

zurückbehaltungsrecht des Art. 226 aOR also noch nicht begründet war, während das gewöhnliche Retentionsrecht der Verpflichtung der Beklagten zur Auslieferung des Frachtgutes an Helfenberger & Cie. widersprach. Es kann dahingestellt bleiben, ob dieser Einwand schon deshalb dahinfällt, weil Helfenberger & Cie. Versender und Empfänger zugleich waren. Wäre die Retention zuerst auch unberechtigt gewesen, so wären daraus höchstens der Firma Helfenberger & Cie. Schadenersatzansprüche aus dem Verzug der Beklagten erwachsen. Das nach einigen Tagen durch den Konkursausbruch entstandene Notretentionsrecht der Beklagten kann aber deswegen nicht aberkannt werden.

Dagegen ergibt sich aus den Akten, daß die Beklagte die Ware von Graf & Cie. erst am 20. März in London durch den Unterfrachtführer in ihren Besitz erhielt, während sie die Ware des J. Geilinger in London im Werte von 4197 Fr. 90 Cts. und die auf 5000 Fr. gewertete Ware von Schmidt & Cie. in Antwerpen, die beide von der Beklagten in gleicher Weise retiniert wurden, schon vorher erhalten hatte. Wird daher das Retentionsrecht der Beklagten an der Ware Geilinger auch anerkannt, so würde sich ergeben, daß die Beklagte für ihre ganze Forderung von 8390 Fr. 85 Cts. an Helfenberger & Cie. bereits gedeckt war, als sie den Besitz an der Ware von Graf & Cie. erwarb. Allein, es steht aktenmäßig nichts darüber fest, daß die Beklagte das Depositum von 5000 Fr. von Schmidt & Cie. auch wirklich erhalten hat. Und es beweist das Depositum an sich noch keine endgültige Deckung der Beklagten, da diese möglicherweise der Firma Schmidt & Cie gegenüber zur Herausgabe des Depositums verhalten werden kann, wie denn auch heute vom Vertreter der Beklagten geltend gemacht und vom Vertreter der Klägerin nicht bestritten wurde, daß Schmidt & Cie. tatsächlich in Antwerpen Klage auf Herausgabe des Depositums erhoben haben. Also ergibt einstweilen erst die Retention der Ware von Graf & Cie. für die Beklagte volle Deckung. Daß die Beklagte auf eine Überdeckung keinen Anspruch hat, ist selbstverständlich und wird auch von ihr ausdrücklich anerkannt. Alle diese Gründe führen zur Gutheißung der Berufung und zur Abweisung der Klage, soweit diese vor Bundesgericht aufrechtgehalten wurde. Das auf grundsätzliche Verurteilung der Beklagten

zu vollem Schadenersatz gerichtete Rechtsbegehren, das erstinstanzlich abgewiesen wurde, hat die Klägerin fallen lassen; —

erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird begründet erklärt. Demgemäß wird das angefochtene Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 15. März 1912 aufgehoben und die Klage als unbegründet abgewiesen.

33. Urteil der I. Zivilabteilung vom 28. Juni 1912
in Sachen **Mathys**, Bekl. u. Ber.=Kl.,
gegen **Spycher**, Kl. u. Ber.=Bekl.

Inwiefern ist die Frage, ob eine Zahlung erfolgt sei, Tatfrage? Art. 103 aOR.: Die dem Gläubiger obliegende Beweislast für die Nichtzahlung einer früheren periodischen Leistung darf nicht zu formell aufgefasst werden. Daher ist der Schuldner, trotz der zu seinen Gunsten bestehenden Vermutung der Zahlung, dem Richter nach Treu und Glauben soweit möglich Aufklärung darüber schuldig, warum er sich für die behauptete Zahlung nicht durch Quittung ausweisen kann, während er für die spätere eine solche besitzt.

