

**66. Urteil vom 19. September 1903 in Sachen
Keller, Kl. u. Hauptber.-Kl., gegen Erben Keller-Kalt,
Bekl. u. Anschlußber.-Kl.**

Darlehen. Begriff, Art. 329 O.-R. Behauptung und Beweislast des Darlehensklägers, der sich einer Abtretungsurkunde gegenüber auf Simulation beruft. Art. 16 O.-R. Eidgenössisches und kant. Recht, speziell: Ungültigkeit von kantonalen Beweisbeschränkungen hinsichtlich des Beweises der Simulation. Rechtskraft von Zwischenentscheidungen; Art. 58 Abs. 2, 79 Abs. 3 Org.-Ges. Beweiswürdigung. — Unzulässigkeit der Berufung lediglich hinsichtlich der Kosten. Art. 59 Org.-Ges.

A. Durch Urteil vom 28. März 1903 hat das Obergericht des Kantons Luzern über die Rechtsfrage: „Haben die Beklagten „der Klägerin den Wert der Obligation mit 3400 Fr. nebst „Zins zu 4½ % seit 19. März 1897 zu vergüten?“ erkannt:

1. Die Beklagten seien bei ihrem Zugeständnis, der Klägerin von der Obligation Nr. 2898 im Betrage von 3400 Fr. auf Spar- und Leihkasse Zurzach die jährlichen Zinserträge abzuliefern, bezw. die bisherige Abgabe der jeweiligen verfallenen Zinscoupons an die Klägerin auch seit dem Jahre 1900 und bis zum Ableben der Klägerin fortzusetzen, behaftet.

2. Im übrigen sei die Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Zusprechung der Klage im Sinne des Rechtsschlusses der Replik.

C. Die Beklagten haben durch Eingabe an die Obergerichtskanzlei Luzern, die jedoch innert der Frist des Art. 70 Abs. 1 Organ.-Ges. beim Bundesgericht eingegangen ist, den Anschluß an die Berufung erklärt und darin beantragt: „Es sei Dispositiv 3 des angefochtenen Urteils in dem Sinne umzuändern, daß alle Kosten der kantonalrechtlichen Instanzen der Klägerin überbunden werden und dieselbe auch die Kosten der Beklagtschaft im richterlich festgesetzten Betrage zu vergüten habe.“

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Klägerin Verena Keller, welche Eigentümerin einer Obligation Nr. 1667 auf die Spar- und Leihkasse Zurzach, d. d. 29. November 1886, per 3400 Fr. war, stellte am 22. Oktober 1894 im Bureau der Obligationsschuldnerin eine Abtretungsurkunde aus, wonach sie die Obligation ihrem Bruder Xaver Keller-Kalt „als wahres Eigentum“ abtrat und erklärte, dafür „ausgewiesen und bezahlt worden“ zu sein. Gleichen Tags wurde die Abtretung auf der Obligation selbst mit folgenden Worten vermerkt: „Vorstehenden Obligationsbetrag an meinen Bruder „Xaver Keller-Kalt abgetreten und deren Gegenwert erhalten. (Datum und Unterschrift.)“ Am 18. März 1896 wurde die Obligation auf Kündigung durch Xaver Keller-Kalt hin zurückbezahlt; am gleichen Tage ließ aber der Briefgläubiger eine neue Obligation Nr. 2898, für den gleichen Betrag (verzinslich zu 3½ %) auf seinen Namen ausstellen. Die Kuponziehung hievon ließ Xaver Keller jeweilen — zuletzt auf 19. März 1897 — der Klägerin zukommen, wie sich denn auch auf der Obligation ein Bleistiftvermerk findet des Inhalts: „Von dieser Obligation hat „Schwester Verena Keller in Koblenz die Kuponziehung.“ Am 14. Februar 1897 stellten die Geschwister des Xaver Keller, worunter die Klägerin, einen „Verpflichtungsakt“ zu Gunsten dieses ihres Bruders aus, wonach sie sich solidarisch verpflichteten, ihm die Baukosten für die Reparaturen am Hause Nr. 86 in Koblenz, das er ihnen zur Wohnung überlassen hatte, in jährlichen Terminen zurückzubezahlen, und erklärten, keinen Anspruch auf den Baukonto zu haben, da die Reparaturen auf ihren Wunsch und ihr Verlangen erfolgt seien. Am 22. Mai 1898 starb Xaver Keller; er wurde von seiner Wittve und seinen Kindern, den heutigen Beklagten, beerbt. Im Januar 1901 trat nun die Klägerin gegen diese klagend auf mit dem Begehren: Die Beklagten haben der Klägerin die Obligation Nr. 1667 auf die Spar- und Leihkasse Zurzach, datiert vom 29. November 1886 samt Zinscoupons seit 1886 herauszugeben; eventuell haben sie den Wert der Obligation mit 3400 Fr. nebst Zins zu 4½ % seit 19. März 1897 zu vergüten. In der Replik hat sie dann nur noch den eventuellen Klagschluß aufrechterhalten. Sie

