

les juges d'appel ont estimé qu'il ne se justifiait pas de tenir compte du fait que les honoraires promis par Oberson frères étaient de 120 fr. et ceux payés par Canonico de 50 fr. seulement. Cette différence représente cependant pour Tornare une perte qui pouvait également être prévue au moment du contrat comme une conséquence directe de l'inexécution de celui-ci.

De ces considérations il résulte qu'au total l'indemnité allouée n'est pas exagérée et doit être maintenue.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est écarté et le jugement rendu par la Cour d'appel du canton de Fribourg, le 23 novembre 1898, confirmé.

10. Urteil vom 24. Februar 1899 in Sachen Weiß gegen Erben Bürgin-Weiß.

Klage gegen den Cessionar auf Herausgabe der Cessionssumme; was gehört zum Klagefundament? — Beweislast für das der Cession zu Grunde liegende Rechtsgeschäft und für behauptete Zahlung.

A. Durch Urteil vom 19. Dezember 1898 hat das Obergericht des Kantons Basellandschaft erkannt:

Das Urteil des Bezirksgerichts Sissach vom 27. Juli 1898, lautend:

„1. Dem Kläger werden die 1000 Fr. aus der Handschrift „d. d. 30. Januar 1897 nebst Zins zu 5 % seit 27. Dezember 1897 zugesprochen;

„2. Der Widerbeklagte wird zur Bezahlung von 4856 Fr. 15 Etz. nebst Zins zu 5 % seit 11. März 1898 an Widerkläger verurteilt;
wird bestätigt.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger und Widerbeklagte rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrage: Die Widerklage sei abzuweisen.

C. In der heutigen Verhandlung wiederholt der Vertreter des Klägers und Widerbeklagten diesen Berufungsantrag.

Der Vertreter der Beklagten und Widerkläger trägt auf Bestätigung des angefochtenen Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Beklagten und Widerkläger sind die Erben (Nr. 1 der Tochtermann, Nr. 2 und 3 die Kinder) des am 12. Januar 1897 verstorbenen Johannes Bürgin-Weiß und dessen Ehefrau, die am 1. November gl. Jz. gestorben ist; der Kläger und Widerbeklagte der Bruder der Letztern und der Schwiegersohn des am 20. August 1896 verstorbenen H. Grieder. Im Dezember 1897 belangte der Kläger die Beklagten auf Bezahlung von 1000 Fr. nebst Zins zu 5 %, gestützt auf einen Schuldschein folgenden Wortlauts: „Hiemit bescheinige ich von meinem Bruder J. Weiß 1000 Fr. (schreibe eintausend Franken) heute bar erhalten zu haben, als „Darlehen auf sechs Monate: Witwe Bürgin-Weiß. Sommerau, „den 30. Januar 1897.“ Die Beklagten bestritten vor erster Instanz die Echtheit der Unterschrift der Witwe Bürgin; die erste Instanz hat sie jedoch, wesentlich gestützt auf eine Schriftpertise und auf eigene Prüfung, als echt anerkannt und die Klage, soweit sie auf Zusprechung des Kapitals geht, gutgeheißen, und es ist diese Forderung heute nicht mehr streitig. Dagegen haben die Beklagten gegen den Kläger auf dem Wege der Widerklage das Rechtsbegehren gestellt, er sei zur Bezahlung von 4856 Fr. 15 Etz. samt Zins zu 5 % seit 3. September 1895 zu verfallen. Diese Forderung stützen sie auf die — altengemäße — Thatsache, daß unterm 3. September 1895 eine auf den Namen von Joh. Bürgin, Sohn, in Sommerau lautende Obligation der basellandschaftlichen Kantonalbank (Serie A Nr. 7713) von 5000 Fr. nebst Zinsen, im ganzen mit 5156 Fr. 15 Etz., von Heinr. Grieder einkassiert worden ist. Diese Obligation trägt unter der gedruckten Rubrik „Übertragungen“ und dem gedruckten Vermerk „Gegenwärtige Obligation wird hiemit von dem Unterzeichneten übertragen an:“ die Unterschrift: „Jean Bürgin, Sohn“. Vor erster

