

während dagegen die Behauptungspflicht und Beweislastverteilung diesem entsprechend geregelt bleibt, so dass die Aberkennungsklage nur eine Aufforderung an den Gläubiger, seinen Anspruch geltend zu machen, enthält. Wenn daher Art. 110 Ziff. 2 BV und Art. 48 Ziff. 2 OG, wie ausgeführt wurde, auf das materielle Streitverhältnis abstellen, so kann der im Aberkennungsprozess Beklagte nicht Beklagter im Sinne dieser letzteren Bestimmungen sein.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Auf die Klage wird nicht eingetreten.

**16. Beschluss des Bundesgerichtes vom 13. Februar 1920
über das Berufungsverfahren.**

Das Bundesgericht hat in seiner Sitzung vom 13. Februar 1920 beschlossen, seine mit Beschluss vom 30. November 1918 aufgestellte Praxis, wonach die Parteien berechtigt sind, das schriftliche statt das mündliche Verfahren auch in Berufungsfällen von über 4000 Fr. anzuwenden, bis auf weiteres aufrechtzuerhalten und zwar nach Massgabe der in jenem Beschluss enthaltenen Bestimmungen.

IV. VERSICHERUNGSVERTRAG

CONTRAT D'ASSURANCE

**17. Urteil der II. Zivilabteilung vom 4. Februar 1920
i. S. Kälin gegen Phönix.**

Art. 41 VVG. Zeitpunkt der Fälligkeit des Ersatzanspruches bei Gebäude-Feuerversicherung mit offener Police, wonach die Schadensermittlung Sachverständigen (Arbitratoren) überlassen ist. Rechtliche Natur des Entscheides der Sachverständigen. Wirkung der Aufhebung desselben durch den Richter unter gleichzeitiger Erhöhung der Schätzung auf die Fälligkeit des Ersatzanspruches. — Art. 102 OR. Unwirksamkeit einer Mahnung, die auf einen höheren als den zur Zeit der Mahnung geschuldeten und fälligen Betrag geht, sofern sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Gläubiger den fälligen Betrag nicht als Teilleistung annehmen würde.

A. — Der Kläger Meinrad Kälin, Briefträger in Einsiedeln, versicherte am 19. August 1915 bei der Beklagten, der französischen Gesellschaft des Phönix, Versicherung gegen Feuerschaden, sein in der Langrüti in Einsiedeln gelegenes Wohnhaus mit Stallung, Schopf und Oekonomiegebäude für die Summe von 21,300 Fr. gegen Feuerschaden. Ueber das Verfahren zur Ermittlung eines allfälligen Brandschadens bestimmen die allgemeinen Versicherungsbedingungen folgendes :

« ... § 13. Wird der Betrag des Schadens nicht durch » freie Vereinbarungen der Parteien bestimmt, so ist » er durch Sachverständige festzustellen. Jede Partei » bezeichnet einen Sachverständigen. Können sich » die beiden Sachverständigen über den Betrag des » Schadens nicht einigen, so bezeichnen sie einen dritten

» Sachverständigen. Die drei Experten stellen mit » Stimmenmehrheit den Betrag des Schadens fest... »

Am 20. Mai 1917 brannten die versicherten Gebäulichkeiten zum grössten Teile nieder. Der Kläger zeigte der Generalagentur der Beklagten in Basel den Brandfall unverzüglich an und vereinbarte am 24. Mai mit deren Vertreter, dass das in § 13 der allgemeinen Versicherungsbedingungen vorgesehene Abschätzungsverfahren durchgeführt werden sollte. Der Kläger bezeichnete als Experten den Zimmermeister Birchler in Einsiedeln, die Beklagte den Architekten Braun in Zürich. Am 24. u. 25. Mai nahmen die Experten die Schätzung vor und schlugen den Schaden auf 13,228 Fr. 50 Cts. an. Der Kläger, der bei der Abschätzung anwesend war, beanstandete die Schätzung sofort als erheblich zu niedrig gegriffen. Nichtsdestoweniger unterzeichneten beide Experten das Schätzungsprotokoll. Birchler, als Zeuge einvernommen, behauptete freilich, er habe zuerst die Unterschrift verweigert und die Zuziehung eines Obmannes verlangt, sei aber in der Folge von Braun zur Unterzeichnung veranlasst worden, unter dem Hinweis darauf, dass beide Experten einig seien und es mithin eines Obmannes nicht bedürfe. Mit Zuschriften vom 6. und 21. Juni wiederholte der Kläger seine Bemängelungen der Schätzung, am 21. Juni insbesondere verlangte er Zuziehung eines Obmannes; dieses Begehren liess er am 10. Juli durch seinen Anwalt wiederholen. Inzwischen — am 7. Juli — hatte die Beklagte, da sie die Sache als erledigt ansah, dem Kläger eine Saldoquittung über 13,228 Fr. zugestellt, mit dem Ersuchen, sie zu unterzeichnen und ihr zurückzuschicken, woraufhin sie die Entschädigung deponieren werde. Da der Kläger sich weigerte, Saldoquittung zu erteilen, sah die Beklagte von ihrem Verlangen ab und deponierte die Brandentschädigung am 28. August beim Bezirksgerichtspräsidenten von Einsiedeln, wie im schwyzerischen Rechte vorgeschrieben (§§ 26 ff. VO