begründet ihn folgendermaßen: Sie habe die Obligation von 3400 Fr. ihrem Bruder Kaver Keller übergeben, damit er die Reparatur des ihm gehörenden Hauses in Koblenz ausführen könne. Die Abtretungsurkunde und der Abtretungsvermerk auf der Obligation seien unrichtig; die Abtretung sei nur erfolgt, um den Kaver Keller der Bank gegenüber zur Kündigung zu legitimieren; einen Gegenwert habe die Klägerin nie erhalten. Sowohl Kaver Keller wie auch die Beklagten haben denn auch durch die Zinszahlungen stets die Klägerin als Gläubigerin anerkannt. Eine Schenkung habe die Klägerin — die ihr als Magd Erspartes in jener Obligation Nr. 1667 angelegt gehabt habe — ihrem viel vermöglicheren Bruder unmöglich machen wollen. In rechtlicher Beziehung ruft die Klägerin die Art. 333 und 336, vorsorglich und eventuell auch Art. 478 ff., 325 ff. (sic!), 70 ff. O.-R. an. Die Beklagten berufen sich dem gegenüber vorab auf den Wortlaut der Abtretungsurkunde, der vollen Beweis bilde dafür, daß der Klägerin ein Gegenwert geleistet worden sei. Eventuell liege Schenkung vor, und zwar wohl remuneratorische Schenkung für die vielen Leistungen, die der Erblasser der Beklagten der Klägerin gemacht habe; die Schuldübernahme des Kaver Keller, die jahrzehntelangen Güttaten und die Bereitung einer Heimstätte. Hierin liege auch der Gegenwert für die Abtretung. Den Zins der Obligation haben die Beklagten, wie ihr Erblasser, der Klägerin ohne Anerkennung einer Rechtspflicht überlassen; die Beklagten erklären in der Antwort ausdrücklich, dies auch künftig tun zu wollen. Daraus folge keineswegs das Bestehen einer Schuld. Daß es sich um kein Darlehen für die Bauschuld habe handeln können, gehe aus dem langen Zeitabstand zwischen der Abtretung und dem Beginn des Umbaus (Februar 1897), sowie aus der Verpflichtung der Geschwister des Kaver Keller vom 14. Februar 1897 hervor.