Instanz begründeten die Widerkläger ihre Widerklage wie folgt: Diese Einkassierung durch Grieder sei im Auftrage des Widerbeklagten erfolgt und der Gegenwert mithin in dessen Eigentum übergegangen. Er habe für die ihm s. Z. von Joh. Bürgin-Weiß übergebene Obligation eine Handschrift ausgestellt gehabt, dieselbe aber unmittelbar nach dem Tode des Bürgin-Weiß von dessen Witwe wieder herauszulocken gewußt. Alle Bemühungen der Witwe Bürgin wie deren Tochter Marie (Widerklägerin Nr. 3) auf Herausgabe der Handschrift oder Übergabe des Gegenwertes der Obligation seien aber resultatlos geblieben, mit Ausnahme einer der Witwe Bürgin gemachten Abzahlung von 300 Fr. Der Widerbeklagte schulde also diese für ihn einkassierten 5156 Fr. 15 Cts. abzüglich der Zahlung von 300 Fr., also die Widerklagesumme, den Widerklägern als persönliche Schuld. Eventuell, falls er bestreiten sollte, dem Grieder einen Auftrag zum Inkasso gegeben zu haben — und dieser Standpunkt allein ist vor Obergericht wie vor Bundesgericht noch aufrecht erhalten worden — habe der Widerbeklagte als Erbe seines Schwiegervaters Grieder solidarisch für den genannten Betrag. Der Widerbeklagte bemerkte in seiner (Replik und) Widerklagebeantwortung: „Was die Widerklage und Gegenforderung anlangt, so wird dieselbe gänzlich bestritten. Die ganze Darstellung der Antwort ist falsch . . .“ Er führte weiterhin aus: Hch. Grieder habe die Obligation nicht im Auftrage des Widerbeklagten und auch nicht im Auftrage des Joh. Bürgin-Weiß, sondern vielmehr als Cessionar des letztern und als Eigentümer des Titels einkassiert. Für die Behauptung eines Auftrages liege auch nicht der geringste Beweis vor. Dagegen gehe die Cession unzweifelhaft aus der Unterschrift des Jean Bürgin, Sohn, unter der Rubrik „Übertragungen“ auf der Obligation selbst sowie auch daraus hervor, daß Hch. Grieder den Empfang des Kapitals samt Zins durchaus für sich und nicht für einen Dritten bescheinige. In der Cession und der vorbehaltlosen Übergabe des Titels an Hch. Grieder nun liege auch bereits die rechtliche Vermutung für die Leistung des Gegenwertes; es sei daher gleichgültig, daß der Widerbeklagte nicht mehr sagen könne, welches Rechtsgeschäft der Cession zu Grunde gelegen habe, und Sache der Widerkläger sei es, zu beweisen, daß die Gegen-

leistung nicht erfolgt, und daß Hch. Grieder hierfür „noch“ etwas schuldig sei. Dieser Beweis sei aber nicht erbracht, gegenteils könne der Widerbeklagte durch Indizien den Gegenbeweis erstellen, daß in der That nach dem Inkasso des Titels durch Grieder keine Schuld des letztern gegenüber Bürgin bestanden habe: es sprechen dafür folgende Umstände: daß die erste Reklamation wegen einer angeblichen Schuld aus diesem Inkasso erst zwei Jahre nachher, am 14. November 1897, erfolgt sei; daß Hch. Grieder laut Bescheinigung der Compagnie d'assurances générales sur la vie de Paris am 6. Mai 1892 den Gegenwert einer Lebensversicherungspolice im Betrage von 10,000 Fr. bezogen habe und somit im Jahre 1895 sehr wohl in der Lage gewesen sei, den Titel Bürgin eventuell zu bezahlen; daß bei der Auskündung sub beneficio inventarii des Joh. Bürgin-Weiß die Erben von diesem angeblichen Guthaben nicht das geringste verlauten ließen; daß endlich Witwe Bürgin-Weiß am 30. Januar 1897 einen Schuldschein zu Gunsten des Widerbeklagten von 1000 Fr. ausgestellt habe. Aus diesen Gründen trug der Widerbeklagte auf Abweisung der Widerklage an. Die erste Instanz (Bezirksgericht Sissach) stellte sich auf den Standpunkt, der Widerbeklagte nehme selber an und gestehe zu, daß der von ihm behaupteten und als erwiesen anzunehmenden Cession zu Grunde liegende Rechtsgeschäft sei ein entgeltliches gewesen; nun sei seine Ansicht, aus der Thatfache der Übertragung des Titels folge eine Rechtsvermutung dafür, daß der Gegenwert geleistet sei, rechtsirrtümlich, vielmehr liege ihm die Beweislast hierfür ob; dieser Beweis sei von ihm nun nicht erbracht worden. Die Vorinstanz erklärt, sie schließe sich auch in Bezug auf diesen Punkt den rechtlichen Ausführungen der ersten Instanz an.

