**Baumann**, Kl. u. Ver.-Kl., gegen **Moor**, Bekl. u. Ver.-Bekl.

*Aberkennungsklage; Frist, Art. 83 Abs. 2 SchKG. Bei Zulässigkeit einer Appellation geg. den Rechtsöffnungsentscheid läuft die Frist von der Eröffnung des zweitinstanzlichen Entscheides an. — Wirkungen der Litispendenz; kantonales Recht. Schuldanererkennung; Beweislast bei Bestreitung.*

A. Durch Urteil vom 14. September 1905 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern über die Rechtsbegehren

1. Der Klage: Es sei die von Barb. Moor geb. Kehrli vorgenannt dem Aberkennungskläger Samuel Baumann gegenüber durch Zahlungsbefehl vom 1./1. Mai 1903 geltend gemachte Forderung von 3000 Fr. nebst Zins à 5 % seit 15. Februar 1900 plus 60 Fr. Rechtsöffnungslosten gerichtlich abzuerkennen.

2. Der Hauptverteidigung: Es sei auf die Aberkennungsklage des Samuel Baumann nicht einzutreten.

Eventuell: Es sei der Aberkennungskläger Samuel Baumann mit seiner Klage abzuweisen;

erkannt:

Die Beklagte ist mit ihrem Nichteintretensschlusse abgewiesen.

Der Kläger ist mit dem Rechtsbegehren seiner Aberkennungs-  
klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und form-  
richtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem  
Antrag: Es sei in Abänderung des obergerichtlichen Urteils die  
von Barbara Moor geb. Kehrli dem Aberkennungskläger, Samuel  
Baumann gegenüber durch Zahlungsbefehl vom 1./4. Mai 1903  
geltend gemachte Forderung von 3000 Fr. nebst Zins à 5 %  
seit 15. Februar 1900 gerichtlich abzuerkennen.

C. Die Beklagte und Berufungsbeklagte hat beantragt: Es sei  
auf die Aberkennungsklage des Baumann nicht einzutreten; even-  
tuell: der Aberkennungskläger Baumann sei mit seinen Abände-  
rungsanträgen abzuweisen und es sei das erstinstanzliche Urteil  
in allen Teilen zu bestätigen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Beklagte und Berufungsbeklagte ist im Besitze einer  
vom Kläger und Berufungskläger sowie Peter Moor, einem  
Sohne der Beklagten, ausgestellten „Schuldenerkennung und Ver-  
pflichtung“ d. d. 10. Januar 1900, worin der Kläger und Peter  
Moor anerkennen, der Beklagten „im solidarischen Verhältnisse  
eine Summe von 3000 Fr. schuldig geworden zu sein,“ und sich  
verpflichten, „diese Summe vom 15. Februar 1900 hinweg zu  
5 % zu verzinsen und das Kapital selbst gestützt auf eine voran-  
gehende sechsmonatliche Kündigung hin wieder abzuführen“.

Anfangs Oktober 1902 kündigte die Beklagte dem Kläger das  
Kapital von 3000 Fr. nebst Zinsausstand auf sechs Monate  
auf. Anfangs Mai 1903 betrieb sie ihn für diesen Betrag, und  
am 7. August erwirkte sie hiefür erstinstanzlich die provisorische  
Rechtsöffnung. Dieser Rechtsöffnungsentscheid wurde von der  
zweiten Instanz durch Urteil vom 4., zugestellt am 12. September,  
bestätigt, worauf Baumann am 19. September die Aberkennungs-  
klage mit dem sub A hievon wiedergegebenen Rechtsbegehren  
einleitete.

Bezüglich des dem Schuldschein zu Grunde liegenden Rechts-  
verhältnisses hatte der Kläger vor der kantonalen Instanz in

erster Linie behauptet, ein solches Rechtsverhältnis habe überhaupt  
nicht bestanden, sondern der Schuldschein sei von ihm und Peter  
Moor lediglich aus Gefälligkeit und einzig und allein zu dem  
Zwecke ausgestellt worden, um es der Beklagten zu ermöglichen,  
3000 Fr. auf der Ersparniskasse Oberhasli zu beziehen; durch  
die Schuldenerkennung habe nämlich der Schein erweckt werden  
sollen, die Beklagte beabsichtige, das auf der Kasse zu beziehende  
Geld anderwärts zinstragend anzulegen, während sie sich in Wirk-  
lichkeit in Bezug auf die Verwendung desselben freie Hand habe  
bewahren wollen. „Eventuell“ sei die Ausständigung der Schuld-  
erkenntnis an die Beklagte „nur unter der Bedingung erfolgt,  
daß die Summe von 3000 Fr. darlehensweise an den Kläger  
ausbezahlt werde“, was nicht geschehen sei. Über diese Behaup-  
tungen hat der Kläger der Beklagten den Eid zugeschoben.