2. Zum Beweise ihrer Behauptung, daß die Worte auf der Obligation Nr. 1667 und der Abtretungsurkunde „Gegenwert erhalten“, und „ausgewiesen und bezahlt worden zu sein“ dem wirklichen Willen der Parteien bei der Abtretung und den Tatsachen nicht entsprechen, sondern nur zur Bewirkung des Eigentumsübergangs, zur Legitimation der Bank gegenüber und zur

Entlastung der Bank aufgenommen worden seien, hatte die Klägerin in der Klage den Schiedsreiz durch die Beklagte Witwe Keller-Kalt und den Beklagten Otto Keller angerufen. Durch Beweisurteil vom 27. September 1901 ließ die erste Instanz — das Bezirksgericht Luzern — diesen Beweis zu und erklärte als eidpflichtig die Beklagte Witwe Keller-Kalt. Auf Rekurs der Beklagten hin hat jedoch das Obergericht des Kantons Luzern durch Urteil vom 19. Dezember 1901 erkannt, der von der Klägerin angetragene Schiedsreiz sei nicht zugelassen, mit der Begründung „daß, wenn von Seiten der Klägerschaft durch Zuschreibung des „Schiedsreizes an die Beklagtschaft dargetan werden will, daß die „Beklagtschaft als Rechtsnachfolgerschaft des verstorbenen Kaver „Keller die in der (Abtretungs-)Urkunde aufgeführte Abtretungs-„summe noch schulde, diese Eidesdelation als direkter „Gegenbeweis gegen die Verurkundung des Empfangs des Gegen-„wertes für die Abtretung der fraglichen Obligation sich dar-„stellt, somit als ein Gegenbeweis, welcher durch § 210 Abs. 2 „des E.-R.-B. ausgeschlossen wird.“ Nachdem im übrigen das Beweisverfahren durchgeführt war, erließ die erste Instanz unter dem 8. November 1902 ihr Endurteil, des Inhalts:

1. Die Beklagten haben der Klägerin ab der Obligation Nr. 2898 von 3400 Fr. auf Spar- und Leihkasse zurzach die jährlichen Zinserträgnisse abzuliefern bezw. die bisherige Abgabe des jeweiligen verfallenen Zinscoupons an die Klägerin auch seit dem Jahre 1900 und bis zum Ableben der Klägerin fortzusetzen.

2. Im übrigen sei die Klage abgewiesen.
u. f. w.

Durch das oben in Fakt. A mitgeteilte obergerichtliche Urteil ist dieser Entscheid — gegen den beide Parteien, die Beklagten mit dem Antrag auf gänzliche Abweisung der Klage unter Überbindung aller Kosten an die Klägerin, appelliert hatten — materiell bestätigt worden. In tatsächlicher Hinsicht stellen die beiden kantonalen Urteile auf Grund des Beweisverfahrens folgendes fest: Die Ausstellung der Bescheinigungen sei auf Verlangen der Obligationsschuldnerin erfolgt und habe offenbar nur noch die formelle Verurkundung eines schon vorher vollzogenen Geschäftes

gebildet, da Xaver Keller-Kalt die Obligation der Bank vorher gekündigt habe. Die besondere Abtretungsurkunde habe die Anzeige der Abtretung an die Obligationsschuldnerin gebildet und sei von dieser in Verwahrung genommen worden. In den Büchern des Xaver Keller-Kalt finde sich sodann keine Eintragung betreffend Auszahlung eines Gegenwertes, aber auch keine, daß etwa ein Darlehen gegeben worden sei. Da ferner der Umbau der väterlichen Liegenschaft in Koblenz erst im Sommer 1897 stattgefunden habe, könne nicht angenommen werden, daß die Abtretung mit diesem Umbau im Zusammenhang stehe. Auf Sicherstellung lasse dann allerdings ein Passus in einem von den Geschwistern Keller auf Verlangen der Beklagten edierten Briefe schließen, des Inhalts: „Als Du Dich weigerst, uns das Land einzusehen, hat „der I. Verstorbene zuerst bevor er angefangen hat zu bauen, „dem Fürsprech nach Baden geschrieben, ob man das mit der „Obligation nicht stürzen könne, wo er uns zur Antwort gab, „das sei fest gemacht und könne nicht mehr geändert werden, „denn Xaver wollte Sicherheit haben, wir müssen lange genug „warten bis wir die Abzahlung bekommen.“ Doch stelle die Klägerin hierauf selbst nicht ab und zudem widerspreche die Annahme einer Sicherstellung der Verpflichtung der Geschwister Keller vom 14. Februar 1897. Abrechnung über den Umbau sei von Xaver Keller am 5. März 1898 erteilt und diese Abrechnung — im Betrage von 3445 Fr. 25 Cts. — am 13. gl. Mts. von J. Keller für sich und seine Geschwister anerkannt worden; seither haben mit Mühe und Not Abschlagszahlungen stattgefunden, von einer Sicherstellung sei aber niemals gesprochen worden. Die Behauptung der Beklagten betreffend Güttaten ihres Erblassers sei insofern richtig, als der Genannte bei dem am 21. Dezember 1878 eingetretenen Tode des Vaters Keller für seine damals noch lebigen Geschwister in Bezug auf deren späteres Fortkommen und Wohlergehen Opfer gebracht habe: er habe die väterlichen Liegenschaften zu einem anderwärts kaum zu erzielenden Preise übernommen und sie seinen Geschwistern zu lebenslänglicher, unentgeltlicher Benutzung überlassen und ihnen so eine Heimstätte geschaffen, auch sich verpflichtet, jedem aus der Gemeinschaft austretenden Familienglied 220 Fr. als väterliches Erbe auszusahlen,