A. — Durch Urteil vom 26. März 1912 hat der Appellationshof des Kantons Bern in vorliegender Streitsache erkannt:

„Dem Kläger Spycher wird der Erfüllungs Eid auferlegt, zu leisten nach der Formel:

„„Ich, Gottlieb Spycher, versichere auf meine Ehre und mein Gewissen, daß ich nach meiner besten Überzeugung für wahr halte, daß, als dem Beklagten Johann Mathys für den am 20. September 1909 fälligen Pachtzins quittiert wurde, er noch mit 2 Halbjahrszinsen von zusammen 3000 Fr. im Rückstande war, ohne Gefährde.“

„Leistet der Kläger diesen Eid, so ist ihm sein Klagsbegehren im verlangten Betrage von 2819 Fr. 70 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 13. Februar 1911 zugesprochen und der Beklagte ihm gegenüber zu den Kosten des Prozesses verurteilt.

„Verweigert der Kläger den Eid, so ist er mit seinem Klags-

„begehren abgewiesen und zu den Prozeßkosten des Beklagten verurteilt.“

Nach Eröffnung dieses Urteils hat der Kläger in gesetzlicher Weise den Erfüllungseid geleistet und ihn durch einen Handschlag an den Präsidenten bekräftigt und das Gericht hat darauf entschieden:

„Demgemäß wird die erste Alternative des Urteils in Kraft erklärt.“

B. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und den Antrag gestellt und begründet: Es sei das angefochtene Urteil abzuändern und das Klagebegehren abzuweisen.

C. — Der Kläger hat in seiner Berufungsantwort auf Abweisung der Berufung geschlossen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Der Kläger Gottlieb Spycher hatte dem Beklagten Johann Mathys Liegenschaften in der Gemeinde Röniz verpachtet. Der Vertrag lautete ursprünglich auf 6 Jahre, vom 20. März 1905 an gerechnet und wurde im Februar 1910 auf weitere 6 Jahre verlängert. Der Pachtzins war auf 3000 Fr. jährlich festgesetzt, zahlbar je am 20. September und 20. März mit 1500 Fr. für das abgelaufene Halbjahr.

Am 28. Februar 1910 hat der Kläger dem Beklagten eine Quittung folgenden Inhalts ausgestellt: „Empfangen von Herrn Johann Mathys, Lieberwyl, den Betrag von Franken Eintausendfünfhundert Pachtzins pro 20. September 1909, wofür hiemit quittiert wird. Röniz, den 28. Februar 1910. (sig.) Gottl. Spycher.“ Die Quittung ist von Notar Streit in Röniz auf einem Formulare des Notariates Winterfeld und Streit daselbst abgefaßt worden.

Mit der vorliegenden Klage macht der Kläger geltend, der Beklagte habe ihm zwei frühere Halbjahrszinsen, nämlich die am 20. September 1908 und am 20. März 1909 verfallenen, noch nicht bezahlt. Er fordert nunmehr beide, zusammen 3000 Fr., gerichtlich ein, wobei er immerhin ein anerkanntes Rechnungsguthaben des Beklagten von 180 Fr. 30 Cts. davon abzieht. Für seine Forderung von 2819 Fr. 70 Cts. verlangt er Zins zu 5 % seit dem 13. Februar 1911 (Anhebung der Betreibung). Der Beklagte hat auf Abweisung der Klage angetragen mit der

Behauptung, in Wirklichkeit seien die beiden eingeklagten Zinse, wie überhaupt alle übrigen vor dem 20. September 1909 verfallenen, von ihm bezahlt worden. Daneben hat der Beklagte für geleistete Führungen und für die Benützung von Pachtland durch den Kläger eine Gegenforderung von 607 Fr. erhoben und mit der Klageforderung, sofern sie begründet sein sollte, zur Verrechnung gestellt. Vor Bundesgericht hat er indessen erklärt, sich im vorliegenden Verfahren auf diese Gegenansprüche nicht mehr berufen zu wollen, immerhin unter dem Vorbehalt, sie allfälliger später selbständig geltend zu machen.

