

aurait été requise que de celle de Canard qui en avait opéré le retrait. Et dans tous les cas ce fait à lui seul n'était pas suffisant à contrebalancer l'effet des renseignements favorables que la défenderesse dit avoir possédés sur Canard; elle doit donc être admise à prouver qu'elle possédait de tels renseignements.

En résumé, c'est à tort que l'instance cantonale a écarté les offres de preuve formulées par la défenderesse. Il y a lieu par conséquent, en application de l'art. 82 OJF, d'annuler l'arrêt attaqué et de renvoyer la cause à la Cour de Justice civile pour statuer à nouveau après administration de ces preuves. Le nouvel arrêt à rendre devra mentionner le résultat de l'administration des preuves (OJF art. 63 et 3) et, à la différence de l'arrêt aujourd'hui annulé, indiquer d'une façon complète l'état de fait servant de base à la décision.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est partiellement admis, l'arrêt rendu par la Cour de Justice civile le 18 novembre 1911 est annulé et la cause est renvoyée à l'instance cantonale pour statuer à nouveau après administration des preuves dans le sens des motifs.

32. Urteil der II. Zivilabteilung vom 26. Juni 1912
in Sachen **Steinacher & Ruess**, Bekl. u. Ver.-Kl.,
gegen **Graf & Cie.**, Kl. u. Ver.-Bekl.

Internationales Privatrecht. Die Frage, ob ein Frachtführer an der von ihm aus dem Auslande in die Schweiz transportierten Sache ein Retentionsrecht habe, ist in Bezug auf den ganzen Tatbestand nach schweizerischem Rechte zu beurteilen.

Spedition. Der Frachtführer, der vom Käufer einer Sache den Auftrag erhalten hat, diese beim Verkäufer in Empfang zu nehmen und

an seinen Wohnort zu transportieren, hat an der ihm vom Verkäufer zum Transport übergebenen Sache ein Retentionsrecht, ohne Rücksicht darauf, ob diese im Eigentum des Verkäufers geblieben oder in das Eigentum des Käufers übergegangen ist; Besitz des Käufers und guter Glaube des Spediteurs an dessen Verfügungsrecht genügen. Gutgläubiger Erwerb des Retentionsrechts an fremder Sache ist anzunehmen, sobald der Gläubiger nicht weiss oder nicht wissen sollte, dass der Schuldner ihm die Sache nicht überlassen darf, indem er dadurch seine Pflicht gegenüber dem Eigentümer verletzt.
Das konkursrechtliche Verfolgungsrecht entfällt bei mittelbarem Besitz des Käufers; das Retentionsrecht des Spediteurs geht dem Verfolgungsrecht vor.

Das Bundesgericht hat

auf Grund folgender Prozeßlage:

A. — Mit Urteil vom 19. Januar 1912 hat das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt in vorliegender Streitfache erkannt:

Es wird festgestellt, daß der Beklagten an den ihr von der Klägerin zur Spedition an die Firma Helfenberger & Cie. in Basel übergebenen und von ihr zurückbehaltenen 57 Ballen Kaffee im Fakturawerte von 7180 Fr. 80 Cts. ein Retentionsrecht nicht zusteht.

Klägerin wird ermächtigt, den behufs Freigabe der Ware depontierten Betrag von 6907 Fr. 5 Cts. zu beziehen.

Das weitergehende Klagebegehren (prinzipielle Verurteilung der Beklagten zu vollem Schadenersatz) wird zur Zeit abgewiesen.

B. — Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt hat dieses Urteil am 15. März 1912 auf Appellation der Beklagten bestätigt.

C. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit den Anträgen, es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage gänzlich abzuweisen.

D. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Beklagten diese Anträge erneuert und begründet. Der Vertreter der Klägerin hat Abweisung der Berufung und Bestätigung des appellationsgerichtlichen Urteils beantragt; —

in Erwägung:

1. — Die Klägerin verkaufte am 17. März 1911 durch Vermittlung ihres Basler Agenten H. Himmely der Firma Helfenberger & Cie. in Basel 57 Sack Kaffee. Die Käufer teilten dem Agenten beim Verkaufsabschluß mit, daß der Transport der Ware durch die Beklagte zu besorgen sei, die seit längerer Zeit als Spediteur mit Helfenberger & Cie. in Verkehr stand. Himmely unterzeichnete sofort das gedruckte Formular eines Bezugsscheines (bon d'enlèvement), in dem die Klägerin ersucht wird, die Ware an die Beklagte, deren Namen im Formular fett gedruckt ist, oder deren Ordre auszuliefern. Diesen Bezugsschein sandte Himmely gleichen Tages der Beklagten mit folgendem Begleitschreiben: „Erliegend händige ich Ihnen für Rechnung der H. H. Helfenberger & Cie. dahier Bezugsschein für die Herren Graf & Cie. in London über 57 Sack Kaffee, für deren Beförderung Sie das Nötige veranlassen wollen. Der Kaffee wird Ihnen sob (free on board) London zur Verfügung gestellt werden.“ Die Beklagte sandte tags darauf (18. März 1911) an Helfenberger & Cie. eine zum größten Teil vorgedruckte Postkarte des Inhalts: „Wir empfangen bestens dankend Bezugsschein über... 57 S. Kaffee durch die Fa. H. Himmely ab London... die wir in Empfang nehmen und in vorgeschriebener Weise auf den Weg bringen werden.“ Die Beklagte beauftragte gleichen Tages die Firma J. & R. Grant in London, die Ware von der Klägerin für Rechnung von Helfenberger & Cie. in Empfang zu nehmen und an die Filiale der Beklagten in Brüssel zu spedieren. Diese wurde von der Beklagten avisiert, die Ware, die sie für Rechnung von Helfenberger & Cie. erhalten werde, nach Basel weiter zu spedieren. Der Klägerin übersandte die Beklagte ebenfalls am 18. März den Bezugsschein mit folgendem englischen Begleitschreiben: „Wir beehren uns, Ihnen den Bezugsschein (delivery order) für Rechnung von Helfenberger & Cie. einzusenden. Wir bitten, die Ware nach den Instruktionen der H. H. J. & R. Grant zu verfrachten und uns den Verfrachtavis (shipping advice) so rasch als möglich zuzusenden.“ Die Klägerin antwortete darauf am 20. März, sie habe die Ware gleichen Tages an das Haus der Beklagten in Brüssel verladen, die Beklagte möge sie an

Helfenberger & Cie. ausliefern. Zugleich übergab die Klägerin der Beklagten die Faktur und eine blanco girirte Tratte auf Helfenberger & Cie. über den Kaufpreis. Die Ware reiste von London nach Brüssel mit einem Konnossement, das von der Firma J. & R. Grant als Agentin des Rheders unterzeichnet ist und in dem die Klägerin als Einladerin und die Brüsseler Filiale der Beklagten als Empfängerin bezeichnet sind. Bevor die Ware in Basel ankam, telegraphierte und schrieb die Klägerin am 28. März an die Beklagte nach Brüssel und Basel, die Ware anzuhalten und nicht an Helfenberger & Cie. — die wegen ihrer finanziellen Schwierigkeiten mit der Aufhebung des Kaufes einverstanden waren — auszuliefern. Die Brüsseler Filiale antwortete, die Ware sei schon weitergerollt, sie habe daher das Basler Haus ersucht der Klägerin zu antworten. Das Basler Haus antwortete, die Beklagte habe selbst Forderungen an Helfenberger & Cie. zu stellen und werde daher die Ware zur Geltendmachung ihres Retentionsrechtes auf ihren eigenen Namen einlagern. Die Klägerin protestierte dagegen, da der Kaffee ihr Eigentum sei. Die Beklagte beharrte aber auf ihrem Standpunkt. Als am 6. April 1911 über Helfenberger & Cie. der Konkurs ausbrach, meldete die Beklagte die Ware als Konkursaktivum an, unter Vorbehalt ihres Retentionsrechtes. Die Konkursverwaltung beschloß jedoch, die Ware nicht in die Masse einzubeziehen. Dagegen nahm sie die Forderung der Beklagten für Fracht, Zoll und Spesen dieser Sendung in die 5. Klasse auf.