und später seinen Geschwistern noch etwas Land zugekauft. Durch die Verpflichtung seiner Geschwister zur Erstattung der Umbaukosten habe sich allerdings Xaver Keller zum Teil für seine früheren Opfer decken lassen, allein diese Verpflichtung sei nach der Abtretung eingegangen worden und die Klägerin habe dagegen keinen Einspruch erhoben. In Würdigung dieser Beweisresultate sind beide kantonalen Instanzen zu dem Schlusse gelangt, die Klägerin habe keines ihrer Klagfundamente bewiesen, wenn schon der Grund der Abtretung unaufgeklärt bleibe.

3. (Kompetenz.)

4. Was zunächst den Rechtsgrund des Darlehens betrifft, so scheint die Vorinstanz es als zweifelhaft zu betrachten, ob überhaupt die Namensobligation, welche die Klägerin dem Rechtsvorfahren der Beklagten abgetreten hat, Gegenstand eines Darlehens habe bilden können. Dieser Zweifel ist unbegründet. Allerdings ist jene Obligation weder eine „Summe Geldes,“ noch eine andere „vertretbare Sache“ (vergl. Art. 329 O.-R.), allein es ist in der Wissenschaft wohl allgemein angenommen, daß (soweit nicht etwa wuchergesetzliche Bestimmungen Beschränkungen festsetzen) das Darlehenskapital dem Borger auch indirekt verschafft werden kann (indirekte Eigentumsverschaffung), sei es durch Übergabe von Waren zum Verkauf, durch Anweisung, durch Cession einer Forderung zum Inkasso, wobei es dann jeweils nur darauf ankommt, ob nach dem Willen der Parteien das gegebene Objekt sofort als Repräsentant einer bestimmten Summe Geldes gelten solle, oder ob lediglich der aus dem Verkauf der Erhebung der Anweisung, dem Inkasso erlöste Betrag Gegenstand des Rückforderungsanspruches sein solle. (Vergl. darüber Schey, Die Obligationsverhältnisse des österreich. allgem. Privatrechts, Bd. I, S. 80 ff.) Im vorliegenden Falle braucht die juristische Konstruktion dieser verschiedenen Arten der indirekten Darlehensbeschaffung und -hingabe nicht erörtert zu werden, weil einmal die Beklagten eine Einwendung in der gedachten Richtung gar nicht erhoben haben, und weil sodann, da der Rechtsvorfahr der Beklagten den Betrag der Obligation bei der Schuldnerin für sich erhoben hat, die Rückerstattungspflicht sich gleich bleibt, gleichviel ob man annimmt, es sei zwischen den Vertragsparteien sofort

