

Was die angeblichen Aktenwidrigkeiten betrifft, so gehen solche aus den vorliegenden Akten nicht hervor und wurden auch heute von der Beklagten nicht dargetan. Es lag ihr ob, die vermeintlichen Widersprüche zwischen den Feststellungen der Vorinstanz und dem Inhalt der Akten im einzelnen aufzuführen und derart zu substantiieren, daß ihr Einfluß auf die angefochtene Berechnung ersehen werden konnte. Die Beklagte hat dies nicht getan und die Feststellungen der Vorinstanz nicht entkräftet.

Die weitere Einrede, daß die im Vertrag vorgesehenen Ansätze durchwegs der Berechnung hätten zugrunde gelegt werden sollen, ohne Rücksicht darauf, daß die Zahlungspflicht der Beklagten erst am 1. Januar 1907 begann statt am 1. Januar 1906, hätte in einem Eventualantrag auf entsprechende Ermäßigung der Entschädigung Ausdruck finden sollen. Aus den gestellten Anträgen kann nicht auf das Verlangen einer Herabsetzung auf einen bestimmten Betrag und aus einem bestimmten Grunde geschlossen werden. Doch ist die Auffassung der Beklagten auch an sich unschlüssig: laut Vertrag sollte die Entschädigung 15 Fr. pro Tafel für die zwei ersten Jahre seit Beginn der Zahlungspflicht, 12 Fr. für die zwei weiteren und 8 Fr. für die letzten Jahre betragen. Mit Recht hat also die Vorinstanz für das Jahr 1908 mit einem Ansatz von 15 Fr. und für 1910 mit einem solchen von 12 Fr. gerechnet.

5. — (Abweisung der Anschlußberufung); —

erkannt:

Haupt- und Anschlußberufung werden abgewiesen und es wird das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 7. November 1912 in allen Teilen bestätigt.

### 16. Urteil der I. Zivilabteilung vom 15. März 1913 in Sachen W., Kl. u. Ber.-Kl., gegen J., Bekl. u. Ber.-Bekl.

**Prozessfähigkeit der Ehefrau, Art. 168 ZGB.** Der Ehemann kann die Prozesse mit Dritten um das eingebrachte Gut in eigenem Namen führen.

**Aborkennungsklage gegen eine auf Schuldschein beruhende Forderung. Beweislast und Beweisthema des Aborkennungsklägers.**

**Unsittliches Rechtsgeschäft: Belohnung für vergangene und zukünftige, aus dem Konkubinat sich ergebende und zugleich ehebrecherische Dienste.**

**Verrechnung. Verzicht darauf nach Art. 139 Abs. 2 aOR. Voraussetzungen.**

Das Bundesgericht hat

auf Grund folgender Prozeßklage:

A. — Mit Urteil vom 17. Dezember 1912 hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt über das Rechtsbegehren:

Es sei dem Kläger (recte Beklagten) jede Forderung aus der Handschrift vom 16. September 1908 de 5000 Fr. abzuerkennen, und die ihm am 11. April 1912 hierfür bewilligte provisorische Rechtsöffnung wieder aufzuheben

erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

B. — Gegen dieses Urteil, das den Parteien am 28. Dezember 1912 zugestellt wurde, hat der Kläger rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit den Anträgen:

Es sei das Urteil des Appellationsgerichts vom 17./28. Dezember 1912 aufzuheben und gemäß dem Klagebegehren zu erkennen; eventuell sei die Sache zur anderweitigen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Klägers diese Anträge erneuert und begründet. Der Vertreter des Beklagten hat Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils beantragt; —

in Erwägung:

1. — Der Kläger lernte die Ehefrau des Beklagten, damals Frä. E. D., im Jahr 1895 als Kellnerin in Basel kennen. Er

übernahm die Wirtschaft zum Bahnhof in Münchenstein. Fr. D. zog mit als Haushälterin und lebte zugestandenermaßen mit dem Kläger jahrelang im Konkubinat. Sie wurde deshalb einmal auf Anzeige der Ehefrau des Klägers mit 2 Tagen Arrest bestraft.

