

73. Aus dem **Urteil vom 23. Oktober 1908** in Sachen
Moos, Bekl. u. Ber.-Kl.,
gegen **Weil und Haymann**, Kl. u. Ber.-Bekl.

Kompensation mit verjährten Forderungen. Sie ist ausgeschlossen, auch dann, wenn die zur Kompensation verstellte Forderung zur Zeit der Kompensabilität noch nicht verjährt war. Art. 138 OR.

Tatbestand:

Die Parteien, Moos einerseits, Weil und Gebr. Haymann andererseits, unternahmen in den Jahren 1892—1895 auf gemeinsame Rechnung, in sogenannter Rippe, sechszehn Liegenschaftsspekulationen. In den Jahren 1895, 1896 und 1899 rechnete der Beklagte Moos über jedes einzelne der Geschäfte ab und die Gebrüder Haymann fertigten später auf dieser Grundlage eine Abrechnung an. In der Folge — im Dezember 1905 — leitete Weil gegen Josef und Heinrich Haymann sowie gegen Moos, und Josef und Heinrich Haymann gegen Moos Klage auf gegenseitige Abrechnung ein. Der Forderung von Josef und Heinrich Haymann will nun der Beklagte Moos eine Forderung von 400 Fr. zur Verrechnung gegenüberstellen, mit der es folgende Bewandnis hat: Der Beklagte Moos macht geltend, es habe sich aus einem gemeinsam mit dem Kläger Heinrich Haymann ausgeführten Spekulationsgeschäft über 50 Kreditanstaltaktien ein Verlust von 800 Fr. ergeben, den er am 28. Februar 1894 gedeckt habe; der Kläger Heinrich Haymann sei an diesem Verlust zur Hälfte beteiligt. Die Kläger Josef und Heinrich Haymann haben dieser Forderung gegenüber u. a. die Verjährungseinrede erhoben, und beide kantonalen Instanzen haben sie geschützt und die Forderung, weil verjährt, nicht zur Kompensation zugelassen.

Hiegegen hat der Beklagte Moos die Berufung ergriffen. Das Bundesgericht hat sie abgewiesen mit der Begründung:

(4.) Es steht fest, daß die Forderungen des Josef und Heinrich Haymann an den Beklagten bestanden und fällig waren zur Zeit, als die angebliche Gegenforderung des Beklagten Moos bestand und fällig war; ferner, daß die Forderung zur Zeit der Geltend-

machung der Kompensation im Prozesse, in der Klagebeantwortung vom 21. Juni 1906, verjährt war. Die zu entscheidende Rechtsfrage ist danach die: ob auch mit einer verjährten Forderung kompensiert werden könne, falls die zur Kompensation verstellte Forderung zur Zeit der Kompensabilität noch nicht verjährt war. Diese Frage, die in der Doktrin und Praxis des gemeinen Rechts zu den bekanntesten Kontroversen gehörte und im deutschen BGB, § 390, eine ausdrückliche Lösung im Sinne der Bejahung gefunden hat (als Ausnahme von dem allgemeinen Rechtsatz, daß eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, nicht aufgerechnet werden könne), wird für das Gebiet des OR bejaht von Hafner, Komm. 2. Auflage Anm. 2 zu Art. 138 (S. 54) und einem Urteil der Genfer Cour de Justice civile vom 21. April 1900, in Sem. jud. 22 (1900) S. 378 ff.; dagegen verneint von Janggen, Kompensation nach OR, S. 115; Kossel, Manuel, 1. Auflage, S. 184, und vom Obergericht des Kantons Zürich in den von der Vorinstanz angeführten Entscheidungen, HC 12 S. 162 f. und Mpr. 3 Nr. 95. Diese zweite Ansicht ist auf Grund der positiven Regelung, die die Kompensation im OR gefunden hat, als die richtige anzuerkennen. Danach tritt die Kompensation erst ein mit der Erklärung des Kompensationswillens, die außergerichtlich oder im Prozesse stattfinden kann. Diese Erklärung hat allerdings die Wirkung, daß die Verrechnung und die daraus sich ergebende Tilgung der Forderungen zurückbezogen wird auf den Zeitpunkt, in dem sich Forderung und Gegenforderung als zur Verrechnung geeignet gegenüberstanden (Art. 138 Satz 2 OR), und insofern nähert sich das Gesetz der ipso-jure = Wirkung der Kompensation. Allein damit diese Wirkung ex tunc eintrete, ist oberstes Erfordernis stets die Erklärung des Kompensationswillens, und damit dieser gültig erklärt werden könne, muß eine kompensable Gegenforderung im Momente der Erklärung bestehen; kompensabel ist aber eine Forderung nur, soweit sie nicht erloschen und klagbar ist. Da nun aber die Verjährung einer Forderung einen Erlösungsgrund bildet, kann die verjäherte Forderung nicht kompensabel sein. Zum Ausschlusse dieser aus dem System des OR sich ergebenden Folge bedürfte es eines ausdrücklichen Ausnahmerechtsatzes, wie das deutsche BGB ihn auf-