Die Beklagte hat als Eidesdelatin erklärt, der Schuldschein sei  
allerdings in erster Linie zu dem Zwecke ausgestellt worden, da-  
mit sie ihr Guthaben von 3000 Fr. auf der Ersparniskasse er-  
heben könne; das Geld habe sie aber zu dem Zwecke erhoben, um  
es dem Kläger und Peter Moor zu leihen, und es sei dasselbe  
denn auch wirklich von diesen beiden „genommen“ worden. Im  
weiteren sagte sie aus: „Als ich den Schuldschein in Händen  
hatte, ging ich damit auf die Kasse und erhob dort mein Spar-  
heftguthaben von 3000 Fr. Ich und mein Sohn Alfred gingen  
damals zusammen auf die Kasse. Ich quittierte für das Geld.  
Mein Sohn Alfred hat das Geld auf der Kasse behändigt und  
trug es dann auf den Bahnhof, allwo Peter wartete und es in  
Empfang nahm. Ich selbst ging nicht mit und war bei der Geld-  
übernahme durch Peter nicht anwesend. Dem Baumann übergab  
ich selbst kein Geld. Peter sagte mir, das Geld sei für ihn und  
Baumann gemeinsam. Baumann habe ihm seiner Zeit viel ge-  
holfen, und nun wolle er ihm auch helfen.“

2. In rechtlicher Beziehung ist vorab die Frage zu entscheiden,  
ob die Aberkennungsklage dadurch verwirkt sei, daß sie nicht innert  
zehn Tagen seit dem erstinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheid  
erhoben worden ist, sondern erst innerhalb der zehn auf die Er-  
öffnung des zweitinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheides fol-  
genden Tage.

Diese Frage hängt eng zusammen mit der vom Bundesgerichte als Obergerichtsbehörde über die Betreibungs- und Konkursämter in drei neueren Entscheidungen (in Sachen Kaiser, *US* 29 I S. 118\*; in Sachen Wicky, *Entscheid* vom 19. März 1904; und in Sachen Jäggi & Cie., *US* 31 I S. 215 f.\*\*\*) beurteilten und in einem früheren Entscheide (in Sachen Saint-Martin, *US* 22 S. 328) gestreiften Frage, ob eine provisorische Pfändung schon dann als definitiv erklärt bezw. ob — den Ablauf der Zahlungsfrist im Sinne von Art. 88 und 159 selbstverständlich vorausgesetzt — eine definitive Pfändung schon dann vorgenommen oder eine Konkursandrohung schon dann erlassen werden könne, wenn innert 10 Tagen seit dem erstinstanzlichen, die provisorische Rechtsöffnung bewilligenden Entscheide keine Aberkennungsflage eingereicht worden ist, oder ob dies erst dann geschehen könne, wenn seit dem zweitinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheide 10 Tage ohne Einreichung der Aberkennungsflage verstrichen sind; denn nach Art. 83 Abs. 3 *SchRG* hat die Verwirkung der Aberkennungsflage (ebenso wie die Abweisung derselben) zur Folge, daß die Rechtsöffnung eine definitive wird und daß daher (den Ablauf der Zahlungsfrist natürlich immer vorausgesetzt) eine definitive Pfändung vorgenommen bezw. eine Konkursandrohung erlassen werden kann und eine allfällig bereits vorgenommene provisorische Pfändung zur definitiven wird: Die Verneinung der Frage, ob eine Aberkennungsflage rechtzeitig erhoben worden sei, kommt einer Befahrung der Frage gleich, ob die angeführten Betreibungsbehandlungen zulässig seien, und die Verneinung dieser letztern Frage kommt einer Befahrung der erstern gleich.