über Versicherung gegen Feuerschaden vom 28. November 1890). Der Gerichtspräsident setzte den Kläger hiervon in Kenntnis unter gleichzeitiger Ansetzung der in der erwähnten VO vorgesehenen Einspruchsfrist. Da die Beklagte die in dem Briefe des Klägers vom 10. Juli enthaltene Behauptung, Birchler habe sich bei der Unterzeichnung des Abschätzungsverbals in einem Irrtum befunden, bestritt und den Kläger aufforderte, den Richter anzurufen, wenn er sich mit der Schätzung nicht einverstanden erklären wolle, liess der Kläger durch Einsiedler Handwerker auf eigene Kosten eine neue Expertise vornehmen. Diese kam auf einen Gesamtschaden von 17,884 Fr. 70 Cts. Gestützt hierauf reichte der Kläger am 4. September 1917 beim Bezirksgericht Einsiedeln ein Revisionsbegehren ein, in dem er verlangte, es sei eine neue Schätzung anzuordnen. Daraufhin nahmen die Experten Birchler und Braun eine neue Schätzung vor. Braun erhöhte die Schätzung vom 25. Mai am 10. November « für den Vergleichsfall » auf 15,060 Fr. Birchler erklärte sich jedoch hiemit nicht einverstanden, sondern erstattete im April 1918 ein neues Gutachten, in dem er den Schaden auf 17,160 Fr. festsetzte. Am 11. November hatte der Kläger der Beklagten geschrieben, dass er sich vergleichsweise mit 17,000 Fr. zufrieden geben würde. Da indessen die Beklagte hierauf nicht reagierte, leitete er am 15. Februar 1918 beim Bezirksgericht Einsiedeln gegen sie Klage ein mit dem Begehren, die Beklagte sei zu verurteilen, ihm 17,000 Fr. zu bezahlen. Er behielt sich dabei ausdrücklich vor, den Schaden, der ihm aus der Verschleppung der Angelegenheit erwachse, noch besonders geltend zu machen; das Revisionsbegehren hatte er inzwischen, weil es prozessual nicht zulässig war, zurückgezogen. Durch Urteil vom 20. Juni, zugestellt den 10. August 1918 hiess das Bezirksgericht Einsiedeln die Klage im Betrage von 16,879 Fr. 80 Cts. gut. Das Gericht nahm in erster Linie an, die Schätzung

vom 25. Mai sei unverbindlich, weil die Schätzer sich über die Baumaterialpreise und über die Verwendbarkeit der Brandruine beim Wiederaufbau der Gebäude geirrt und zudem verschiedene Schadensposten nicht berücksichtigt hätten. Es nahm daher von sich aus eine neue Schätzung vor, in der es die Irrtümer und Unterlassungen der beiden Experten Braun und Birchler korrigierte, was zu einer Erhöhung des Ersatzwertes auf 16,879 Fr. 80 Cts. führte. Dieses Urteil ist in Rechtskraft erwachsen und die Beklagte hat — noch im August 1918 — die Differenz zwischen der Entschädigung von 13,228 Fr. 50 Cts., die sie nach dem Befund der Schätzer zu zahlen verpflichtet war und bereits deponiert hatte und dem vorerwähnten Betrage von 16,879 Fr. 80 Cts. beim Gerichtspräsidenten hinterlegt.