Am 16. September 1908 stellte ihr der Kläger folgenden Schuldschein auf vorgebracktem Formular aus:

Handschrift.

„Der Unterzeichnete G. W. bekennt hiemit der Fr. E. D. „zur Anschaffung von Wirtschaftsgeräten die Summe von 5000 Fr., „schreibe fünf tausend Franken, schuldig geworden zu sein und „verpflichtet sich, dieses Kapital samt Zins zu 4% von heute an „auf . . . . 18 . . . . in gesetzlichen Geldsorten zurückzuzahlen.

„Zur Sicherheit für Kapital und Zins haften solidarisch mit „dem Hauptschuldner als Bürgen und Selbstzahler: . . . .

„Münchenstein, den 16. September 1908.

„(sig.) G. W.“

(Folgt die Beglaubigung der Unterschrift durch den Gemeindepräsidenten.)

Im Sommer 1911 zog Fr. D. nach Basel; bald darauf verheiratete sie sich mit dem Beklagten und folgte ihm nach Neuhausen, wo die Eheleute K. die Wirtschaft zum Zürcherhof übernahmen. Am 15. Januar 1912 kündigte der Beklagte dem Kläger das Darlehen laut obigem Schuldschein zur Rückzahlung auf 6 Wochen. Da der Kläger innert dieser Frist nicht zahlte, erwirkte der Beklagte einen Arrest auf die Liegenschaft des Klägers in Basel. Dieser erhob gegen die Arrestbetreibung Rechtsvorschlag, worauf der Beklagte die provisorische Rechtsöffnung erlangte.

Am 20. April 1912 reichte W. vor dem Basler Zivilgericht Aberkennungsflage ein, mit dem Begehren, wie es sub A hievor wiedergegeben ist. Er machte geltend, der Betrag von 5000 Fr. sei ihm von der Ehefrau des Beklagten nicht hingegeben worden, sondern es habe sich um eine Schenkung auf den Todesfall für künftig zu leistende Dienste der D. als Haushälterin des Klägers gehandelt. Da diese Dienste in der Folge nicht geleistet worden seien, sei die Schenkung dahingefallen. Eventuell stellte der Kläger folgende Gegenforderungen an den Beklagten zur Kompensation: 20,000 Fr., der D. zur Einrichtung eines Bazargeschäfts hinge-

geben; 1000 Fr. Darlehen zum Kauf eines Hauses in Basel; 11,800 Fr. Erziehungskosten für die beiden außerehelichen Söhne der D.; 375 Fr. bezahltes rückständiges Kostgeld; 100 Fr. von der D. einlassierte Rückvergütung der Telefonverwaltung; 3792 Fr. 35 Cts. für Mobiliar des Klägers, das die Eheleute K. nach Neuhausen mitgenommen hätten; endlich 5 Fr. Haushaltungsgeld pro Tag.

Der Beklagte beantragte Abweisung der Aberkennungsflage, da dem Schuldschein ein wirkliches Darlehen zu Grunde liege. Von den Gegenforderungen gab der Beklagte einzig das Darlehen von 1000 Fr. zum Hauskauf zu; er behauptete aber, die 1000 Fr. seien von seiner Frau dem Kläger zurückbezahlt worden, allerdings ohne Quittung. Bei der persönlichen Befragung durch den Zivilgerichtspräsidenten anerkannte die Ehefrau des Beklagten, daß sie dem Kläger nur 3300 Fr. Valuta gegeben habe; die weiteren 1700 Fr. seien ihr für geleistete Dienste geschenkt worden. Die Klage wurde infolgedessen erstinstanzlich im Betrage von 2700 Fr. geschützt, von der oberen kantonalen Instanz dagegen in vollem Umfange abgewiesen.