2. Die Widerkläger haben den vor erster Instanz in erster Linie eingenommenen Standpunkt: der Cession der Obligation an Grieder habe ein Darlehen an letzteren zu Grunde gelegen, und dieses Darlehen sei noch nicht zurückbezahlt und werde daher von dem Widerbeklagten als Erben des Grieder geschuldet, schon vor zweiter Instanz verlassen und stellen sich heute nur noch auf den Standpunkt: der Widerbeklagte gebe selber zu, daß die fragliche Cession auf einem onerosen Rechtsgeschäft beruht habe; nun sei

es seine Sache, zu beweisen, daß dem Erblasser der Gegenwert aus diesem Rechtsgeschäft geleistet worden sei; dieser Beweis sei dem Widerbeklagten nicht gelungen. Der Widerbeklagte seinerseits behauptet heute, er habe von Anfang an den Standpunkt der reinen Verneinung des Widerklagesfundamentes eingenommen und nur eventuell den weitem, wenn ein entgeltliches Rechtsgeschäft zu Grunde gelegen wäre, wäre es unter den obwaltenden Umständen Sache der Widerkläger, zu beweisen, daß der Gegenwert für die Hingabe der Obligation nicht geleistet sei. Fragt sich somit vorerst, welche Willensmeinung die Antwort des Widerbeklagten auf die Widerklage ausdrückt, so ist zweifellos richtig, daß er zugegeben hat, der fraglichen Cession habe ein entgeltliches Rechtsgeschäft zu Grunde gelegen: er hat allerdings in der Widerklagebeantwortung vorab die ganze Darstellung der Widerkläger bestritten, allein sich nicht damit begnügt, sondern eine eigene Sachdarstellung gegeben, und zwar nicht etwa nur eventuell, und hiebei, und das gewiß mit Recht, jenes Zugeständnis gemacht. Allein damit ist die Frage der Beweislast noch keineswegs zu Gunsten der Widerkläger entschieden. Zur Gutheißung der Widerklage wäre vielmehr weiterhin erforderlich der Nachweis, daß die *causa cessionis* eine derartige gewesen sei, daß durch sie nach Vollziehung der Cession eine Zahlungsverpflichtung des Grieder entstanden wäre; an den Widerklägern war es, die *causa cessionis* zu behaupten, wenn sie daraus noch eine Forderung herleiten wollten. Denn diese *causa* kann ein entgeltliches Rechtsgeschäft sein, ohne daß daraus eine Verpflichtung des Cessionars, nach Vollziehung der Cession einen Gegenwert zu leisten, entsteht. Eine solche Verpflichtung wäre allerdings z. B. dann vorhanden, wenn ein Titel übergeben wird zum Zwecke eines Darlehens, oder wenn er verkauft wird, endlich, wenn die Übergabe lediglich zum Zwecke des Inkassos erfolgt. Daß der Cession ein Darlehen oder ein Inkassomandat zu Grunde gelegen, behaupten die Widerkläger heute selber nicht mehr; überhaupt scheint ihnen selber nicht klar gewesen zu sein, aus welchem Titel der Widerbeklagte zur Leistung des Gegenwertes für die Hingabe der Obligation verpflichtet sein sollte, wie ihr schwankendes Halten in der Widerklagebegründung beweist; sie gehen vielmehr von der Rechtsansicht aus, es genüge zum Fundament ihrer