Hierauf betraten Graf & Cie. den Klageweg, indem sie Herausgabe der Ware gegen Vergütung der Fracht- und Zollespen, sowie grundsätzliche Verurteilung der Beklagten zu vollem Schadenersatz verlangten. Im Lauf des Prozesses bezahlte die Klägerin die Spesen und deponierte an Stelle der von der Beklagten freigegebenen Ware den Rest des Fakturawertes mit 6907 Fr. 5 Cts. Sie änderte ihre Klagebegehren entsprechend ab und verlangt nunmehr statt der Herausgabe der Ware, es sei festzustellen, daß der Beklagten daran ein Retentionsrecht nicht zustehe und es sei die Klägerin zu ermächtigen, das Depot von 6907 Fr. 5 Cts. zu beziehen. Die Klägerin bestreitet das von der Beklagten beanspruchte Retentionsrecht deshalb, weil die Beklagte nicht Spediteur

ihrer Schuldner Helfenberger & Cie., sondern der Klägerin gewesen sei. Die Beklagte behauptet das Gegenteil. Die Klägerin macht ferner geltend, daß dem Retentionsrecht die Verpflichtung der Beklagten zur Auslieferung der Ware an einen Dritten entgegenstehe. Sodann könne sich die Beklagte nicht auf aOM 227 berufen, weil ihr bei Übergabe des Frachtgutes nicht mitgeteilt worden sei, daß es Eigentum von Helfenberger & Cie. sei. Endlich sei die Beklagte schon durch andere retinierte Waren der Firma J. Geisinger in London im Wert von 4197 Fr. 90 Cts. und durch ein retiniertes Depositum der Firma Schmidt & Cie. in Antwerpen im Betrag von 5000 Fr. für ihre Forderung von 8390 Fr. 85 Cts. an Helfenberger & Cie. vollständig gedeckt. Auch diese Anbringen werden von der Beklagten bestritten. Beide kantonalen Instanzen haben die Klage mit Ausnahme des Begehrens um grundsätzliche Verurteilung der Beklagten zu vollem Schadenersatz begründet erklärt.

2. — Nach bekannten Grundsätzen des internationalen Privatrechts beurteilt sich das streitige Retentionsrecht nach der *lex rei sitæ* (vergl. BGE 36 II 6 f., Entw. Anw. u. Einf.-best. z. ZGB vom 3. März 1905, Art. 1768). Daß die Parteien sich von Anfang an übereinstimmend auf das schweizerische Recht berufen haben, ist unbehelflich, da es sich um den Bestand eines dinglichen Rechtes handelt. Über die Wirkungen eines Vertrages ist dabei auch präjudiziell nicht zu entscheiden, sondern darüber, ob zwischen den Parteien überhaupt ein Vertrag zustande gekommen sei.

Für die Frage, ob ein dingliches Recht zu einer bestimmten Zeit eingetreten sei, ist im Allgemeinen dasjenige Sachstatut maßgebend, das im Zeitpunkt gilt, wo das behauptete Recht entstanden ist, und es ist ein nachheriger Statutenwechsel ohne Belang. Nun macht die Beklagte geltend, daß ihr Recht an der Sache schon mit der Übernahme des Frachtgutes durch ihren Unterfrachtführer in England, spätestens aber in Brüssel entstanden sei. Indessen ist von dem angegebenen Grundsatz für diejenigen Fälle eine Ausnahme zu machen, wo es sich nicht um die Bestellung eines dinglichen Rechtes durch einen zeitlich genau bestimmten Bestellungsakt handelt, sondern wo das Recht an den

dauernden Zustand des Besizes der Sache durch den Berechtigten geknüpft ist (vergl. Zitelmann, Internat. Privatrecht II, 341 f.). Das trifft beim Retentionsrecht des schweizerischen Rechtes zu. Im Augenblick, wo das Frachtgut mit dem Eintritt auf Schweizergebiet dem schweizerischen Rechte unterstellt war, trat von Gesetzes wegen, ohne zeitlich konkretisierbaren Bestellungsakt, die Rechtsfolge ein. Und zwar unterliegt dann der ganze Tatbestand, einschließlich der in England oder Belgien erfolgten Empfangnahme der Sache durch die Beklagte, der Beurteilung nach schweiz. Recht (sog. Konzentration des Tatbestandes; vergl. Zitelmann, op. cit. I, 142 f., II 331).

Ob das alte oder das neue schweiz. OR anzuwenden sei, kann dahingestellt bleiben, da sie in den streitigen Fragen materiell nicht von einander abweichen.