durch die Übergabe der Obligation ein Darlehensvertrag perfekt geworden oder es sei zunächst bloß ein Mandat zu stande gekommen; jedenfalls haftete Kaver Keller (wenn überhaupt der Rechtsgrund des Darlehens angenommen werden kann) von dem Momente an auf Rückerstattung, als er den Betrag der Obligation in eigenem Namen und auf eigene Rechnung bei der Schuldnerin bezogen hatte. Denn das juristische Kriterium des Darlehens besteht darin, daß ein Kapital vom Darleiher dem Borger hingegeben wird (zu Eigentum) unter der ausdrücklichen oder stillschweigenden Willenseinigung der Überlassung der vollen Nutzung auf gewisse Zeit, d. h. mit der Verpflichtung zur Rückerstattung (s. spez. Schen, a. a. O., S. 15 ff.).

5. Als Darlehensklägerin hat die Klägerin darzutun: die Hingabe des Darlehenskapitals und die causa der Hingabe, d. h. die Überlassung zum Gebrauche auf gewisse Zeit mit der Verpflichtung zur Rückerstattung. Da nun über den ersten Punkt — die Hingabe des Darlehenskapitals — im vorliegenden Falle kein Streit besteht, beschränkt sich die Behauptungs- und Beweislast der Klägerin auf den Nachweis der erwähnten causa, also der Willenseinigung der Vertragsparteien bei der fraglichen Abtretung der Obligation. Diese Beweislast ruht auf der Klägerin auch gegenüber dem Standpunkt der Beklagten, es habe sich bei der Abtretung um (remuneratorische) Schenkung gehandelt; denn damit leugnen die Beklagten das Klagefundament und erheben sie nicht eine selbständige Einrede gegenüber der Klage aus Darlehen (vergl. Urteil des Bundesgerichts vom 21. April 1894 i. S. Schenk gegen Weber-Schwab, *Revue des Civilrechts*, XII, Nr. 81). Daß die Frage der Willenseinigung der Parteien beim Abschlusse eines Rechtsgeschäftes Rechts- und nicht Tatfrage ist, das Bundesgericht somit an die Auffassung der kantonalen obersten Instanz hierüber nicht gebunden ist (gemäß Art. 81 Org.-Ges.), steht nach der neuern bundesgerichtlichen Praxis (s. statt alles weitem Geschäftsbericht des Bundesgerichts für das Jahr 1900, S. 6, auch Bundesbl. 1901, Bd. II, S. 98) endgültig fest; Tatfrage ist hienach bloß, welche (schriftlichen oder mündlichen) Erklärungen von den Parteien abgegeben und welche sonstigen tatsächlichen Momente, die als Ausdruck rechtsgeschäftlichen Willens in Betracht kommen, erwiesen sind, während die Würdi-

gung der rechtlichen Bedeutung und Tragweite der erwiesenen ausdrücklichen Erklärungen oder sonstigen Tatumsstände Rechtsfrage ist. Im vorliegenden Falle richtet sich nun das gedachte Beweis-thema der Klägerin direkt gegen den Inhalt der Abtretungs-urkunde und des Vermerkes auf der abgetretenen Obligation, wonach die Klägerin bescheinigt, den „Gegenwert“ für die Hingabe (Abtretung der Obligation), „erhalten zu haben“, dafür „ausgewiesen und bezahlt“ zu sein. Die Klägerin macht geltend, diese Erklärung entspreche dem wirklichen Willen der Parteien bei der Hingabe der Obligation nicht; sie sei nur erfolgt zwecks Legitimierung des Rechtsvorfahrens der Beklagten der Obligationsschuldnerin gegenüber und zur Entlastung dieser; in Tat und Wahrheit sei keine Übergabe zu Eigentum erfolgt und habe auch die Klägerin keinen Gegenwert erhalten; vielmehr sei die causa der Hingabe diejenige der Überlassung, das Gebrauchen auf gewisse Zeit, der Verschaffung eines Darlehens, gewesen. Damit stellt sich die Klägerin auf den Boden, die gedachten Erklärungen seien simuliert. Es ist aber klar, daß der Nachweis dieser Simulation ihr obliegt. (Vergl. Urteil des Bundesgerichts vom 25. Januar 1902 i. S. Brupbacher gegen Konkursmasse Brupbacher, *Amtl. Samml.*, Bd. XXVIII, 2. Teil, S. 56 Erw. 4.) Und ferner steht fest, daß dem Bundesgericht die Überprüfung der Frage, ob der Simulationswille vorliege, der wirkliche Wille der Parteien auf ein anderes Rechtsgeschäft gegangen sei, als der erklärte Wille, nicht entzogen ist. (Eodem Erw. 5, S. 56 f.)