Forderung, daß sie behaupten und darthun, daß eine Cession an den Widerbeklagten erfolgt sei, und dieser die Obligation inkassiert habe; Sache des Widerbeklagten sei es dann, nachzuweisen, daß aus dieser Thatsache eine Verpflichtung zur Rückzahlung des inkassierten bezw. zur Leistung eines Gegenwertes nicht erwachsen sei. Diese Ansicht ist, wie bemerkt, unrichtig; zum Klagesfundament hätte vielmehr noch der Nachweis der bestehenden Verpflichtung des Widerbeklagten gehört, und es hätte dieser Nachweis daher von den Widerklägern geleistet werden sollen. Wenn man endlich die Widerklage als Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung anzusehen hätte, so ist ebenfalls klar, daß der Beweis der Bereicherung und deren Unrechtmäßigkeit den Widerklägern obläge.

3. Allein auch wenn man mit den kantonalen Instanzen davon ausgeht, die Widerkläger haben das Klagesfundament genügend substantiiert, da der Widerbeklagte sich selbst auf den Standpunkt gestellt habe, der Cession habe ein entgeltliches Rechtsgeschäft zu Grunde gelegen, so ist gleichwohl die von den genannten Instanzen daraus gezogene Schlußfolgerung: daß bei dieser prozessualen Stellungnahme der Beweis für die Thatsache der Leistung des Gegenwertes dem Widerbeklagten obliege, rechtsirrtümlich. Allerdings entspricht es im allgemeinen den Grundsätzen über die Verteilung der Beweislast, daß derjenige, der eine Zahlung als Erfüllung einer Obligation behauptet, den Beweis für diese Thatsache leiste, da in einer solchen Behauptung nicht ein Verneinen des Klagesfundamentes, sondern die Geltendmachung einer selbständigen Schutzbehauptung, einer eigentlichen Einrede liegt. Allein die Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens bieten Fälle, bei denen regelmäßig Zahlung Zug um Zug erfolgt, und eine besondere Beurkundung der Zahlung, eine Quittung, dem Zahlungspflichtigen nicht gegeben, oder bei denen die Quittung nur der Form halber ausgestellt wird und nicht aufbewahrt zu werden pflegt; in derartigen Fällen spricht nun die Vermutung, eine *præsumtio facti*, dafür, daß die Zahlung erfolgt sei, und es hat derjenige, der die Zahlung, als noch nicht geschehen, fordert, den Beweis der Nichtzahlung zu leisten. Zu so gearteten Rechtsgeschäften gehört z. B. die Konsumtion im Wirtshause, der Kauf kleiner Bedürfnisse des täglichen Lebens, bei dem die Übung der Barauf ist (vergl.

Art. 230 Obl.-Recht), Käufe, die auf dem Markt, auf der Messe abgeschlossen werden u. dergl. Es fragt sich somit, ob bei dem hier vorliegenden Rechtsgeschäft: der Abtretung einer auf den Namen lautenden Obligation in blanco, in den Lebenskreisen, denen die Parteien angehören, und bei den persönlichen Verhältnissen, in denen sie zu einander stehen, falls der Übergabe ein entgeltliches Rechtsgeschäft zu Grunde liegt, die Leistung des Gegenwertes Zug um Zug zu erfolgen und eine besondere Quittung für deren Empfang nicht ausgestellt zu werden pflegt. Hierüber ist zu sagen: Es ist im höchsten Grade unwahrscheinlich, daß Joh. Bürgin dem Hch. Grieder einen Titel im Werte von 5000 Fr. credendi causa übergeben hätte, ohne sich dafür einen Schuldschein ausstellen zu lassen; dies auch dann, wenn man die verwandtschaftlichen Beziehungen der Kontrahenten zu einander in Berücksichtigung zieht. Diese Unwahrscheinlichkeit scheint denn auch den Widerklägern bewußt gewesen zu sein, da sie zuerst die Ausstellung eines solchen Schuldscheins und dessen Ablockung durch den Widerbeklagten behauptet haben — welchen Standpunkt sie dann freilich in der Folge aufgeben mußten. Weit weniger unwahrscheinlich ist, daß Grieder den Gegenwert sofort gegeben, und sich hierfür eine Quittung nicht ausstellen ließ, den Besitz der Obligation vielmehr als genügenden Beweis für die Zahlung des Gegenwertes betrachtete — abgesehen davon, daß (was hier nicht mehr in Betracht kommt) es denkbar ist, daß Joh. Bürgin den Titel an Zahlungstatt zur Tilgung einer ihm obliegenden Verpflichtung gegeben hat. Jene Annahme erscheint in der That bei Berücksichtigung der Lebenskreise, denen die Kontrahenten angehören, und ihrer persönlichen Beziehungen als die wahrscheinlichste. Solche Abtretungen pflegen in der Regel Zug um Zug zu geschehen, und es darf danach unbedenklich der Satz ausgesprochen werden, daß es Übung ist, bei derartigen Abtretungen von Obligationen sich einen Schuldschein ausstellen zu lassen, wenn das Geschäft sich nicht Zug um Zug vollzieht, der Cedent vielmehr nach der Übergabe den Gegenwert noch zu fordern hat; dagegen nicht, daß bei der Leistung Zug um Zug neben der Hingabe des Titels noch die Ausstellung einer Quittung für die Leistung des Gegenwertes erfolgt; in derartigen Verhältnissen wird eben die Innehabung