Nicht zu verwechseln ist dagegen mit obigen beiden Fragen die ebenfalls vom Bundesgerichte als Aufsichtsbehörde bereits beurteilte (siehe den *Entscheid* vom 30. September 1902 in Sachen Brändlin; vergl. den *Entscheid* in Sachen Lehmann, *US* 23 I S. 955) andere Frage, ob die provisorische Pfändung bezw. die Aufnahme des Güterverzeichnisses im Sinne von Art. 83 Abs. 1 schon gestützt auf die Bewilligung der provisorischen Rechtsöffnung durch die erste Instanz aber erst nach Bewilli-

\* Sep.-Ausg. 6 Nr. 15 S. 50 ff. — \*\* Id. 8 Nr. 18 S. 72 ff.

(*Anm. d. Red. f. Publ.*)

gung derselben durch die zweite Instanz zulässig sei. Freilich werden diese verschiedenen Fragen meistens (so auch in den angeführten Urteilen in Sachen Wicky und in Sachen Jäggi & Cie.) unter der Bezeichnung der „Frage nach dem Suspensiv-effekt der Appellation in Rechtsöffnungssachen“ als eine und dieselbe Frage behandelt, wie denn auch in den Urteilen i. S. Wicky u. i. S. Jäggi & Cie. erklärt wurde, die zur Entscheidung stehende Frage sei bereits durch die Entscheide i. S. Lehmann und Brändlin präjudiziert. Allein eine Beantwortung der einen Frage in dem Sinne, daß die provisorische Pfändung bezw. die Aufnahme des Güterverzeichnisses schon gestützt auf die Bewilligung der provisorischen Rechtsöffnung seitens der ersten Instanz verlangt werden könne, ist sehr wohl verträglich mit einer Beantwortung der beiden andern Fragen in dem Sinne, daß die Aberkennungsflage noch innert 10 Tagen seit dem zweitinstanzlichen die provisorische Rechtsöffnung bewilligenden Entscheide eingereicht werden könne und daß daher eine provisorische Pfändung erst dann definitiv erklärt bezw. eine definitive Pfändung erst dann vorgenommen und eine Konkursandrohung erst dann erlassen werden dürfe, wenn seit dem zweitinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheid 10 Tage ohne Einreichung der Aberkennungsflage verstrichen sind. Die Motivierung des Urteils in Sachen Brändlin, bezw. des Urteils in Sachen Lehmann, fällt somit für die Entscheidung der in casu zu beurteilenden Frage, direkt wenigstens (vergl. übrigens *Erw.* 5 hienach), nicht in Betracht.

3. Das Bundesgericht als Obergerichtsbehörde über die Betreibungs- und Konkursämter ist in den angeführten Entscheidungen in Sachen Kaiser, in Sachen Wicky und in Sachen Jäggi & Cie., im Gegensatz zu der Auffassung, welche es in seinem Entscheide in Sachen Saint-Martin hatte durchblicken lassen (vergl. hierüber *Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs* Bd. 7 S. 245) dazu gelangt, die definitive Pfändung bezw. die Konkursandrohung schon dann zuzulassen, wenn innert 10 Tagen seit dem erstinstanzlichen die provisorische Rechtsöffnung bewilligenden Entscheide keine Aberkennungsflage erhoben worden und die Zahlungsfrist abgelaufen ist. Von diesem Standpunkte aus wäre konsequenterweise auf eine erst innert 10 Tagen seit

dem zweitinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheid erhobene Aberkennungsklage wegen Verspätung nicht einzutreten. Indessen erscheint dieser Standpunkt bei näherer Prüfung als unhaltbar.

Daß ein Instanzenzug in Rechtsöffnungsfachen bundesrechtlich überhaupt zulässig sei, kann nach den grundsätzlichen Ausführungen des Bundesgerichts als Staatsgerichtshof am 14. Mai 1903 erlassenen Urteils in Sachen Cardoner (US 29 I Nr. 40\*) nicht mehr in Frage gestellt werden.

Ist aber die Appellation in Rechtsöffnungsfachen zulässig, so muß folgerichtig auch anerkannt werden, daß die Frist zur Einreichung der Aberkennungsklage, in den Fällen, wo es zu einer zweitinstanzlichen Beurteilung des Rechtsöffnungsbegehrens kommt, erst mit der Eröffnung des zweitinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheides beginnen kann.

Schon in dem zitierten Urteile in Sachen Cardoner ist darauf hingewiesen worden, daß der Wortlaut des Gesetzes dieser Ansicht nicht entgegensteht, indem der „Anfangspunkt der Frist in mehr allgemeiner Art und Weise bezeichnet wurde“, derart, daß darunter ebensowohl der zweitinstanzliche als der erstinstanzliche Rechtsöffnungsentscheid verstanden werden konnte.

