

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt cantonal est confirmé.

10. Urteil der II. Zivilabteilung vom 1. März 1917

i. S. Eberle, Beklagter, gegen Hämmerli, Kläger.

Kündigung eines Schuldbriefes wegen « unpünktlicher Zinszahlung » in einem Falle, in welchem der Schuldner eine grössere, ebenfalls fällige Gegenforderung besass, jedoch die Kompensationserklärung unterlassen hat. Art. 2 ZGB als nicht anwendbar erklärt.

A. — Der Beklagte ist Inhaber eines auf den Kläger lautenden Schuldbriefes von 10,000 Fr., der folgende, hier in Betracht kommende Bestimmung enthält :

« Die Schuldsomme ist vom 1. Juli 1914 an, alljährlich » auf den ersten Juli à 4½ % (vier und einen halben Prozent) zu verzinsen und auf eine, dem Schuldner von » jetzt an schon, dem Gläubiger dagegen erst vom 1. Juli » 1919 (neunzehn) an, täglich freistehende, sechsmonatliche Kündigung hin abzubezahlen.

» Bei unpünktlicher d. h. nicht innert Monatsfrist seit » Verfall erfolglicher Zinsentrichtung erhöht sich der » Zinsfuss auf 5 % (fünf Prozent) für den betreffenden » Zins und es steht überdies dem Gläubiger das Recht zu, » das Kapital vom Verzuge an schon, täglich auf sechs » Monate zur Abzahlung zu kündigen. »

Andrerseits schuldete der Beklagte dem Kläger aus Aktienkauf 16,000 Fr., die wie folgt abzuzahlen waren :

Ende Juli 1915 Fr. 5000

Ende Oktober 1915 » 5000

Ende Dezember 1915 » 6000

Am 1. August 1915 hatte weder der Beklagte die am

31. Juli verfallenen 5000 Fr., noch der Kläger die am 1. Juli mit Zahlungsfrist bis 1. August verfallenen 450 Fr. bezahlt. Unter Berufung auf die Nichtzahlung des letztern Betrags forderte am 2. August der Rechtsagent Lude namens des Beklagten den Kläger, ausser zur Zahlung der 450 Fr., noch zur Zahlung des im Schuldbrief vorgesehenen Strafzinses von 50 Fr. auf, und gleichzeitig kündigte er ihm das Kapital auf den 2. Februar 1916. Nach Empfang dieser Kündigung und jener Aufforderung begab sich der Kläger am 3. August sofort auf das Bureau der « Chem. Industrie-Aktiengesellschaft Zürich », deren Direktor der Beklagte war. Der Kläger behauptet, dass er den Beklagten an den Schalter habe rufen lassen, und dass er ihm erklärt habe, einer Barzahlung der fälligen 450 Fr. hätte es doch gar nicht bedurft, da der Beklagte ihm, dem Kläger ja einen viel grössern, ebenfalls fälligen Betrag schulde. Der Beklagte bestreitet, dass damals von den 450 Fr. gesprochen worden sei ; wenigstens habe ihm der ihm unterstellte Buchhalter, der mit dem Kläger gesprochen habe, davon kein Wort gesagt. Persönlich habe er, der Beklagte, an jenem Tage mit dem Kläger überhaupt nicht gesprochen. Der Buchhalter hat als Zeuge erklärt, er habe den Beklagten an den Schalter gerufen, und der Kläger habe darauf mit dem Beklagten persönlich gesprochen ; aber daran, was gesprochen wurde, erinnere er (der Zeuge) sich nicht. Der Zeuge habe sodann auf Befehl des Beklagten dem Kläger den Betrag von 5000 Fr. teils in bar ausgerichtet, teils telegraphisch angewiesen, teils mit einer Schuld des Klägers für eine Obstlieferung der Chem. Industrie A.-G. verrechnet, worauf ihm der Kläger für die 5000 Fr. quittiert habe. Von einer Verrechnung der 450 Fr. sei zwischen ihm (dem Zeugen) und dem Kläger nicht die Rede gewesen. Nach der Auszahlung sei der Kläger fortgegangen. Eine halbe Stunde darauf sei er aber wiedergekommen und habe gefragt, ob er (der Zeuge) einen Brief gesehen haben, den der Kläger an den Beklagten gerichtet habe. Der Zeuge habe dies verneint

und beigelegt, einen solchen Brief hätte er (der Zeuge) « in die Hände bekommen müssen ».