2. — Unbegründet ist einmal die Einwendung des Klägers, der Beklagte könne die Forderung nicht in eigenem Namen geltend machen, weil im Schuldschein nicht er als Gläubiger genannt sei, sondern seine Ehefrau. Diese Einrede ist zwar nicht verspätet, in dem Sinne, daß sie schon vor dem Rechtsöffnungsrichter hätte erhoben werden sollen, wie der Vertreter des Beklagten heute behauptet hat. Die Legitimation des Beklagten ist von Amtes wegen zu prüfen. Und es handelt sich dabei, wenn auch um eine prozeßrechtliche Frage, doch um eine solche des eigentlichen Rechts, da die Prozeßfähigkeit der Ehefrau in Verbindung mit ihrer Handlungsfähigkeit im ZGB geregelt ist.

Laut Art. 168 Abs. 2 leg. cit. hat im Rechtsstreit mit Dritten um das eingebrachte Gut der Ehemann die Ehefrau zu vertreten. Wenn die Vorinstanz ausführt, daß damit nicht nur eine gesetzliche Prozeßvollmacht des Ehemannes statuiert, sondern daß dieser als Verwalter des ehelichen Vermögens eigentliche Prozeßpartei sei, so ist ihr durchaus beizupflichten. Als Haupt und gesetzlicher Vertreter der ehelichen Gemeinschaft sowie kraft seines eigenen Zu-

teresse als Nutznießer und Verwalter des eingebrachten Frauengutes kann der Ehemann die Prozesse mit Dritten um jenes Gut in eigenem Namen führen (vergl. ZGB 160, 162, 200, 201, sowie Egger, Komm. Anm. 2 c zu Art. 168 und die dortigen Zitate; Kossel, Manuel S. 241; a. M. Smür, Komm. S. 273 Anm. 2). Der Beklagte hat denn auch persönlich die Rechtsöffnung gegen den Kläger erwirkt und ist von diesem im vorliegenden Prozeß persönlich ins Recht gefaßt worden. Der Vertreter des Klägers hat heute eingewendet, es fehle Behauptung und Beweis dafür, daß die Eheleute K. in Güterverbindung leben und die streitige Forderung zum eingebrachten Gut der Ehefrau gehöre. Zu Unrecht: die gesetzliche Vermutung spricht für die Güterverbindung als ordentlichen Güterstand und für die Zugehörigkeit der Forderung zum eingebrachten Gut der Ehefrau K. Es wäre Sache des Klägers gewesen, jene Vermutung zu entkräften; der Beklagte hatte lediglich seine Heirat mit Fr. D. zu behaupten.

3. — In der Sache selber hält die Vorinstanz den Forderungsnachweis, der nach anerkannten Beweisregeln dem Aberkennungsbeklagten obliege, durch den Schuldschein für den vollen Betrag von 5000 Fr. erbracht. Es kann dieser Auffassung nicht beigetreten werden. Die Ehefrau des Beklagten hat ausdrücklich zugegeben, daß ihr Darlehen an den Kläger in Wirklichkeit nur 3300 Fr. betragen habe. Der Urkundenbeweis wird somit für die Differenz von 1700 Fr. durch den aus dem Geständnis der Frau K. fließenden Gegenbeweis entkräftet, und es ist so anzusehen, wie wenn die Schuldanerkennung über die 1700 Fr. nicht bestünde. Die Ansicht der Vorinstanz, es habe der Kläger den Nachweis zu leisten, daß hinsichtlich der 1700 Fr. auch jeder andere Verpflichtungsgrund fehle, ist rechtsirrtümlich. Denn im Schuldschein ist von einem weiteren Rechtsgrund nicht die Rede. Der Schuldner hat das Fehlen jeder causa nur gegenüber einer abstrakten Schulbverpflichtung zu beweisen (vergl. Oser, Komm. ad Art. 17 OR S. 71 und die dortigen Zitate). Der Hinweis der Vorinstanz auf das Urteil des Bundesgerichts vom 29. Mai 1912 i. S. Betschart gegen Konkursmasse Jüngling geht fehl. Es handelt sich in jenem Falle nicht um eine reine Bestreitung des Schuldgrundes. Und es wurde der Beweis der Simulation als erbracht