3. — Der Bestand des streitigen Retentionsrechtes hängt in erster Linie davon ab, ob die Beklagte Besitzvertreterin von Helfenberger & Cie. war, gegenüber denen sie retiniert. War sie es nicht, so kann auch ein Retentionsrecht an fremdem Eigentum im Sinne von aOM 227 nicht in Frage kommen. Darnach kann ein Retentionsrecht an fremder Sache nur dann entstehen, wenn der Schuldner bei der Übergabe an den Gläubiger den Besitz der Sache hatte. Aus dem Besitz kann der Gläubiger auf das Verfügungsrecht des Schuldners schließen, wenn ihm nichts Gegenteiliges bekannt ist oder bekannt sein sollte. Der Besitz von Helfenberger & Cie wäre aber ausgeschlossen, wenn die Beklagte das Frachtgut als Besitzmittlerin der Klägerin übernommen und besessen hätte. Nun besitzt der Frachtführer im Zweifel für denjenigen, der ihm den Auftrag gegeben, d. h. mit ihm den Frachtvertrag abgeschlossen hat (vergl. bundesrätl. Entw. z. ZGB Art. 961 Abs. 2). Es ist also zu untersuchen, wer in Wirklichkeit Mitkontrahent der Beklagten im Speditionsvertrage ist. Diese Frage ist nicht eine Tatfrage, wie die Klägerin behauptet, sondern eine Rechtsfrage, da es sich um Vertragsinterpretation handelt.

Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen ist zu sagen, daß die Beklagte den Nachweis rechtsgenügend erbracht hat, daß Helfenberger & Cie. Mitkontrahenten, Auftraggeber, Versender

waren, während die Klägerin bloß Drittabliefererin war, die das Frachtgut lediglich dem vom Empfänger beauftragten Frachtführer zur Expedition an den Auftraggeber auszuliefern hatte und daher für das Besitzverhältnis während des Transportes außer Betracht fällt. Daß eine solche „Empfangsexpedition“ vorliegt, ergibt sich aus dem der Beklagten am 17. März ausgestellten „Bezugschein“, aus dem Begleitschreiben des Agenten Himmely und aus der Empfangsbestätigung der Beklagten. Der Bezugschein (bon d'enlèvement) ist nicht ein Traditionspapier (vergl. BGH 13 S. 312 f.), sondern ein Legitimationspapier, eine Vollmacht des Auftraggebers an den Frachtführer zur Wegnahme des Frachtgutes bei einem Dritten. Seine Übergabe an den Spediteur war die bloße Ausführung eines diesem schon vorher generell erteilten Auftrages zur Expedition sämtlicher Güter, die ihm vom Auftraggeber auf den Bezugsscheinformularen speziell zum Bezuge bezeichnet wurden. Diese Formulare übergibt der Spediteur dem Auftraggeber zum Voraus zur Ausfüllung im einzelnen Fall. So war denn auch in casu der Bezugschein von der Beklagten als ihr vorgedrucktes Formular an Helfenberger & Cie. — die, wie festgestellt, ihre Kunden waren — zum Ausfüllen übergeben worden und kann nur auf diesem Wege durch Helfenberger & Cie. beim Kaufabschluß an den Agenten Himmely gelangt sein. Daß er von Himmely und nicht von Helfenberger & Cie. selber unterzeichnet ist, rührt offenbar davon her, daß der ablieferungspflichtigen Klägerin durch die ihr bekannte Unterschrift ihres Agenten mehr Garantie für die Richtigkeit der Legitimation geboten werden wollte. Und daß Himmely den Bezugschein der Beklagten direkt sandte und nicht zuerst an Helfenberger & Cie., erklärt sich aus dem Bestreben, Weiterungen zu vermeiden, und erfolgte auf Weisung von Helfenberger & Cie. Ob Himmely damit die Interessen seines Hauses schlecht gewahrt hat, ist nicht zu untersuchen; sein äußeres Auftreten ist hier maßgebend, nicht sein internes Auftragsverhältnis zur Klägerin. Nun geht aus dem Begleitschreiben Himmelys an die Beklagte unzweideutig hervor, daß der Bezugschein der Beklagten für Rechnung von Helfenberger & Cie. und nicht für Rechnung der Klägerin ausgehändigt wurde. Demgemäß bestätigte die Beklagte den Empfang des Bezugscheines der