Am gleichen Tage zahlte der Kläger auf dem Bureau des Rechtsagenten Lüde (das sich im gleichen Hause wie dasjenige der Chem. Industrie A.-G. befindet) die 450 Franken an eine Angestellte des Lüde. Diese wollte zuerst die 450 Fr. nicht entgegennehmen, weil der Kläger bereits zur Zahlung von 500 Fr. aufgefordert worden sei. Auf Zureden des Klägers nahm sie aber den Betrag schliesslich doch in Empfang. Der etwas aufgebrachte Kläger sagte insbesondere, er habe vom Beklagten « 5000 Fr. zugute gehabt », und zeigte dem Bureaufräulein den bezüglichen Vertrag.

Mit Zuschrift vom 4. August an Lüde protestierte der Kläger sowohl gegen die Kündigung als gegen den geforderten Strafzins, indem er sich auf ein Schreiben berief, das er am 26. Juli an den Beklagten gerichtet und in welchem er bezüglich des Betrags von 450 Fr. seinen Kompensationswillen kundgegeben habe.

B. — Durch Urteil vom 30. November 1916 hat das Obergericht des Kantons Zürich über das Rechtsbegehren :

« Ist gerichtlich festzustellen : dass die Kündigung des » Schuldbriefes von 10,000 Fr. d. d. 29. Juni 1914, haftend auf der Liegenschaft des Klägers, Scheuchzerstrasse 20 in Zürich, auf den 2. Februar 1916 unstatthaft und dieser aufzuheben sei ? »

erkannt :

« Die vom Beklagten auf den 2. Februar 1916 erlassene » Kündigung des Schuldbriefes von 10,000 Fr. d. d. » 29. Juni 1914, haftend auf der Liegenschaft Scheuchzerstrasse 20 in Zürich 6, wird als unzulässig erklärt. »

Dieses Urteil beruht auf der Erwägung, dass zwar an sich eine verspätete Zinszahlung im Sinne des Schuldbriefentors vorliege, dass aber in der Geltendmachung des dem Gläubiger unter dieser Voraussetzung eingeräumten Kündigungsrechtes nach den Verhältnissen des

konkreten Falls eine missbräuchliche Rechtsausübung im Sinne des Art. 2 Abs. 2 ZGB liege.

C. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung ergriffen, mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

Das Bundesgericht zieht
in Erwägung :

1. — Nach dem unzweideutigen Wortlaute des verliegenden Schuldbriefes war der Beklagte zur Kündigung des Kapitals von 10,000 Fr. auf einen Termin von 6 Monaten berechtigt, sobald ein Jahreszins nicht innerhalb eines Monats seit Verfall beglichen wurde. Nun ist unbestritten, dass am 1. Juli 1915 ein Jahreszins von 450 Fr. verfallen war und dass der Kläger diesen Betrag am 1. August, als die Monatsfrist ablief, nicht bezahlt hatte. Die am 2. August im Namen des Beklagten vorgenommene Kündigung war somit berechtigt, sofern nicht etwa der Kläger von einem ihm schon am 1. August zugestandenem Kompensationsrechte Gebrauch gemacht hat. Die Erklärung, verrechnen zu wollen, brauchte nach Art. 124 Abs. 2 OR nicht innerhalb der Zahlungsfrist abgegeben zu werden, sondern es genügte, dass die beiden kompensierbaren Forderungen einander am 1. August gegenüberstanden und dass der Kompensationswille zum Ausdruck gebracht wurde, bevor die eine der beiden Forderungen auf andere Weise erloschen war. Obwohl also nach der verbindlichen Feststellung der Vorinstanz der Beweis für die Behauptung des Klägers, dass er den Kompensationswillen schon am 26. Juli 1914 brieflich erklärt habe, gescheitert ist, wäre die Klage dennoch gutzuheissen, wenn der Kläger, wie er behauptet, am 3. August, nachdem er die Kündigung erhalten hatte, mündlich erklärt hätte, dass er seine Zinsschuld mit dem entsprechenden Teil der ihm gegen den Beklagten zustehenden, schon am 31. Juli fällig gewordenen Gegenforderung verrechnete. Nicht nur hat aber der Kläger den Beweis einer solchen