2. — Die Vorinstanz hat die zwischen den Parteien streitige Frage, ob der Beklagte die beiden eingeklagten Pachtzinsen bezahlt habe oder nicht, im letztern Sinne entschieden. Es handelt sich hierbei um eine tatsächliche Feststellung; denn Streit herrscht nur darüber, ob in Wirklichkeit bezahlt worden sei, nicht aber über die rechtliche Bedeutung und Wirkung der allfälligen Zahlungen. Das Bundesgericht hat somit den Vorentscheid allein daraufhin nachzuprüfen, ob jene vorinstanzliche Feststellung aktenwidrig sei oder auf einer bundesrechtlichen Bestimmungen verletzenden Würdigung des Beweisergebnisses beruhe (Art. 81 O.G.).

3. — Eine Aktenwidrigkeit hat der Beklagte in einem Punkte ausdrücklich behauptet: soweit nämlich die Vorinstanz annimmt, daß bei der Pachtzinszahlung vom 18. Dezember 1907 eine Gegenforderung des Beklagten für Milch- und Fleischlieferungen und für die Bezahlung der Hagelversicherung verrechnet worden sei. Die Annahme dieser Verrechnung wird aber durch die Akten nirgends widerlegt. Die Vorinstanz beruft sich auf einen, wie nicht bestritten, vom Beklagten geschriebenen, wenn auch nicht unterzeichneten, Vermerk, wonach der Beklagte erklärt, daß er den Betrag seiner für die genannten Leistungen gestellten Rechnung erhalten habe. Der Beklagte wendet freilich ein, seine Rechnung sei nicht quittiert und auf der Pachtzinsquittung vom 18. Dezember 1907 finde sich nicht, wie sonst auf diesen Quittungen, die Verrechnung mit seinen Gegenleistungen während der betreffenden Zeitperiode vorgemerkt. Allein eine Aktenwidrigkeit wird dadurch nicht dargetan. Vielmehr handelt es sich um eine bundesrechtlich nicht anschießbare Lösung einer Beweisfrage.

Auch in keinen sonstigen Punkten widersprechen die tatsächlichen Ausführungen des Vorentscheides dem Inhalte der Akten.

4. — Als bundesrechtliche Bestimmung über die Beweiswürdigung im Sinne von Art. 81 O G kommt im gegebenen Falle der Art. 103 a O R in Betracht, wonach die Quittung, die für eine spätere Zins- oder andere periodische Leistung ohne Vorbehalt ausgestellt worden ist, die Vermutung begründet, es seien die früher fällig gewordenen Leistungen erfüllt. Die Vorinstanz hat aber diese Bestimmung nicht rechtsirrtümlich angewendet, namentlich nicht zu Ungunsten des Beklagten und Berufungsklägers. Sie geht zutreffend davon aus, der Beklagte könne gestützt auf die Quittung vom 28. Februar 1910, die ihm der Kläger über eine spätere Pachtzinszahlung ausgestellt hat, die Vermutung des Art. 103 für sich in Anspruch nehmen und daher habe nicht er die von ihm behaupteten zwei frühern Zahlungen darzutun, sondern der Kläger zu beweisen, daß diese Zahlungen nicht erfolgt seien. Dabei anerkennt die Vorinstanz, daß dieser dem Kläger obliegende Beweis des Nichteintrittes bestimmter Tatsachen nach seiner Natur schwierig zu erbringen ist. Aber mit Recht läßt sie sich anderseits in ihren Ausführungen von der Ansicht leiten, daß die Beweislast des Klägers nicht in zu formeller Weise aufgefaßt werden darf, sondern daß der freien Würdigung der gesamten Verhältnisse des Falles bei der Bildung der richterlichen Überzeugung der nötige Spielraum bleiben muß. Von diesem Gesichtspunkte aus ist namentlich nichts gegen die Annahme der Vorinstanz einzuwenden, der Beklagte dürfe sich nicht einfach hinter sein Stillschweigen verschanzten, sondern er sei dem Gerichte nach Treu und Glauben soweit möglich Aufklärung darüber schuldig, warum er diese beiden von ihm behaupteten Zahlungen nicht durch Quittungen belegen könne, während er sich im übrigen für alle Pachtzinszahlungen, die vorangegangenen und die nachfolgenden, durch Quittungen auszuweisen vermöge.