des Titels als genügender Beweis der Leistung des Gegenwertes angesehen, und es begründet daher diese Innehabung eine Vermutung für die letztere Thatfache, so daß derjenige, der die Nichtleistung behauptet, für diese Behauptung beweispflichtig wird, nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, daß derjenige, der vorbringt, ein Rechtsgeschäft sei entgegen der allgemeinen Übung vorgenommen worden, den Beweis für seine Sachdarstellung zu leisten hat. In casu ruht somit die Beweislast auch bei dieser Auffassung der Stellungnahme des Widerbeklagten auf den Widerklägern. Hiefür sprechen übrigens, außer dem angeführten Erfahrungssatze, noch eine Anzahl gewichtiger, vom Widerbeklagten mit Recht geltend gemachter Momente: Auffallend ist zunächst, daß die Widerkläger mit der Geltendmachung ihrer angeblichen Forderung so lange gewartet haben, sowie, daß beim Inventar über den Nachlaß ihres Erblassers diese Forderung nicht erwähnt wurde. Sodann wäre nicht erklärlich, wieso Witwe Bürgin, wenn sie doch noch Gläubigerin des Widerbeklagten war, ihm am 30. Januar 1897 noch den Schuldschein über ein Darlehen von 1000 Fr. ausgestellt hätte. Allerdings hatten die Widerkläger vor erster Instanz die Echtheit der Unterschrift der Witwe Bürgin auf diesem Schuldscheine bestritten, und mußten dies bei ihrer Stellungnahme wohl auch thun; allein im Verlaufe des Prozesses ist die Thatfache der Ausstellung dieses Schuldscheins durch Witwe Bürgin zur prozessualen Gewißheit erhoben worden, und das Bundesgericht hat von dieser Ausstellung als von einer erwiesenen festgestellten Thatfache auszugehen. Alsdann genügt aber die von der ersten Instanz versuchte Erklärung: diese Ausstellung sei nichts auffallendes, weil der Text des Schuldscheines vom Widerbeklagten geschrieben worden sei, keineswegs, um über das auffallende hinwegzuhelfen. Ferner ist in keiner Weise aufgeklärt, wie es sich mit der behaupteten Abschlagszahlung von 300 Fr. an die Widerklageforderung verhalte. Dazu kommt endlich der Widerspruch und Wechsel in der Begründung der Widerklage, der wohl auch dafür verwendet werden kann, die Darstellung des Widerbeklagten als die glaubwürdigere erscheinen zu lassen.

4. Lag nach dem gesagten die Beweislast den Widerklägern ob, so muß die Widerklage, da die Widerkläger den ihnen obliegenden

Beweis nicht einmal angetreten, geschweige denn geleistet haben, abgewiesen werden.

Demnach hat das Bundesgericht,
in Gutheißung der Berufung des Klägers und Widerbeklagten,
erkannt:

Das Urteil des Obergerichts des Kantons Baselstadt, vom 19. Dezember 1898, wird dahin abgeändert, daß die Widerklage abgewiesen wird.

