

den die Klägerin dadurch erlitten hat, dass jener sie nicht schon Ende Juli veranlasste, gegen Waldvogel auf Rückzahlung des durch die Fälschung Erlangten vorzugehen.

Die Vorinstanz führt hierüber aus: Für die Annahme, dass Waldvogel damals noch den ganzen Betrag hätte decken können, fehle es an Anhaltspunkten und es sei auch nicht anzunehmen, dass sein Schwiegervater, Steingegger, eingesprungen wäre. Immerhin habe Waldvogel noch im Juli 1912 erhebliche Zahlungen gemacht und auch damals noch ein unbelastetes Grundstück im Werte von 25,000 Fr. besessen. Andererseits aber hätte er offenbar die Klägerin auf ihre Strafküldgedrohungen hin vorerst mit Abschlagszahlungen zu beschwichtigen versucht und seine späteren Versprechungen dann nicht mehr halten können und es sei auch das äusserst geringe Ergebnis des Konkurses zu berücksichtigen. In Erwägung aller Umstände komme man auf einen Betrag von 5000 Fr.

Gegen diese Würdigung, die wesentlich tatsächlicher Natur ist, lässt sich vom bundesrechtlichen Standpunkte aus nichts einwenden. Eine abweichende Festsetzung der Schadenssumme rechtfertigt sich um so weniger, als bei der Bemessung des Schadens neben positiven tatsächlichen Momenten auch die rein hypothetische Erwägung mit in Betracht fällt, wie sich die Verhältnisse bei frühem Eingreifen der Klägerin gestaltet hätten. Zu Unrecht hat der Beklagte im besondern noch die vorinstanzliche Feststellung betreffend den hypothekensfreien Grundbesitz Waldvogels als aktenwidrig angefochten. Durch den Inhalt der Akten wird diese Feststellung nicht widerlegt. Zudem scheint die Vorinstanz auf diesen Punkt kein erhebliches Gewicht zu legen, sondern wesentlich ist ihr offenbar die Tatsache, dass Waldvogel damals noch grössere Zahlungen zu leisten vermochte. In Hinsicht auf diese Tatsache allein schon darf ihre Annahme, die Klägerin hätte von Waldvogel

noch 5000 Fr. erhältlich machen können, als den Verhältnissen entsprechend gelten.

6. — (Betreffend die Widerklage)

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufungen beider Parteien werden abgewiesen und das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons St. Gallen vom 4. Februar 1915 wird bestätigt.

46. Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. Mai 1915

i. S. Costa, Beklagter,
gegen Cardoner, Kläger.

Wirtschaftsmiete. I. Erlöschungsgründe: a) Obrigkeitlich verfügte Schliessung der Wirtschaft? Verschulden des Mieters, Art. 279 aOR. b) Parteivereinbarung, Zustandekommen? Umfang der Rechtskraft eines früheren Urteiles über eine Mietzinsrate. — II. Nebenabrede über Bezug der Weinernte des Vermieters durch den Mieter: Ordnung in der Erfüllung, Gültigkeit, Wegfall? Keine Herabsetzung der im Vertrag für den Fall des Nichtbezuges vorgesehenen Entschädigung.

A. — Durch Urteil vom 9. Dezember 1914 hat die II. Zivilkammer des Appellationshofes des Kantons Bern über die Klagebegehren:

« 1. Der Beklagte sei schuldig und zu verurteilen, dem Kläger an Mietzins zu bezahlen: 4474 Fr. 50 Cts., nebst Verzugszins à 5 % von 2250 Fr. seit 1. August 1911, und von 2224 Fr. 50 Cts. seit 1. November 1911;

2. Der Beklagte sei schuldig und zu verurteilen, dem Kläger als vertragsmässige Entschädigung für Nichtbezug seiner Weinernte von 1910 Fr. 500 zu bezahlen, samt Verzugszins à 5 % seit 30. Juni 1911;

3.

4.

5. Der Kläger sei berechtigt zu erklären, für die ihm auf Grund obiger Rechtsbegehren 1 bis 4 zukommenden Beträge samt Zinsen und Kosten auf das Depot zu greifen, das *ad hoc* bei der Spar- und Leihkasse in Bern aus Mitteln des Beklagten angelegt worden ist ; »

erkannt :

« 1. Dem Kläger ist das erste Klagsbegehren zugesprochen für einen Betrag von 3544 Fr. 50 Cts. nebst Zins davon à 5% von 2250 Fr. seit 1. August 1911 und vom Rest seit 1. November 1911 ; soweit dieses Begehren weitergeht, ist der Kläger damit abgewiesen.