betrachtet trotz der beiläufigen Bemerkung (auf die sich die Vorinstanz offenbar beruft), es genüge der Nachweis nicht, daß der Aussteller tatsächlich nichts schulde, sondern es müsse bewiesen werden, daß er sich nicht ernstlich verpflichten wollte; dieser Äußerung kommt eine präjudizielle Bedeutung nicht zu.

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz hat also der Beklagte den Grund der angeblichen Forderung von 1700 Fr. unabhängig vom Schuldschein zu beweisen. Er hat denn auch diese Forderung damit zu begründen versucht, daß der Kläger Dienste seiner Frau habe belohnen wollen. Nach den Feststellungen der ersten Instanz ist dieser vom Kläger bestrittene Rechtsgrund nicht dargetan. Wollte man aber auch jenen Beweis als erbracht ansehen, so wäre die Verpflichtung des Klägers gemäß Art. 17 alt, 20 neu OR, weil gegen die guten Sitten verstößend, nichtig. Die Frage, ob eine Verpflichtung gegen die guten Sitten verstöße, hat der Richter von Amtes wegen zu prüfen (Oser, Komm. S. 92 litt. b und die dort zitierten Urteile des Bundesgerichts). Nun steht fest, daß die Ehefrau des Beklagten selber als Grund der angeblichen Schenkung ihr Konkubinatsähnliches Verhältnis zum Kläger angibt. Es handelte sich also um Löhnung vergangener und zukünftiger, aus dem Konkubinat sich ergebender und — da der Kläger verheiratet war — zugleich ehbrecherischer Dienste. Eine Rechtspflicht des Klägers zur Bezahlung des Betrages von 1700 Fr. besteht somit nicht (vergl. BGE 18 Nr. 60 in fine, 20 Nr. 150). Andererseits hat der Kläger durch Ausstellung des Schuldscheines nicht bereits erfüllt; es käme höchstens ein Schenkungsversprechen in Betracht. Und es verkörpert der Schuldschein auch nicht das Forderungsrecht nach Art eines Wertpapiers. Danach erscheint die Aberkennungsaklage im Betrage von 1700 Fr. als begründet.

4. — Auf die vom Kläger zur Kompensation verstellten Gegenforderungen ist die Vorinstanz nicht eingetreten, weil ein Verzicht des Klägers auf die Verrechnung vorliege: der Kläger habe im Schuldschein Barzahlung versprochen, obschon er mußte, daß er Gegenforderungen an die Ehefrau des Beklagten habe (Art. 139 Abs. 2 aOR). Wenn auch der Beklagte diese Bestimmung (die nicht in das revidierte OR aufgenommen wurde) nicht ausdrücklich angerufen habe, so ergäben sich doch die tatsächlichen Voraussetzungen

aus den Vorbringen der Parteien und der Richter habe von sich aus die rechtlichen Folgerungen aus den aktenmäßig erstellten Tatsachen zu ziehen. Diese Argumentation ist nicht schlüssig. Daraus, daß eine Partei Barzahlung verspricht, obschon sie eine Gegenforderung an den Gläubiger hat, folgt nicht ohne weiteres der Ausschluß der Kompensation. Es bedarf dazu weiter der Willensäußerung des Verzichtes auf die Verrechnung; diese Willensäußerung kann sich implizite aus den Umständen ergeben, sie folgt aber hier nicht daraus. Denn jedenfalls muß der Verzicht von der Partei, die daraus einen Vorteil ableiten will, in casu vom Beklagten, behauptet werden. Art. 139 Abs. 2 aOR begründet eine Rechtsvermutung dafür, daß ein Verzicht auf die Verrechnung vorliege, und es hat der Schuldner den Gegenbeweis zu leisten, wenn er den Verzicht bestreitet (BGE 21 S. 548). Der Beklagte hätte also zum mindesten gegenüber der Kompensationseinrede eine auf Verzicht gehende Willenserklärung des Klägers behaupten sollen, was nicht geschehen ist, wie denn auch ein Verzicht in casu durchaus nicht auf der Hand liegt. Dazu kommt, daß im Schuldschein nicht Barzahlung im Sinne sofortiger Zahlung (comptant, in contanti) versprochen ist, sondern nur Bezahlung in gesetzlichen Geldsorten.