B. — Am 18. Oktober sodann leitete der Kläger beim Friedensrichter von Einsiedeln gegen die Beklagte eine zweite Klage ein mit dem Antrage: die Beklagte sei zu verurteilen ihm ausser der im Urteil des Bezirksgerichtes vom 20. Juli 1918 festgesetzten Brandschadenssumme wegen verspäteter Erfüllung 15,000 Fr. zu bezahlen nebst 5% Zins seit dem Friedensrichtervorstande. Die Parteien konvenierten in der Folge, diesen Prozess durch das Bundesgericht als einzige Instanz (Art. 52 Ziff. 1 OG) beurteilen zu lassen. In der am 17. Dezember beim Bundesgericht eingereichten Klageschrift, in der das beim Friedensrichter gestellte Rechtsbegehren wiederholt wird, nimmt der Kläger den Standpunkt ein, die Beklagte sei mit der Erfüllung der ihr nach dem Versicherungsvertrage obliegenden Leistungen in Verzug geraten. Schon unmittelbar nach der Schätzung vom 25. Mai, spätestens am 10. Juli habe sie die nötigen Angaben über die Höhe des zu ersetzenden Schadens besessen, mithin sei die Fälligkeit des ganzen Anspruches, wie er in der Folge vom Bezirksgerichte festgesetzt worden sei, spätestens

anfangs August eingetreten. An der zur Herbeiführung des Verzuges notwendigen Mahnung habe es der Kläger nicht fehlen lassen; eine solche müsse schon in seiner Mitteilung vom 21. Juni, jedenfalls aber in der Einreichung des Revisionsgesuches gesehen werden. Demnach habe die Beklagte unter allen Umständen Verzugszinsen zu bezahlen. Ausserdem sei sie aber verpflichtet, ihm den durch den Verzug herbeigeführten weiteren Schaden zu ersetzen. Dieser bestehe in der Differenz zwischen dem Preise, den er nunmehr für den Neubau bezahlen müsse und dem Preise, zu dem er das Gebäude im August 1917 hätte aufbauen können, wenn die Beklagte die ganze Summe bezahlt hätte, wozu sie verpflichtet gewesen sei. Diese Differenz allein belaufe sich mit Rücksicht auf die Steigerung der Preise der Baumaterialien und die Erhöhung der Löhne auf zirka 15,000 Fr. (was näher ausgeführt wird). Weil die Beklagte nur eine Teilsumme deponiert habe — wobei sie zudem das durchaus ungerechtfertigte Verlangen auf Erteilung einer Saldoquittung gestellt habe — hätten die Grundpfandgläubiger die Freigabe des Deposits verweigert, indem sie erklärten, es sei schlechthin unmöglich mit 13,000 Fr. den Bau zu erstellen; vielmehr könne davon erst nach Auszahlung der ganzen Entschädigung die Rede sein. Infolgedessen habe der Kläger im Jahre 1917 davon absehen müssen, mit dem Neubau zu beginnen.

Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage.

In Replik und Duplik haben die Parteien an ihren Standpunkten festgehalten.

C. — Am 7. Juni 1919 hat die Instruktionskommission in Einsiedeln einen Rechtstag abgehalten und verschiedene Zeugen abgehört und einen Augenschein vorgenommen.