6. In dieser Hinsicht ist nun vorab von Bedeutung die Ablehnung des von der Klägerin zum Beweise der Simulation angetragenen Schiedsbeides durch die Vorinstanz. Die Vorinstanz beruft sich für die Ablehnung auf eine Bestimmung des kantonalen Prozeßrechts, und es möchte auf den ersten Blick scheinen, daß damit die Zulässigkeit dieses Beweismittels für das Bundesgericht erledigt sei, da es sich ausschließlich um eine kantonalprozeßrechtliche Frage handle, und dem Bundesgericht die Überprüfung des kantonalen Prozeßrechts nicht zusteht. Allein dieser Standpunkt widerspricht dem vom Bundesgericht in seinem Urteil vom 2. Oktober 1896 in Sachen Vermeil gegen Chaubert (*Amtl. Samml.*, Bd. XXII, S. 1119 ff.) ausgesprochenen Grundsatz (eod. S. 1129 Erw. 1), daß kantonalrechtliche Beschränkungen des

Beweises der Simulation hinsichtlich der vom eidg. Obligationenrecht beherrschten Rechtsgeschäfte aufgehoben seien; an diesem Grundsatz aber ist festzuhalten, da Art. 16 D.-R. den unbeschränkten Nachweis der Simulation als Satz eidgenössischen Rechts aufstellt. Die Ablehnung des angetragenen Schiedseides auf Grund der von der Vorinstanz angerufenen prozeßrechtlichen Bestimmung war daher allerdings bundesrechtswidrig, und sie hätte in der Berufung gegen das Endurteil mit Erfolg vor Bundesgericht angefochten werden können, worauf notwendigerweise eine Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz hätte erfolgen müssen. Nun ist aber jener Zwischenentscheid in der Berufung mit keinem Worte angefochten und hat die Klägerin namentlich auch nicht einen Antrag auf Rückweisung gestellt; sie hat sich damit bei der Ablehnung des Schiedseides beruhigt und verlangt Überprüfung der Sache durch das Bundesgericht nur auf Grund der gegenwärtigen Aktenlage. Danach aber muß es bei dieser Aktenlage sein Verbleiben haben, da das Bundesgericht nicht von sich aus die Sache zurückweisen kann; Art. 58 Abs. 2 Organisations-Ges., wonach der Beurteilung des Bundesgerichts auch diejenigen Entscheidungen unterliegen, welche dem Haupturteile vorausgegangen sind, gibt ihm nicht etwa die Befugnis hierzu, indem dieser Gesetzesartikel nur festsetzt, gegen welche Entscheide die Berufung zulässig ist, und Art. 79 Abs. 3, wonach der Überprüfung des Bundesgerichts nur die von den Parteien gestellten Anträge unterliegen, auch für ihn Geltung hat. (Vergl. auch Reichel, Kommentar zum Org.-Ges., Art. 58, Anm. 3, Schlusssatz, S. 64.)