11. Urteil vom 24. Februar 1899
in Sachen Walliser Industriegesellschaft gegen Trost.

Art. 671 Ziff. 2 und 673 O.-R. Gründervorteil.

A. Durch Urteil vom 9. Dezember 1898 hat das Handelsgericht des Kantons Aargau die Klägerin mit ihrer Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrage: Das angefochtene Urteil sei aufzuheben und der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin entweder in baar oder in liberierten Aktien der Gesellschaft den Betrag von 50,000 Fr. nebst Zins zu 5 % von der Klage an zu bezahlen.

C. In der heutigen Verhandlung wiederholt der Vertreter der Klägerin diesen Berufungsantrag. Der Vertreter des Beklagten trägt auf Abweisung der Berufung an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Durch Vertrag vom 29. April 1896 übertrug die Firma Manz & Cie. in Bernabaz einem Konsortium, bestehend aus dem heutigen Beklagten R. Trost und vier weiteren Mitbeteiligten die ihr zustehende Konzession für die Ruhbarmachung der Wasserkräfte der Salanfe (Kanton Wallis) für den Kaufpreis von 250,000 Fr. Davon waren ursprünglich 50,000 Fr. am 1. September 1896 bar zu bezahlen und 100,000 Fr. den Verkäufern in liberierten Aktien „der von den Käufern zu gründenden Aktiengesellschaft“

auszuhändigen; gemäß Nachtrag vom 9. Mai 1896 wurde in dessen der Betrag der den Verkäufern als ihre Beteiligung zu überlassenden Aktien auf 50,000 Fr. reduziert und derjenige der am 1. September 1896 zu leistenden Barzahlung auf 100,000 Fr. erhöht. Dieser Vertrag sollte am 1. Mai 1896 in Kraft treten. Mit Vertrag vom 1. Juni 1896 verkaufte das erwähnte Konsortium die Konzession für den Preis von 250,000 Fr. weiter an E. Hardmeyer zu Händen der zu konstituierenden Walliser Industriegesellschaft, der heutigen Klägerin. Dieser Vertrag erhielt die Genehmigung der am 19. Juni 1896 zusammengetretenen konstituierenden Generalversammlung der Klägerin, in welcher 9 Aktionäre, die das ganze Aktienkapital repräsentierten, anwesend waren, darunter der damalige Präsident der Klägerin, E. Hardmeyer, J. F. Manz von der Firma Manz & Cie., sowie der Beklagte, der in den Verwaltungsrat gewählt wurde. Nach diesem zweiten Vertrage sollte die letzte Rate des Kaufpreises im Betrage von 50,000 Fr. am 15. Oktober 1896 bar bezahlt werden. Zweck der klägerischen Aktiengesellschaft war nach den in dieser Generalversammlung angenommenen Statuten, § 1: Der Erwerb der Wasserrechtskonzession des Beklagten und der Mitbeteiligten und die Ruhbarmachung der bezüglichen Wasserkräfte. Nach der Konstituierung der Klägerin gaben Manz & Cie. dem Beklagten 50,000 Fr. in liberierten Aktien im Nominalwerte von 1000 Fr. Mit Klage vom 2. Juli 1898 stellte nun die Klägerin das Rechtsbegehren, der Beklagte sei zu verurteilen, ihr entweder in bar oder in liberierten Aktien ihrer Gesellschaft den Betrag von 70,000 Fr. zu bezahlen, samt Verzugszins zu 5 % von der Klage an. Sie stützte dieses Begehren auf Art. 671 Ziff. 2 in Verbindung mit Art. 619 Abs. 1, sowie auf Art. 673 O.-R. und brachte vor: Von Anfang an sei sie, die Klägerin, als die wirkliche Käuferin angesehen worden und das Konsortium nur der Formalität halber dazwischen getreten; das Konsortium habe aus den Gründern der klägerischen Aktiengesellschaft bestanden. Nun haben zwei dieser Gründer, der Beklagte und ein A. Schönenberger, mit Manz & Cie. eine geheime Abmachung getroffen, wonach ihnen zusammen die in liberierten Aktien zu verabsolgendenden 100,000 Fr. des Kaufpreises zu überlassen seien, und hievon