Firma Helfenberger & Cie. gegenüber und zwar durchaus im Sinn einer Bestätigung und Verbankung des erteilten Frachtauftrages. Die Argumentation der Vorinstanzen, damit habe nur verdankt werden wollen, daß die Beklagte durch Helfenberger & Cie. der Klägerin empfohlen worden sei, ist mit dem Wortlaut der Empfangsbestätigung der Beklagten nicht vereinbar. Und es stimmt damit auch die Haltung der Beklagten bei der Auslieferung des Bezugscheines an die Klägerin durchaus nicht überein: Die Beklagte empfiehlt sich nicht der Klägerin zur Übernahme des Transportes, sondern sie macht die ihr von Helfenberger & Cie. erteilte Legitimation zum Bezug der Ware geltend.

Hätte die Klägerin den Expeditionsvertrag mit der Beklagten abgeschlossen, so bedurfte es der Aushändigung eines Bezugscheines an den Spediteur überhaupt nicht und es hätte eine solche Operation keinen Sinn. Der Bezugschein soll den Spediteur gegenüber einem Dritten legitimieren. Der Versender kontrahiert mit dem Spediteur meistens einfach durch Übergabe der Ware. Wenn Helfenberger & Cie. wirklich nur die Beklagte als den Spediteur ihres Vertrauens der Klägerin zum Vertragschluß empfehlen wollten, wäre dieser Zweck zweifellos auf anderem, einfacherem und geeigneterem Wege verfolgt worden. Die Beklagte hat auch sofort und bevor die Klägerin durch Übergabe des Frachtgutes in Aktion trat, durch Weiterleitung des Bezugscheines nach London den Auftrag ausgeführt, wobei sie ausdrücklich für Rechnung von Helfenberger & Cie. auftrat und nicht für Rechnung der Klägerin. Dem Frachtvertrag ist ferner die Vereinbarung einer Vergütung wesentlich. Eine stillschweigende Vereinbarung der Vergütung ist aber nur mit Helfenberger & Cie. verständlich, mit denen die Beklagte seit langem in Verkehr stand, nicht aber mit der Klägerin, auch wenn berücksichtigt wird, daß die Klägerin die Fracht, die sie der Beklagten schuldig geworden wäre, wieder auf Helfenberger & Cie. hätte abwälzen können, da die Ware auf deren Rechnung reifte. Wenn sodann die Beklagte den Weisungen der Klägerin gegenüber das Recht der Einlagerung des Frachtgutes auf ihren eigenen Namen behufs Wahrung ihres Retentionsrechtes beanspruchte, so lag darin, entgegen der Auffassung der Vorinstanzen, die Ablehnung des Verfügungsrechtes der Klägerin mit aller

mühsenswerten Deutlichkeit. Anderseits hat die Klägerin nicht behauptet, daß sie mit der Beklagten eine Vereinbarung geschlossen habe, des Inhalts, daß das Frachtgut an Helfenberger & Cie. nicht ausgeliefert werden solle, bevor die Tratte acceptiert sei. Es kann also aus der Übergabe der Tratte an die Beklagte nicht mehr abgeleitet werden, als daß diese die Tratte mit dem Konnossement an die Empfänger auszuliefern hatten, in der Meinung, daß die Empfänger dann der Klägerin das Accept einsenden sollten. Endlich ist zu sagen, daß das Retentionsrecht nach schweizerischem Recht ein selbständiges, von der Verfügung des Schuldners unabhängiges Recht des Gläubigers ist und daß es daher in casu durch die Haltung der Konkursmasse von Helfenberger & Cie. nicht beeinflusst werden konnte.