D. — In der heutigen Verhandlung haben die Parteien die im Schriftenwechsel gestellten Anträge und Vorbringen wiederholt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Da der Eintritt der Verzugsfolgen die Fälligkeit des Anspruches voraussetzt, ist in erster Linie zu prüfen, wann die Ersatzforderung des Klägers fällig geworden ist. Massgebend hiefür ist Art. 41 VVG, wonach die Fälligkeit des Anspruches des Versicherungsnehmers aus dem Versicherungsvertrage nicht mit dem befürchteten Ereignis, sondern erst mit dem Ablaufe von 4 Wochen, von dem Zeitpunkte an gerechnet eintritt, in dem der Versicherer die Angaben erhalten hat, aus denen er sich von der Richtigkeit des Anspruches überzeugen kann. Was unter diesen Angaben zu verstehen ist, wird in Art. 38, 39 VVG nur allgemein umschrieben und es ist daher im einzelnen Falle gestützt auf die besondere Natur des Versicherungsvertrages und allfällig in den Versicherungsbedingungen enthaltene Vereinbarungen zu prüfen, welche konkreten Tatsachen der Versicherungsnehmer dem Versicherer zur Kenntnis bringen muss, damit die Deliberationsfrist zu laufen beginnt. Bei Schadensversicherungen insbesondere wird verlangt werden müssen, dass der Versicherer nicht nur die Angaben erhält, aus denen sich die Begründetheit des Anspruches als solchen ergibt, sondern auch Angaben über Art und Höhe des Schadens, den er zu ersetzen hat. Sofern es sich nicht um eine Versicherung mit taxierter, sondern um eine solche mit offener Police handelt — was bei Gebäude-Feuerversicherungen in der Regel zutrifft — und daher, da der von der Versicherungsgesellschaft zu leistende Ersatz nicht von vorneherein feststeht, von Gesetzes wegen oder gestützt auf die allgemeinen Versicherungsbedingungen ein besonderes Schadenermittlungsverfahren durchgeführt werden muss, so kann die Deliberationsfrist erst mit dem Abschlusse dieses Verfahrens ihren Anfang nehmen ; denn erst dann stehen dem Versicherer die Angaben zu Gebote, deren er bedarf, um sich über

die Höhe des Anspruches zu vergewissern (ROELLI, N. 3 zu Art. 41 VVG). Ein solcher Fall liegt hier vor, indem nach § 13 der allgemeinen Versicherungsbedingungen der Schade in einem besonderen Abschätzungsverfahren durch Sachverständige festzustellen ist. Somit konnte der Ersatzanspruch, da die Schätzung am 25. Mai stattgefunden hatte, frühestens am 20. Juni fällig werden. Allein es fragt sich, in welchem Umfange damals die Fälligkeit eingetreten ist ; denn die Schätzung der Experten Braun und Birchler ist in der Folge vom Kläger angefochten und vom Bezirksgericht Einsiedeln auf 16,879 Fr. 80 Cts. erhöht worden, weil Braun und Birchler — wie der Kläger behauptet hatte — nicht nur verschiedene Schadensfaktoren nicht berücksichtigt, sondern sich auch mit Bezug auf die Preise der Baumaterialien in einem wesentlichen Irrtum befunden hatten. Der Kläger nimmt nun den Standpunkt ein, dass der vom Bezirksgericht ermittelte Betrag schon am 20. Juni, spätestens im November 1917 fällig geworden sei, indem die Beklagte schon z. Z. der Vornahme der Schätzung durch Braun und Birchler, spätestens aber im November 1917 habe wissen müssen, dass der von diesen beiden Schätzern ermittelte Ersatzwert unzureichend sei ; denn schon Ende August hätten Einsiedler Handwerker den Schaden auf 17,884 Fr. 70 Cts. angeschlagen und auch Braun und Birchler hätten sich im November 1917 davon überzeugt, dass ihre Schätzung vom 25. Mai erheblich zu niedrig gewesen sei. Somit habe die Beklagte lange vor dem bezirksgerichtlichen Urteil die nötigen Angaben besessen, aus denen sie habe schliessen müssen, dass der Ersatzwert sich erheblich höher stellen werde. Diese Auffassung ist indessen nicht haltbar. Nachdem der Entscheid der Schätzer Braun und Birchler am 25. Mai 1917 vertragsmässig richtig zu Stande gekommen war, so war die Beklagte berechtigt, sich an ihn zu halten, bis er durch richterliches Urteil als unverbindlich erklärt und ersetzt

wurde, denn die Schätzung vom 25. Mai stellt sich als Ergänzung des bei offenen Policen hinsichtlich des Schadensumfanges offen gelassenen Vertragsinhaltes dar (AS 25, I Nr. 6 Erw. 2; 26, II Nr. 94 Erw. 2; KUHLENBECK, N. 1 zu § 317 DBGB); sie war demnach Vertragsbestandteil und konnte nur durch Parteivereinbarung oder — nach den für die Anfechtung von Verträgen geltenden Grundsätzen — durch den Richter aufgehoben werden. Solange dies aber nicht geschehen war, schuf sie zwischen den Parteien Recht, und es konnten ihr gegenüber die privaten Expertisen anderer Sachverständiger und die Erhöhung der Schätzung durch Braun und Birchler selbst der Beklagten keine für die Fälligkeit eines grösseren Betrages massgebende Angaben im Sinne von Art. 41 VVG verschaffen. Hieraus ergibt sich aber, dass am 20. Juni 1917 nur eine Forderung von 13,228 Fr. 50 Cts. fällig wurde, während die Fälligkeit des dem Kläger durch das Bezirksgericht zugesprochenen Mehrbetrages erst 4 Wochen nach der Rechtskraft des Urteils eingetreten ist.