7. Hat sonach das Bundesgericht auf Grund der heutigen Aktenlage frei darüber zu befinden, ob der der Klägerin obliegende Beweis geleistet sei, so fällt folgendes in Betracht: Die Darstellung der Klägerin betreffend Hingabe der Obligation zwecks Legitimation der Schuldnerin gegenüber hat durch den Zeugenbeweis keine Bestätigung erhalten. Für die Auffassung der Klägerin läßt sich dagegen vorab geltend machen der Umstand, daß eine Eintragung der Obligation Nr. 1667 in den Büchern des Rechtsverfahrens der Beklagten nicht stattgefunden hat, und daß auch die dafür eingetauschte Obligation Nr. 2898 erst später, von anderer Hand, in den Zinsrodel eingetragen ist; sowie die Tatsache, daß die Zinsen beider Obligationen stetsfort der Kläge-

rin übermacht worden sind. Demgegenüber fällt offenbar die Erwägung der Vorinstanz nicht erheblich ins Gewicht, daß Xaver Keller ja gar nicht auf finanzielle Hilfe seiner Schwester angewiesen gewesen sei und daß er speziell für die Umbaute damals kein Geld benötigt habe, indem diese erst mehrere Jahre später in Angriff genommen worden sei. Denn die erstgenannte Tatsache schließt ja natürlich nicht aus, daß Xaver Keller es als wünschbar erachten konnte, unter Umständen auch über jene Obligation verfügen zu können, und zur zweiten ist zu sagen, daß darüber, wann die Umbaute in Aussicht genommen worden sei, gar nichts feststeht, während andererseits auffällt, daß die Baukosten sogar bis auf einige Franken den Betrag jener Obligation ausgemacht haben. Die Erklärung der Klägerin, Xaver Keller habe die Obligation verlangt, um sich Geld für den Umbau zu verschaffen, verliert daher, trotz jener Tatsachen, nichts an Wahrscheinlichkeit. Sie würde umso plausibler erscheinen, wenn mit ihr jener von der ersten Instanz hervorgehobene Passus in einem Briefe der Beklagten Witwe Keller-Kalt, in dem von „Sicherheit“ die Rede ist, zusammengehalten werden dürfte; allein auf diesen Brief darf, auch abgesehen von dessen unbestimmten Inhalt, schon deswegen nicht abgestellt werden, weil die Klägerin selbst nirgends, auch nicht in ihrer Berufungsschrift, darauf Bezug nimmt. Auf der andern Seite spricht gegen die Darstellung der Klägerin der Umstand, daß die Geschwister Keller, die Klägerin inbegriffen, sich 1897 dem Xaver Keller zum Ersatze der Baukosten verpflichtet haben, die ihnen belastete Bausumme verzinst und daran Abschlagszahlungen gemacht haben, ohne daß dabei je der Cession der Obligation Erwähnung getan worden wäre. Sodann liegt in der Abtretungsurkunde eben nicht bloß die Erklärung des Empfangs des Gegenwertes, sondern auch die Erklärung, die Klägerin wolle es so angesehen haben, als sei der Gegenwert geleistet, und deswegen wolle sie die Obligation nicht mehr zurück haben. Um diese Bedeutung der Abtretungsurkunde zu entkräften, wäre es nötig gewesen, aufzuhehlen, warum die Klägerin eine Scheinerklärung abgegeben und welche Motive sie dazu geführt haben. Der dafür angerufene Zeugenbeweis aber ist, wie schon bemerkt, mißlungen, und auf den angetragenen, aber abgelehnten Schiedseid darf aus den in Erwägung 6 entwickelten Gründen nicht zu-

rückgekommen werden. Wenn endlich auch die Beklagten eine Darstellung über die Art und Weise, wie der Gegenwert geleistet worden sei, gegeben haben, so haben sie doch damit nicht etwa die Beweislast dafür, daß die behauptete Schulübernahme und die behaupteten Tathaten der Klägerin in der Höhe der Obligationssumme zugekommen seien, übernommen und anerkannt, daß sie den Hauptbeweis leisten müssen; vielmehr bleibt es Sache der Klägerin, die in der Abtretungsurkunde ausgesprochene Anerkennung zu widerlegen und den Beweis zu leisten, daß sie mit der Ausstellung der Abtretungsurkunde keine den darin enthaltenen Erklärungen adäquate rechtliche Situation habe schaffen wollen.