2. Der Beklagte ist mit seiner dilatorischen Einrede gegen Rechtsbegehren 2 abgewiesen.

3. Dem Kläger ist das zweite Rechtsbegehren der Klage zugesprochen.

4.

5.

6. Dem Kläger ist sein fünftes Klagsbegehren zugesprochen »

B. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht erklärt und beantragt :

« 1. Das erste Klagsbegehren des Klägers sei im ganzen Umfange, nicht nur teilweise, abzuweisen.

2. Die dilatorische Einrede des Beklagten gegen das Klagsbegehren 2 sei zuzusprechen.

3. Eventuell sei das zweite Rechtsbegehren der Klage abzuweisen.

4. Demgemäss sei auch das fünfte Klagsbegehren abzuweisen. »

Das Bundesgericht zieht

in Erwägung :

1. — Am 18. August 1908 schlossen die Parteien einen Mietvertrag ab, wonach Cardoner dem Costa sein Haus am Waisenhausplatz 9/Waaghausgasse 10 in Bern, bestehend namentlich in den Wirtschaftslokalitäten im

Erdgeschoss und dem grossen Keller, vermietete. Der Mietzins betrug 9000 Fr. per Jahr, vierteljährlich am 1. August, 1. November, 1. Februar und 1. Mai mit je 2250 Fr. zahlbar ; die Mietdauer war bestimmt bis 30. April 1912. Die Wirtschaft, die dort betrieben wurde, « Café Barcelona, » « Bodega espagnole, » « Spanische Weinhandlung » sollte nach ausdrücklicher Mietvorschrift von Costa weiterbetrieben werden und eine Schliessung nur gestattet sein « infolge höherer Gewalt. » Artikel 17 des Vertrags bestimmte : « Herr Costa geht die Verpflichtung ein, so lange dieser Mietvertrag dauert, dem Herrn Cardoner seine jährliche Rotweinernte von 120 bis 140 Hektoliter, herrührend aus der Besitzung der Erben des J. Cardoner y Camps in St. Clemente Sasebas (Gerona, Spanien), abzukaufen unter folgenden Bedingungen :

a) Der Kaufpreis wird jeweilen vor dem 1. Januar jedes Jahres zwischen den Parteien festgesetzt.

b) Die Versendung hat ab Station des Abgangsortes vor dem 1. Mai jedes Jahres zu erfolgen.

c) Sollten die Parteien über den Kaufpreis sich nicht einigen können, so dass aus diesem Grunde die Weinlieferung nicht stattfindet, oder wenn aus andern Gründen Herr Costa auf die Weinlieferung verzichten sollte, welcher Verzicht dem Herrn Cardoner jeweilen vor dem 1. Januar anzuzeigen ist, so ist er zur Bezahlung einer jährlichen Entschädigung von 500 Fr. verpflichtet ; die Bezahlung dieser Summe durch Herrn Costa hat bis längstens den 30. Juni des gleichen Jahres zu geschehen. »

Im Jahre 1910 liefen Klagen über den Wirtschaftsbetrieb ein. Infolgedessen ordnete der Regierungsrat des Kantons Bern mit Beschluss vom 13. Juli 1910 die Schliessung der Wirtschaft auf 30. September 1910 an ; auf ein Wiedererwägungsgesuch des Costa verlängerte er die Frist durch Beschluss vom 20. September 1910 auf Ende Dezember 1910. In der Folge verlangte Cardoner Uebertragung des Wirtschaftspatentes an ihn ;

er wurde aber mit diesem Begehren abgewiesen, endgültig durch Beschluss des Bundesrates vom 16. Mai 1911.

Costa bezahlte den Mietzins bis 1. Februar 1911, blieb dagegen mit dem am 1. Mai 1911 fälligen Zins im Rückstand. Cardoner betrieb ihn; Costa bezahlte einen Teil; die restanzlichen 1250 Fr. aber klagte Cardoner ein. Die Klage wurde durch Urteil des bern. Appellationshofes vom 21. Januar 1913 gutgeheissen. Der Mieter Costa blieb bis Mai 1911 im Hause des Cardoner. In diesem Monat waren die Parteien übereingekommen, dass — unbeschadet der Beantwortung der Streitfrage, ob der Mietvertrag mit Costa fortduere — die Mietsache vom Vermieter Cardoner möglichst anderweitig vermietet werden solle, in der Meinung, dass der Mietertrag eventuell dem Costa an seiner Mietschuld anzurechnen sei. Cardoner hat zugestandenermassen auf 1. Februar 1912 einen neuen ständigen Mieter gefunden. Inzwischen hatte er gegen Costa die vorliegende Klage eingereicht, die von der Vorinstanz in dem *sub A* hievor angegebenen Umfange geschützt wurde.