Hat danach die Vorinstanz zu Unrecht einen Verzicht auf die Verrechnung angenommen, so ist auf die Gegenforderungen einzutreten und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie über die Verrechnbarkeit der einzelnen Forderungen auf Grund der erforderlichen tatsächlichen Feststellungen urteile. Dabei wird insbesondere zu prüfen sein, inwieweit jene Forderungen auf einem unsittlichen Verhältnis beruhen, ob gültige Verpflichtungen unter den Parteien entstanden sind und die erfolgten Zuwendungen zurückverlangt werden können. Zugestanden hat der Beklagte einzig, daß seine Frau vom Kläger 1000 Fr. zum Zweck des Hauskaufes in Basel erhalten habe; er behauptet aber, die Rückgabe sei erfolgt — was nicht bewiesen ist — und bestreitet, daß das Geständnis des Empfanges von der Behauptung der Rückzahlung getrennt werden dürfe. Es ist dies eine Frage des kantonalen Prozessrechts, die von der ersten Instanz zu Ungunsten des Beklagten entschieden wurde und über welche die Vorinstanz ebenfalls noch zu entscheiden hat; —

erkannt:

Die Berufung wird in dem Sinne begründet erklärt, daß das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 17. Dezember 1912 aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

**17. Urteil der II. Zivilabteilung vom 19. März 1913**  
in Sachen **Schweizerische Bundesbahnen**, Bess. und Ber.-Kl.,  
gegen **Rheinhafen-Aktien-Gesellschaft**, Kl. und Ber.-Bess.

*Voraussetzungen der Inkassovollmacht bei Handlungsbevollmächtigten.  
Funktion des « Annahme- » und des « Nachnahmescheins » im Frachtverkehr.*

Das Bundesgericht hat,

da sich ergibt:

A. — Am 16. Juni 1911 ließ die Klägerin durch ihren Angestellten Emil Meier auf dem Bahnhof Basel-St. Johann zwei Wagenladungen Nähmaschinen ohne Nachnahmebelastung an die Firma Mc. Cornid in Zürich aufgeben. Meier besorgte dies auftragsgemäß, verlangte jedoch noch am gleichen Tage von sich aus auf vorgeschriebenem Formular, daß er „per Rheinhafen A. G. Meier“ unterzeichnete, daß die Ware zur Verfügung der Absenderin gehalten werde. Dies geschah, und am 17. Juni 1911 löste Meier auf dem Güterbahnhof Basel-Wolf unter Vorweisung der Annahmescheine die Frachtbriefe ein und gab die beiden Wagen mit neuen Frachtbriefen, diesmal jedoch belastet mit Nachnahmen von 3500 Fr. auf dem einen und 1776 Fr. auf dem andern Wagen, an den gleichen Empfänger wieder auf. Empfangshordereau, Verlade-scheine und neue Frachtbriefe unterzeichnete er wieder namens der Klägerin. Die Nachnahmen wurden auf den neuen Annahmescheinen vermerkt, besondere Nachnahmescheine dagegen nicht ausgestellt. Am 30. Juni 1911, nachdem die Nachnahmen vom Adressaten eingelöst worden waren, präsentierte Meier die Annahmescheine, auf welchen für die Nachnahmebeträge mit dem Stempel „Rheinhafen-