8. Ist aber sonach der der Klägerin obliegende Beweis, daß der Inhalt der Abtretungsurkunde dem wirklichen, rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien nicht entsprochen habe, nicht geleistet, so fällt damit nicht nur die Darlehensklage, sondern auch die Rückforderung aus den übrigen von der Klägerin geltend gemachten Rechtsgründen dahin.

9. Ebenso entfällt damit die — von den Beklagten vor den kantonalen Instanzen aufgeworfene — Einrede der Verwirkung der Forderung der Klägerin wegen Nichtanmeldung im erbrechtlichen Schuldenruf — eine Frage, die übrigens nach kantonalem Rechte zu entscheiden wäre.

10. Die Anschlußberufung endlich ist zwar, entgegen dem Geseze (Organis.-Ges., Art. 70), bei der Vorinstanz anstatt beim Bundesgericht selbst eingereicht worden, indessen noch binnen der Anschluß-Berufungsfrist an das Bundesgericht gelangt, so daß sie nicht als verspätet zurückzuweisen ist.

Dagegen enthält sie nur einen Antrag mit Bezug auf die Kosten, nicht einen solchen hinsichtlich der Sache selbst. Das ist aber unzulässig, und es ist deshalb auf sie nicht einzutreten.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Hauptberufung wird als unbegründet abgewiesen, auf die Anschlußberufung wird nicht eingetreten; demgemäß ist das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 28. März 1903 in allen Teilen bestätigt.

67. Urteil vom 26. September 1903, in Sachen **Wasti**, Kl. u. I. Ber.-Kl., gegen **Wächter**, Bekl. u. II. Ber.-Kl.

Unerlaubte Handlung: Körperverletzung. Berechnung der Entschädigung, speziell für entgangenen Unternehmergewinn. Art. 53 Abs. 1 O.-R. — Schmerzensgeld (« angemessene Geldsumme »), Art. 54 eod.

A. Durch Urteil vom 22. Juni 1903 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt:

Der Beklagte wird zur Zahlung von 8000 Fr. an Kläger verurteilt.

B. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen. Der Kläger stellt die Anträge:

1. Das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Sache an das Appellationsgericht zurückzuweisen zur Anordnung einer Expertise über die Fragen:

a) Ist das Mißverhältnis zwischen den Erstellungskosten der Häuser Gundoldingenstraße 85 und 87 und Reichensteinerstraße 47 und dem für dieselben erzielten Verkaufspreise daraus zu erklären, daß für die Häuser unverhältnismäßig viele Arbeitslöhne ausgelegt worden sind?

b) Ist mit Sicherheit anzunehmen, daß diese Tatsache zurückzuführen ist auf mangelhafte Aufsicht und Kontrolle während der Bauzeit?

2. Eventuell sei der Beklagte auf Grund der heutigen Aktenlage zur Zahlung von 20,000 Fr. zu verurteilen.

Der Beklagte beantragt dagegen:

1. Zuziehung des Protokolls der Strafgerichtsverhandlung vom 22. Mai 1901 zu den Akten, eventuell Rückweisung der Akten an die kantonale Instanz zur bezüglichlichen Bervollständigung.

2. Aufhebung des angefochtenen Urteils.

3. Abweisung der Klage, soweit sie vom Beklagten mehr als 1750 Fr., eventuell mehr als 3500 Fr. verlangt.

C. In der heutigen Verhandlung wiederholen die Parteivertreter ihre Berufungsbegehren und tragen wechselseitig auf Abweisung der gegnerischen Berufung an.