gestellt hat. Aus Art. 138 Satz 2 OR folgt die Unverjährbarkeit der Kompensabilität keinesfalls; es bedeutet eine *petitio principii*, sie darin zu finden; denn bevor aus der *ipso-jure*-Wirkung der Kompensationserklärung die Konsequenz hergeleitet werden kann, daß danach die Verjährung für die Kompensationserklärung und damit auch für eine kompensable Gegenforderung nicht laufe, ist eben zu prüfen, ob überhaupt die Kompensationserklärung noch mit der gedachten *ipso-jure*-Wirkung abgegeben werden könne. Das ist aber mit einer verjährten Forderung nicht der Fall. Denn davon, daß eine an sich kompensable Gegenforderung unverjährbar sei — und das wäre die Konsequenz der gegenteiligen Ansicht — kann keine Rede sein; das hieße, entgegen dem Gesetz, die Wirkung der Kompensation schon an die Kompensabilität, nicht an die Erklärung des Kompensationswillens, knüpfen, und dem steht eben die gesetzliche Regelung entgegen. Die Motive zum deutschen BGB können um deswillen nicht zur Begründung der gegenteiligen Ansicht herangezogen werden, weil sie sich wesentlich mit der Regelung *de lege ferenda* beschäftigen und nicht die positive Regelung im *OR* zum Gegenstande haben. Auch wenn sodann Gründe der Billigkeit für die Zulassung der Kompensation sprechen sollten (wie namentlich das zitierte Genfer Urteil geltend macht), so ist auf der andern Seite zu bemerken, daß es dem Schuldner, der Gläubiger mit einer Gegenforderung ist, jederzeit freisteht, den Kompensationswillen zu erklären, und daß die Nichtzulassung verjährter Forderungen zur Kompensation sich im Interesse der raschern und sichern Abwicklung der Rechtsgeschäfte vollauf rechtfertigt. Das Institut der Verjährung beruht ja wesentlich mit auf dem Gedanken der Beweisschwierigkeit für weit zurückliegende Ansprüche; dieses Moment trifft auch bei der Kompensation zu, da auch bestrittene Forderungen kompensabel sind. Die Berufung des Beklagten Moos erscheint danach als unbegründet.

74. Urteil vom 23. Oktober 1908 in Sachen
Oelkers, Kl. u. Ver.=Kl., gegen **Schuppisser**, Bekl. u. Ver.=Bekl.

Art. 50 und 62 OR. Schadenersatzpflicht aus Unterlassung. (*Verletzung eines Kindes an einer Obstmühle, die sich in der Tenne des Eigentümers befindet.*)

A. Durch Urteil vom 13. Mai 1908 hat die I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich über die Streitfrage:

Ist der Beklagte schuldig, dem Kläger 6000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit dem 24. November 1907 zu bezahlen?

erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

B. Der Kläger hat gegen dieses Urteil rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit der er seinen Klageantrag wieder aufnimmt.

In der heutigen Verhandlung hat der Prozeßbevollmächtigte des Klägers seinen Berufungsantrag wiederholt und eventuell Gutheißung der Klage in einem reduzierten Betrage, weiter eventuell Rückweisung zur Ausmittlung des Quantitativen des Schadens beantragt.

Der Vertreter des Beklagten hat auf Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Beklagte ist Eigentümer einer Sägerei in Niederglatt, welche durch ein Wasserwerk in Betrieb gesetzt wird. Unmittelbar neben dem Raum, wo die Sägerei steht, befindet sich eine Tenne, in welcher der Beklagte eine Obstmühle untergebracht hat, die vermittelt einer Transmission mit dem nämlichen Wasserwerk, welches die Säge betreibt, in Verbindung gebracht werden kann. Diese Obstmühle wird vom Beklagten nicht ausschließlich für eigene Zwecke benutzt, sondern von ihm gegen bestimmte Vergütung auch Dritten zur Benutzung überlassen. Südlich dieser Lokalitäten, in einer Entfernung von höchstens 50 M., ist die Wohnung, welche der Vater des Klägers, der in der seinem Wohnhause