Sodann ist mit Recht im Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. 7 S. 244, darauf abgestellt worden, daß „die Rechtsöffnung“ eben erst erteilt ist, „wenn betreibungsrrechtlich dem Fortgang der Betreibung nichts mehr im Wege steht,“ also „wenn die Exequierbarkeit der Forderung vom Rechtsöffnungsrichter endgültig anerkannt ist,“ und daß erst, wenn der Rechtsöffnungsstreit („der Streit über das formelle Recht“) endgültig zum Austrag gebracht ist, und wenn der Rechtsöffnungsbeklagte hier unterlegen ist, „Grund zu einem Streit über das materielle Recht und somit zum Aberkennungsprozeß vorliegt“.

4. Die Unzukömmlichkeiten, zu welchen es führt, wenn einerseits die Appellation in Rechtsöffnungsfachen zugelassen, andererseits aber die Appellation bei der Berechnung der Frist für die Aberkennungsklage ignoriert wird, sind denn auch augenscheinliche. Wenn der Gläubiger erstinstanzlich Rechtsöffnung verlangt hat,

\* Sep.-Ausg. 6 Nr. 40 S. 131 ff.

(Anm. d. Red. f. Publ.)

auf Appellation des Schuldners hin aber die zweite Instanz die Rechtsöffnung verweigert, so erweist sich der inzwischen angehobene Aberkennungsprozeß als gegenstandslos, die durch denselben verursachten Kosten als nutzlos. Die Parteien dem Risiko eines solchen unnützen Prozessierens auszusetzen, kann unmöglich die Meinung des Gesetzgebers gewesen sein.

Der im Urteil in Sachen Jäggi & Cie. enthaltene Hinweis darauf, daß ähnliche Unzukömmlichkeiten, wie sie die dortige Auffassung über den Beginn der Frist zur Aberkennungsklage zeitige, gleicherweise stets dann gegeben seien, wenn der Gesetzgeber eine Vollziehung zulasse, bevor der zu vollziehende Anspruch seine definitive richterliche Anerkennung erhalten habe, erscheint nicht als ausschlaggebend. Denn einmal handelt es sich bei der Zulassung der definitiven Pfändung bzw. der Konkursandrohung vor Bewilligung der provisorischen Rechtsöffnung durch die zweite Instanz keineswegs nur um die Vollziehung eines noch nicht materiell beurteilten, sondern um die Vollziehung eines noch nicht einmal in Bezug auf die Frage der Vollziehbarkeit fertig beurteilten Anspruches, und sodann handelt es sich hier nicht nur um eine vorzeitige Exekution, sondern auch um ein vorzeitiges Prozessieren. Während nun aber an der vorzeitigen Sicherung eines noch nicht materiell beurteilten Anspruches der Gläubiger unter Umständen ein derart großes Interesse besitzt, daß der Gesetzgeber diesem Interesse des Gläubigers das entgegen gesetzte Interesse des Schuldners unterzuordnen für gut befinden konnte, hat dagegen weder der Gläubiger noch der Schuldner ein rechtlich zu schützendes Interesse daran, daß vorzeitig über eine Frage prozessiert werde, welche je nach dem Entscheide über die Frage der Rechtsöffnung völlig gegenstandslos werden wird. Eine zu solch unnützem Prozessieren führende Auffassung könnte nur dann als richtig anerkannt werden, wenn sie sich zwingend aus dem Gesetze ergeben würde, was indessen hier, wie bereits gezeigt, keineswegs der Fall ist.

5. Wollte den vorstehenden Ausführungen gegenüber geltend gemacht werden, daß es inkonsequent sei, die Frage nach dem Suspensiveffekt der Appellation in Rechtsöffnungsfachen bezüglich der provisorischen Pfändung und der Aufnahme des Güterver-

zeichnisses zu verneinen, bezüglich des Fristenlaufes für die Aberkennungsflage bezw. bezüglich der definitiven Pfändung und der Konkursandrohung dagegen zu bejahen, so wäre demgegenüber folgendes zu bemerken:

Der provisorischen Pfändung und der Aufnahme des Güterverzeichnisses wohnt so wie so der Charakter rein vorsorglicher, den Schuldner so wenig wie möglich benachteiligender Massregeln inne; es konnten daher diese Betreibungshandlungen zur Sicherung der Gläubiger schon in einem Zeitpunkte zulässig erklärt werden, wo noch nicht einmal feststeht, ob die erstinstanzlich bewilligte provisorische Rechtsöffnung auch zweitinstanzlich wird gutgeheissen werden: Der Gläubiger hat an der Zulassung jener provisorischen Massnahmen, namentlich z. B. wenn es sich um den Anschluß an eine bestimmte Pfändungsgruppe handelt, ein derart großes Interesse, daß diesem Interesse des Gläubigers das gegenteilige Interesse des Schuldners untergeordnet werden konnte, zumal der letztere durch solche bloß vorsorgliche Massnahmen nicht ernstlich gefährdet wird. Anders dagegen wäre seine rechtliche Situation, wenn der Gläubiger während der Pendenz des Rechtsöffnungsstreites vor zweiter Instanz auch zu definitiven Exekutionsmassnahmen berechtigt und z. B. befugt erklärt würde, eine Konkursöffnung zu verlangen mit all den in ihrem Gefolge eintretenden creditschädigenden Konsequenzen. Es kann unmöglich der Wille des Gesetzgebers gewesen sein, daß solche Betreibungshandlungen vorgenommen werden können, bevor noch definitiv über die Zulässigkeit der Betreibung entschieden ist. Es ist daher klar, daß von einer Ausdehnung des in Sachen Lehmann und Brändlin ausgesprochenen Grundsatzes, daß die Weiterziehung im Rechtsöffnungsverfahren keinen Suspensiveffekt habe, auf die Berechnung der Frist zur Anstellung der Aberkennungsflage und die damit im Zusammenhang stehende Frage, von wann an die definitive Pfändung und die Konkursandrohung zulässig seien, keine Rede sein kann. Hiezu liegt eine Veranlassung weder in einem vom Recht zu schützenden Interesse des Gläubigers vor, noch genügt dazu der Gesetzestext, und andererseits sprechen gewichtige Interessen des Schuldners durchaus dagegen.

Jene angebliche Inkonssequenz besteht somit in Wirklichkeit

nicht; sondern, was vorliegt, ist lediglich eine verschiedene Beantwortung zweier auf den ersten Blick ähnlicher, bei genauer Prüfung aber sowohl grundsätzlich als praktisch durchaus verschiedener Fragen.

6. Nach den obigen Ausführungen erscheint im vorliegenden Falle die Aberkennungsflage als innert der Frist des Art. 83 Abs. 2 SchRG eingereicht, und es ist daher auf dieselbe einzutreten.

In der Sache selbst ist die Entscheidung der Vorinstanz ohne weiteres zu bestätigen.

Wenn der Berufungskläger dieselbe zunächst damit ansieht, daß er behauptet, die Beklagte und Berufungsbeklagte hätte nach den Grundsätzen der Litispendenz mit ihrer Forderung angebrachtermaßen abgewiesen werden müssen, da sie im Moment der Anhebung der Aberkennungsflage zur gerichtlichen Geltendmachung dieser Forderung nicht ermächtigt gewesen sei, so handelt es sich hierbei um eine Frage des kantonalen Prozeßrechtes, die das Bundesgericht nicht zu überprüfen hat. — Daß die Beklagte im Laufe des Prozesses die nach dem kantonalen Emanzipationsgesetz erforderliche Ermächtigung zur gerichtlichen Geltendmachung ihrer Forderung erlangt hat, hat die Vorinstanz in für das Bundesgericht verbindlicher Weise festgestellt und wird auch von dem Berufungskläger nicht mehr bestritten. Es fragt sich also bloß, ob der Richter diese Tatsache berücksichtigen durfte, obschon dieselbe zur Zeit der Anhebung der Aberkennungsflage noch nicht bestand, sondern erst im Moment, als die Beklagte ihre Hauptverteidigung einreichte; dies ist aber eine Frage der Wirkung der Litispendenz und daher des kantonalen Prozeßrechtes. Wenn die Vorinstanz bei der Beantwortung derselben speziell auf die Natur der Aberkennungsflage abgestellt hat, welche letztere die Parteirollen umkehrt, so hat sie hierbei allerdings eidgenössisches Recht angewendet, allein sie hat dasselbe nicht verlegt.