4. — Ist demnach anzunehmen, daß die Beklagte als Frachtführerin von Helfenberger & Cie. deren Besitzmittlerin war, so braucht weiter nicht untersucht zu werden, ob diese dadurch auch Eigentümer des Frachtgutes geworden sind, da für das Retentionsrecht der Beklagten darauf nichts ankommt. Freilich verlangt Art. 227 aOR, daß der Schuldner die Sachen des Dritten „als sein Eigentum“ in den Gewahrsam des Gläubigers gegeben habe. Diese Bedingung ist in der Regel nicht erfüllt, wenn der Spediteur die Ware nicht zu prüfen und für den Käufer zu genehmigen bevollmächtigt ist und der Käufer selbst nicht die Möglichkeit der Prüfung der Ware hatte, da zum Eigentumserwerbsswillen des Käufers der Wille gehört, die Ware zu behalten. Allein, es wäre eine unzutreffende reine Wortinterpretation, wenn man dem Gläubiger nur dann ein Retentionsrecht an fremder Sache gewähren wollte, wenn der Schuldner bei der Überlassung der Sache sich dem Gläubiger gegenüber als Eigentümer geriert. Art. 227 ist eine Anwendung des allgemeinen sachenrechtlichen Prinzips: „Hand wahre Hand“, wie es auch für die Veräußerung und die Verpfändung gilt. Wie die andern dinglichen Rechte, so soll auch das Retentionsrecht erworben werden, wenn der Besteller des Rechtes zu dessen Einräumung nicht berechtigt war: der gute Glaube deckt das Verfügungsrecht (vergl. die neue Fassung in ZGB 895 Abs. 3, ferner hinsichtlich der Verpfändung Art. 213 aOR und das Urteil des Bundesgerichtes vom 19. Juni 1912 i. S. Banque

populaire genevoise contre Bornet Erw. 4*, hinsichtlich der Veräußerung Hafner, Ann. 4 zu Art. 205 aOR, sowie ZGB 933, ZGB 366, ZGB 932, und Wieland, Ann. 5 zu Art. 895 ZGB). Beim Retentionsrecht muß daher gutgläubiger Erwerb an fremder Sache angenommen werden, sobald der Gläubiger nicht weiß oder nicht wissen sollte, daß der Schuldner ihm die Sache nicht überlassen darf, indem er dadurch seine Pflicht gegenüber dem Eigentümer verletzt. Hier erfolgte aber die Übergabe an den Spediteur mit Wissen und Willen des Eigentümers; dem Übergeben „als Eigentum“ im Sinne von aOR 227 steht das Übergeben mit Einwilligung des Eigentümers gleich. Würde das Gegenteil angenommen, so hätte in solchen Fällen der Spediteur für die Spesen des Transportes keinerlei Deckung.

5. — Es fragt sich weiter, ob der Klägerin nicht — unabhängig vom Eigentumserwerb der Käufer — das konkursrechtliche Verfolgungsrecht des Art. 203 SchRG zustand und ob nicht das Retentionsrecht der Beklagten vor diesem zurücktreten müsse. Das schweizerische Verfolgungsrecht (im Gegensatz zum deutschen, englischen und französischen Rechte) entfällt jedoch schon dann, wenn der Gemeinschuldner nur mittelbaren Besitz erlangt hat, während jene Gesetzgebungen das Verfolgungsrecht gewähren, bis der Gemeinschuldner den unmittelbaren Gewahrsam erworben hat. Daß das Retentionsrecht des Frachtführers gegenüber dem Verfolgungsrecht zurückzutreten habe, kann nur gestützt werden auf die bloß persönliche Natur, die dem Retentionsrecht nach ausländischen Rechten zukommt. Nach schweiz. Recht besteht es aber grundsätzlich auch Dritten gegenüber, wenn nur der Gläubiger nicht in bösem Glauben ist. Es ist also verdinglicht und verselbständigt. Daher kann es dem Gläubiger auch nicht mehr entzogen werden, wenn der Rechtservwerb durch den Schuldner infolge der Geltendmachung des Verfolgungsrechtes ex tunc rückgängig gemacht wird.

Die Klägerin hat dem Retentionsrecht der Beklagten ferner entgegengehalten, daß im Augenblick seiner Geltendmachung der Konkurs über Helfenberger & Cie. noch nicht ausgebrochen, das Not-

* Oben S. 189 ff.

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. Ver.-Kl.,
gegen Spyher, Kl. u. Ver.-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 Spyher wird der Erfüllungs Eid auferlegt, zu leisten nach der Formel:

„Ich, Gottlieb Spyher, versichere auf meine Ehre und mein Gewissen, daß ich nach meiner besten Überzeugung für wahr halte, daß, als dem Beklagten Johann Mathys für den auf 20. September 1909 fälligen Pachtzins quittiert wurde, er noch mit 2 Halbjahreszinsen 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-