Fragen läßt sich höchstens, ob die Vorinstanz nicht zu weit gehe mit der hieraus gezogenen Folgerung, daß bei der gegebenen Sachlage die faktische Notwendigkeit des Beweisens doch wieder auf den Beklagten zurückfalle. In Wirklichkeit behandelt sie nun aber dennoch den Beklagten nicht als beweispflichtig. Sie geht vielmehr

der Sache nach, bei der Beweiswürdigung so vor, daß sie die Momente, die zu Gunsten, und jene, die zu Ungunsten der vom Kläger behaupteten Nichtzahlung sprechen, gesondert auf ihre Richtigkeit und Beweiskraft prüft und diese Momente gegen einander abwägt. Auf Grund dessen kommt sie zu dem Ergebnis, daß die erstern, für den Kläger sprechenden Umstände in ihrer Gesamtheit überwiegen, daß sie immerhin aber keinen positiven, sichern Beweis bilden, sondern der Kläger damit nur „die bessere Vermutung für sich geschaffen“ habe. Hiernach wird aber in Tat und Wahrheit der Kläger als beweispflichtig behandelt.

Das wesentliche ihrer Einzelausführungen hierüber läßt sich wie folgt zusammenfassen: Es könne sich fragen, ob die Parteien, indem sie ausnahmsweise für die Quittierung des Zinses vom 20. September 1909 zum Notar gegangen seien, und zwar um die Zeit der Erneuerung des Pachtvertrages, damit nicht eine Generalabrechnung bezweckt hätten. Dies sei indessen deshalb zu verneinen, weil sich der mit der Abfassung der Quittung betraute Notar an eine solche Absicht der Parteien nicht erinnere und weil die Verwirklichung dieser Absicht offenbar auch in der Quittung zum Ausdruck gebracht worden wäre. Zu Gunsten des Klägers spreche der auffallende Umstand, daß der Beklagte für die streitigen Zinsen keine Quittungen besitze, während er im übrigen alle seine Zahlungen durch Quittungen ausweisen könne. Der Beklagte habe nun dem gegenüber einmal geltend gemacht, daß er zuweilen Zahlungen geleistet habe, ohne sich dafür quittieren zu lassen. Letzteres sei jedoch unglaubwürdig, weil der Beklagte jede Kleinigkeit aufgeschrieben und dem Kläger berechnet habe, und weil es sich bei den streitigen Zinsen um eine bedeutende Summe handle. Zudem wäre das unregelmäßige Leben, das der Kläger zu jener Zeit führte, und die Unordnung in seinen Geschäften für den Beklagten ein Grund gewesen, auf der Ausstellung von Quittungen zu bestehen, um sich auf alle Fälle den Beweis seiner Zahlungen zu sichern. Der Beklagte berufe sich ferner auf das Zeugnis des Notars Winzenried, wonach er sich bei diesem beschwert habe, er könne die Quittungen vom Kläger nicht erhalten und habe manchmal die größte Mühe gehabt, früher ausgestellte Quittungen, die der Kläger ihm zurückverlangt habe, wieder zu bekommen. Aus dieser