2. — Streitig sind nach Gestaltung der Parteienträge vor Bundesgericht noch das erste Rechtsbegehren der Klage in dem von der Vorinstanz zugesprochenen Betrage von 3544 Fr. 50 Cts. nebst Zins, das zweite und das fünfte Klagebegehren; nicht mehr Streitig sind dagegen das dritte und das vierte Klagebegehren.

3. — Mit Rechtsbegehren 1 fordert der Kläger vom Beklagten den am 1. August und 1. November 1911 verfallenen Mietzins, abzüglich der anderweitigen Erträge der Liegenschaft. Der Beklagte erhebt dieser Forderung gegenüber zwei Einreden:

a) Der Mietvertrag sei durch die obrigkeitlich verfügte Schliessung der Wirtschaft auf 1. Januar 1911 erloschen;

b) er sei jedenfalls durch Parteivereinbarung auf 1. Mai 1911 aufgehoben worden.

Ad a) Der bernische Appellationshof hat diese Frage

schon im frühern Urteile vom 21. Januar 1913 verneint; er hält an seiner damals entwickelten Auffassung fest, wobei er bemerkt, dass von eigentlicher *res judicata* freilich nicht gesprochen werden könne. Es fragt sich in erster Linie, ob das frühere Urteil des Appellationshofes über die Frage der Fortdauer des Mietvertrages Rechtskraft geschaffen habe. Das ist mit dem angefochtenen Urteil an Hand der Stellungnahme des Bundesgerichts zu den Theorien über Rechtskraft zu verneinen. Denn nach dem bundesgerichtlichen Standpunkt geht in Rechtskraft über nur der Entscheid des Richters über den in Klage, Antwort und Widerklage ins Recht gesetzten Anspruch, nicht aber die Entscheidungsgründe, auch nicht soweit sie notwendige Elemente der Entscheidung selbst, des Dispositivs, sind. Vergl. BGE 30 II S. 306 und 459. Diese Praxis wird von HEUSLER in Zeitschr. f. schw. Recht. N. F. 34 S. 113 ff. kritisiert. Allein es besteht kein Anlass, jetzt von ihr abzugehen. Gerade der vorliegende Fall zeigt, dass der freien Ueberprüfung des Bundesgerichts ein wichtiger Teil des jetzigen Prozesses entzogen wäre, wenn das frühere (nicht mit Berufung angefochtene und nicht anfechtbare) Urteil des Appellationshofes Rechtskraft für den heutigen Prozess geschaffen hätte. Damals war rechtskräftig nur über eine Mietzinsrate entschieden worden, ein weiteres Begehren auf Anerkennung des Fortbestandes der Miete oder ein Gegenbegehren auf Feststellung der Auflösung war nicht gestellt worden. Also sind diese Fragen heute selbständig zu prüfen, wie denn auch von keiner der Parteien, insbesondere nicht vom Kläger, auf Rechtskraft abgestellt worden ist.

Danach ist zu untersuchen, ob der Mietvertrag erloschen sei, weil der Beklagte Costa die Wirtschaft nicht mehr betreiben durfte, somit das Mietobjekt nicht mehr zu dem Zweck benutzt werden konnte, zu dem es unbestrittenermassen vermietet war. Für die Verneinung dieser Frage fällt der Umstand entscheidend ins Ge-