Erklärung nach der, wiederum verbindlichen Feststellung der Vorinstanz nicht erbracht, sondern es muss in seinem Verhalten sogar ein Verzicht auf die Verrechnung erblickt werden. Wollte der Kläger sich die Möglichkeit der Verrechnung wahren, so durfte er weder die ihm vom Beklagten geschuldeten vollen 5000 Fr. entgegennehmen, noch dem Beklagten oder dessen Stellvertreter Lüde die 450 Fr., die er dem Beklagten schuldete, in bar auszahlen; denn sobald er das eine oder das andere tat, bewirkte er die Tilgung der einen der beiden kompensierbaren Forderungen, so dass die Verrechnung unmöglich wurde. Nun hat aber der Kläger sowohl die ihm vom Beklagten geschuldeten 5000 Fr. entgegengenommen, als auch die 450 Fr., die er dem Beklagten schuldete, dem Agenten Lüde in bar ausbezahlt. Dadurch hat er nach dem Gesagten auf die Verrechnung verzichtet und anerkannt, dass er am 2. August, also nach Ablauf der im Schuldbrief festgesetzten Zahlungsfrist, den Jahreszins von 450 Fr. noch schuldig gewesen sei.

2. — Darin, dass der Beklagte aus diesem Verhalten des Klägers die nach den Bestimmungen des Schuldbriefes zulässigen Konsequenzen zieht, kann unter den Umständen des vorliegenden Falls ein offener Rechtsmissbrauch im Sinne des Art. 2 Abs. 2 ZGB nicht gefunden werden. Diese Gesetzesbestimmung bezweckt (vergl. « Praxis » II N° 40 i. f. und N° 99 i. f.) einen Schutz gegen die Urgierung des formellen Rechts in Fällen, in denen dem Geschädigten ein anderes Schutzmittel versagt war; nicht aber kann sie von demjenigen angerufen werden, der sich — wie im vorliegenden Falle der Kläger — durch sein eigenes nachlässiges oder ungeschicktes Verhalten einen Rechtsnachteil zugezogen hat.

Anders würde es sich mit der Anwendbarkeit des Art. 2 Abs. 1 ZGB verhalten, wenn nachgewiesenermassen der Kläger am 3. August 1915 die 5000 Fr. nur auf Zureden des Beklagten entgegengenommen und der Beklagte mit diesem Zureden gerade den Zweck verfolgt

hätte, den Kläger um sein Kompensationsrecht zu bringen. Alsdann würde ein ähnlicher Fall wie in BGE 38 II N° 73 vorliegen, was nach den dortigen Ausführungen zum Schutze der Klage führen könnte. Allein die Vorinstanz hat ausdrücklich erklärt, dass nicht zu ermitteln sei, ob der Kläger dem Beklagten am 3. August 1915, als er am Schalter einige Worte mit ihm sprach, überhaupt eine Andeutung über eine von ihm beabsichtigte Verrechnung machte, und ob der Kläger « nur auf das Zureden des Beklagten und dessen Ersuchen, den Zins nun an Rechtsagent Lüde zu zahlen, auf der Kompensation nicht bestand. » Nach dieser, für das Bundesgericht verbindlichen negativen Feststellung des kantonalen Richters ist der rechtsgenügende Beweis für ein Verhalten des Beklagten, das im Sinne des Art. 2 Abs. 1 ZGB gegen Treu und Glauben verstossen würde, nicht erbracht.

Die Klage muss somit abgewiesen werden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird gutgeheissen und die Klage abgewiesen.

11. Arrêt de la 1^{re} section civile du 2 mars 1917
dans la cause Pricam contre Junod.

Responsabilité à raison du fait d'autrui:
celui qui confie un travail à un entrepreneur indépendant
n'est pas responsable du dommage causé dans l'exécution
de ce travail par l'entrepreneur ou son personnel.

Junod est locataire d'une arcade de l'immeuble quai de la Poste dans lequel L. Pricam occupe des locaux en sous-sol. En octobre 1915 Junod a fait installer l'électricité par les soins d'un sieur Vigny. Celui-ci a chargé du travail un ouvrier qui par accident perça un tuyau