2. — Da die Beklagte diesen letztgenannten Betrag mit der Fälligkeit (Ende August 1918) deponiert hat, kann sich nur noch fragen, ob mit Bezug auf den von den Schätzern Braun und Birchler festgesetzten Betrag von 13,228 Fr. 50 Cts. Verzug vorliegt. Dies ist indessen zu verneinen und zwar in erster Linie schon deswegen, weil der Verzug des Versicherers erst nach erfolgter Mahnung seitens des Versicherungsnehmers eintritt, der Kläger aber in der Zeit zwischen dem 20. Juni und dem 28. August, d. h. dem Tage der Fälligkeit und dem Tage, da die Beklagte durch Deposition der 13,228 Franken 50 Cts. die ihr damals obliegenden Vertragspflichten erfüllte, es an einer Mahnung hat fehlen lassen; denn in den Zuschriften des Klägers an die Beklagte vom 21. Juni und 10. Juli kann eine Mahnung nicht gesehen werden, weil nicht Zahlung, sondern Vornahme eines neuen Abschätzungsverfahrens unter Beizug eines

Obmannes verlangt wird. Dass eine mündliche Mahnung erfolgt sei, hat der Kläger nicht behauptet und es erhellt denn auch aus seinem Briefe vom 30. August 1917, in dem er seinem Erstaunen darüber Ausdruck gibt, dass die Beklagte « die Brandentschädigung deponiert habe, obschon die Parteien noch ständig in Unterhandlungen ständen », dass er eine Mahnung nicht hat ergehen lassen. Selbst wenn man übrigens so weit gehen und mit dem Kläger die beiden vorerwähnten Zuschriften vom 21. Juni und 10. Juli als Mahnungen im Sinne von Art. 102 OR auffassen wollte, so wäre ihnen als solche die Rechtswirksamkeit zu versagen, weil sie sich nicht auf den damals geschuldeten und fälligen, sondern auf einen höheren Betrag bezogen, indem der Kläger auch heute noch — gleich wie im Jahre 1917 — den Standpunkt einnimmt, dass gestützt auf diese Mahnungen die Verzugsfolgen bezüglich der ihm in der Folge durch das Bezirksgericht zugesprochenen 16,879 Fr. 80 Cts. eingetreten seien. Allerdings ist nicht jede Mahnung wirkungslos, die auf einen höheren als den z. Z. der Mahnung geschuldeten Betrag lautet, doch muss dies stets dann angenommen werden, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Gläubiger den vom Schuldner im Zeitpunkte der Mahnung geschuldeten Betrag nicht als Teilleistung angenommen hätte (OSER, N. III 5 zu Art. 102 OR; BECKER, N. 3 zu Art. 102 OR; KUHLENBECK, N. I 2 b zu § 284 DBGB). Dies trifft aber hier zu; denn der vom Kläger ausser dem Verzugszins noch geltend gemachte Anspruch auf Ersatz des weiteren Schadens nach Art. 106 OR, wird damit begründet, dass der Kläger mit einer Summe von 13,000 Fr. den Neubau nicht habe in Angriff nehmen können, er hiezum vielmehr — und zwar schon im Sommer 1917 — zirka 17,000 Fr. benötigt hätte, woraus aber unbedenklich der Schluss gezogen werden darf, dass er, wenn die Beklagte auf seine Mahnungen hin 13,228 Fr. 50 Cts. bezahlt haben würde, die An-

nahme dieses Betrages als Teilleistung verweigert hätte. Der Umstand, dass der Kläger gegen die am 28. August 1917 erfolgte Deposition der 13,228 Fr. 50 Cts. keinen Einspruch erhob, kann nicht als Annahme dieses Betrages als Teilleistung ausgelegt werden; denn der Kläger unterliess die Einsprache nur deswegen, weil keiner der in der VO vom 28. November 1890 über die Versicherung gegen Feuerschaden — gestützt auf die die Beklagte zur Deposition verpflichtet war — genannten Einsprachegründe vorlag.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Klage wird abgewiesen.