Im übrigen wird die Aberkennungsflage in der Berufungsschrift nur noch damit begründet, daß der Aberkennungskläger von den 3000 Fr., welche die Beklagte zum Zwecke der Darlehensübergabe an ihn und Peter Moor auf der Ersparniskasse erhoben, nichts erhalten habe; nachgewiesenermaßen habe nämlich die Beklagte das

Geld nicht an den Kläger ausbezahlt, sondern an Alfred Moor, welcher dasselbe seinem Bruder Peter Moor auf den Bahnhof zu bringen beauftragt gewesen sei. Der Berufungskläger gibt somit, im Gegensatz zu seiner ursprünglichen Haltung im Prozesse, zu, daß der Ausstellung des Schuldscheines ein reelles Darlehensgeschäft zu Grunde gelegen habe, daß der Schuldschein also nicht nur zu dem Zwecke ausgestellt worden sei, um der Beklagten den Bezug der 3000 Fr. auf der Ersparniskasse zu ermöglichen, sondern auch zur Beurkundung des nach Bezug des Geldes zu vollziehenden Darlehensgeschäftes; dagegen behauptet er, das Darlehen sei nicht zur Auszahlung gelangt.

Nun stellt aber die Vorinstanz in tatsächlicher Beziehung fest, daß der Kläger und Peter Moor die 3000 Fr. erhalten haben, indem sie ihnen nämlich am Bahnhof von Alfred Moor im Auftrag der Beklagten übergeben worden waren. Diese tatsächliche Feststellung, welche die Vorinstanz aus der eidlichen Aussage der Beklagten hergeleitet hat, könnte nur dann angefochten werden, wenn sie mit den Akten in Widerspruch stände oder auf einer Verkennung der materiell-rechtlichen Regeln über die Beweislast beruhte. Weder das eine noch das andere ist der Fall. Nachdem der Kläger der Beklagten eine Schuldanerkennung ausgestellt hat, lag ihm der Beweis ob, daß der darin verurkundete Darlehensempfang in Wirklichkeit nicht stattgefunden habe. Diesen Beweis hat er nicht geleistet; denn das einzige Beweismittel, auf das er sich in dieser Beziehung berufen hatte, die eidliche Aussage der Beklagten, hat dazu geführt, daß die Beklagte erklärte, das Geld sei vom Kläger und Peter Moor, welcher am Bahnhof gewartet habe, „genommen“ worden. Die Behauptung des Klägers, für welche er beweispflichtig war, daß er kein Geld erhalten habe, ist also nicht bestätigt worden.

Daß die Beklagte ihre Aussage betreffend Übergabe des Geldes an den Kläger und Peter Moor nicht gestützt auf ihre eigene Wahrnehmung gemacht hat, ist unter diesen Umständen für das Schicksal der Berufung irrelevant. Denn da, wie bereits bemerkt, der Kläger den Nichtempfang des Geldes, und nicht die Beklagte den Empfang desselben zu beweisen hatte, so genügt es, daß die eidliche Aussage der Beklagten nicht zur Bestätigung

der Behauptung des Klägers geführt hat. Außerdem handelt es sich bei der Frage, ob die eidliche Aussage der Beklagten nur insoweit berücksichtigt werden durfte, als sie auf eigenen Wahrnehmungen der Beklagten beruhte, um eine dem kantonalen Prozeßrechte angehörende und daher der Überprüfung seitens des Bundesgerichts entzogene Frage.

Der Kläger hat übrigens selber nicht behauptet, wegen der Nichtübergabe des Geldes jemals reklamiert zu haben; und doch hätte er sicher Reklamationen angestellt, wenn das Geld wirklich nicht zur Auszahlung gelangt wäre, trotzdem, wie er selber betont, der Schuldschein im voraus ausgestellt worden war.

Ein weiteres Indiz dafür, daß die Auszahlung an den Kläger und an Peter Moor in Wirklichkeit erfolgt ist, liegt schließlich in der vom Kläger selber produzierten „Bescheinigung“ des Peter Moor d. d. 23. März 1901, wonach der Kläger „an das Kapital von 3000 Fr., welches er als Mitschuldner mit Peter Moor von Frau Barbara Moor geliehen“ habe, nichts mehr schulde. Hieraus ergibt sich, wie die Vorinstanz mit Recht annimmt, das ursprüngliche Bestehen der Darlehensschuld; für den seitherigen Untergang derselben konnte aber natürlich diese Bescheinigung des einen Schuldners nicht beweiskräftig sein.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern (II. Abteilung) vom 14. September 1905 bestätigt.