Zeugenaussage könne aber jedenfalls nicht das, was der Zeuge als Mitteilung des Beklagten angebe, als feststehende Tatsache gefolgert werden. Nun habe allerdings der Kläger selbst eine Anzahl von ihm unterzeichneter Quittungen für Teilzahlungen an den Pachtzins aus dem Jahre 1908 vorgelegt, welche Quittungen auf Beträge von zusammen 1800 Fr. lauten, und der Beklagte verweise hierauf für seine Behauptung, daß ihm der Kläger unrechtmäßig Quittungen vorenthalten habe. Indessen spreche schon der Umstand, daß sich diese Pachtzinsquittungen, im Gegensatz zu allen übrigen, in Händen des Klägers befinden, dafür, daß sie, wie der Kläger geltend mache, nur Interimsquittungen gewesen seien, die dann der Beklagte am 9. Januar 1909 dem Kläger zurückgegeben habe, als ihm dieser für einen Pachtzinsbetrag von 3000 Fr. (der vor dem eingeklagten vom 20. September 1908 verfallen gewesen wäre) definitiv quittierte. Dafür spreche auch in erheblichem Maße, daß der Beklagte damals ausnahmsweise in geringen Zeitabständen verhältnismäßig kleine Pachtzinsbeträge bezahlt habe. Jedenfalls aber habe die Darstellung des Klägers die größere Wahrscheinlichkeit für sich. Endlich falle zu Gunsten des Klägers auch in Betracht, daß die zum Teil im Wortlaut der Pachtzinsquittungen enthaltenen, zum Teil auch eigens ausgestellten Quittungen des Klägers über die Gegenleistungen des Beklagten eine geschlossene Reihe für die ganze Pachtdauer bis zum April 1910 bilden.

Gegen diese Würdigung der Verhältnisse läßt sich bundesrechtlich, und namentlich in Hinblick auf den Art. 103 aOR, nichts einwenden. Die Berufungsschrift hat sie denn auch in keinem Punkte mit stichhaltigen Gründen anzufechten vermocht.

5. — Nach all dem ist die Vorinstanz ohne Verletzung von Bundesrecht zu der Auffassung gelangt, der Kläger habe nach dem Beweisergebnis seiner Beweispflicht insoweit genügt, als er die bessere Vermutung für sich geschaffen, also einen Wahrscheinlichkeitsbeweis erbracht habe. Gestützt hierauf hat ihm die Vorinstanz nach den Bestimmungen der kantonalen ZPO den Ergänzungseid — als Erfüllungseid — abgenommen und damit den Beweis dafür, daß ihm die streitigen Zinsbeträge nicht bezahlt worden seien, als voll erstellt angesehen. Die Zulässigkeit dieses Beweismittels, als Supplement der zur gänzlichen Beweisführung

ungenügenden ordentlichen Beweismittel, läßt sich vom Standpunkte des eidgenössischen Rechtes aus nicht beanstanden. In allen andern Beziehungen aber, namentlich was die Voraussetzungen, den Beweiswert und die Durchführung des auferlegten Ergänzungseides anlangt, hat man es ausschließlich mit Fragen des kantonalen Zivilprozessrechtes zu tun.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des bernischen Appellationshofes vom 26. März 1912 in allen Teilen bestätigt.

4. Versicherungsvertragsrecht. — Contrat d'assurances.

34. Arrêt du 26 janvier 1912 dans la cause
Masse en faillite de Ernest Widmann, dem. et rec., contre
Compagnie d'assurances générales sur la vie, déf. et int.

Contrat d'assurance. Conséquences du non-paiement d'une prime à l'échéance.

L'assuré n'encourt point la sanction contractuelle du non-paiement à l'échéance si, sans sa faute, il s'est trouvé dans l'impossibilité de payer.

La maladie et la faillite constituent-elles des empêchements valables?

Dès la disparition de l'empêchement, le délai supplémentaire accordé pour le paiement continue de courir.

A. — Le 8 mars 1897, Ernest Widmann, négociant à Corcelles, a souscrit auprès de la Compagnie d'assurances générales sur la vie, à Paris, une police d'assurance n° 236 099, de 15 000 fr. payables le 6 mars 1927 ou au décès de l'assuré s'il survenait avant cette date. La prime, fixée à 116 fr. 25 par trimestre, était payable les 6 mars, 6 juin, 6 septembre et 6 décembre. Les articles 3 et 4 des « conditions générales » du contrat ont la teneur suivante :