wicht, dass die Schliessung der Wirtschaft im wesentlichen auf ein Verschulden des Beklagten Costa zurückzuführen ist, wie sich aus den Beschlüssen des Regierungsrates vom 13. Juli und 20. September 1910 deutlich ergibt; die Schliessung wurde deshalb angeordnet, weil «die gehörige Beaufsichtigung und die gute Führung» der Wirtschaft zu wünschen übrig liessen und infolgedessen ihr Weiterbestand als mit dem öffentlichen Wohle nicht verträglich erschien. Allerdings hätte der Regierungsrat die Schliessung wohl auch sonst nach Ablauf der Patentdauer verfügt, und er hat auch den Bedürfnisartikel für die spätere Verweigerung des Patentes an den Kläger herangezogen. Allein das schliesst nicht aus, dass eben doch die Schliessung gegenüber dem Beklagten wesentlich aus einem in der Person dieses selbst liegenden Grunde erfolgt ist. Alsdann aber kann er sich nicht auf die Unmöglichkeit der Erfüllung seitens des Klägers als Grund für seine Nichterfüllung berufen, und ebensowenig das Dahinfallen des Vertrages geltend machen. Vergl. Art. 279 aOR. Danach bleibt der Mieter, der wegen einer Verschuldung oder wegen eines in seiner Person eingetretenen Zufalles von der gemieteten Sache keinen oder nur einen beschränkten Gebrauch machen kann, zur Entrichtung der vollen Gegenleistung verbunden, sofern der Vermieter die vermietete Sache zu dem vertragsmässigen Gebrauche des Mieters bereit gehalten hat. Das trifft hier zu: ohne das Dazwischentreten der Behörde hätte der Kläger den Beklagten ohne weiteres im Mietbesitz zum Betriebe der Wirtschaft belassen; das Dazwischentreten der Behörde aber hat nicht er zu vertreten. Die von der Vorinstanz herangezogene Lehre von der Voraussetzung kann danach gänzlich unerörtert bleiben.

Dass sodann der Kläger selber zu erkennen gegeben habe, er betrachte den Mietvertrag als auf 1. Januar 1911 aufgehoben, dadurch dass er auf jenen Zeitpunkt einen neuen Mieter gesucht und sich um Auswirkung des Pa-

tes auf seinen eigenen Namen bemüht habe, kann nicht angenommen werden. Der Beklagte hat ja auch selbst noch am 1. Februar 1911 den damals fälligen Mietzins ohne Vorbehalt bezahlt. Er kann sich also nicht auf eine Aufhebung des Vertrages schon auf 1. Januar 1911 berufen. Damit ist endlich auch die *exceptio doli*, die der Berufungskläger erhoben hat, widerlegt.

Ad b) Es fragt sich hier, ob der Mietvertrag nicht durch Parteivereinbarung auf 1. Mai 1911 aufgehoben worden sei. Nun hatte der Kläger zwar mit Brief vom 31. März 1911 dem Beklagten den «Vergleichsvorschlag» gemacht, den Mietvertrag ohne Entschädigung auf den 1. Mai 1911 aufzulösen. Die Antwort des Beklagten, die erst am 21. April 1911 erfolgte, enthielt aber gewisse Bedingungen und stellte sich ihrerseits als Offerte dar. Das Schicksal dieser Offerte war dann eine Ablehnung durch den Kläger und eine Gegenofferte zur Auflösung des Vertrages auf 1. Juli 1911. Hieraus folgt ohne weiteres, dass eine Parteivereinbarung in dem vom Beklagten behaupteten Sinne nicht zustande gekommen ist. Beide Einreden des Berufungsklägers gehen somit fehl und das angefochtene Urteil ist hinsichtlich des ersten Klagebegehrens zu bestätigen.

4. — Das Klagebegehren 2 geht auf Bezahlung einer Entschädigung von 500 Fr. durch den Beklagten wegen Nichtbezuges der Weinernte des Klägers pro 1910; es stützt sich auf Art. 17 des Vertrages. Diese Bestimmung stellt sich rechtlich als eine Nebenabrede des Mietvertrages dar, nicht als eine besondere, andere, rechtliche Verpflichtung (Vorvertrag zu einem Kaufvertrag). Sie würde also mit dem Hinfall des Mietvertrages ihrerseits dahinfallen.

Der Beklagte erhebt gegenüber diesem Begehren einmal eine *dilatorische* Einrede: die Einrede, der Kläger habe den Vertrag nicht erfüllt und könne daher nicht seinerseits Erfüllung verlangen (Art. 95 aOR). Allein diese Einrede ist nach dem klaren Wortlaut des

Vertrages unbegründet. Hienach hatte eine Einigung der Parteien über den Kaufpreis und eine allfällige Verzichtserklärung des Beklagten vor dem 1. Januar 1911 zu erfolgen. Folge des Nichtbezuges ist eine Entschädigung von 500 Fr. Es ist also keine Rede von einer vorherigen Erfüllung durch den Kläger oder auch nur von einer Erfüllungsbereitschaft seinerseits. Es war auch nicht nötig, dass der Kläger den Beklagten vor dem 1. Januar irgendwie mahnte; an Stelle der Bezugspflicht trat mit dem 1. Januar 1911 ohne weiteres die Schadenersatzpflicht.

Sodann bestreitet der Beklagte die Gültigkeit der Verpflichtung; er betrachtet sie als unsittlich. Die Vorinstanz geht über diesen Einwand etwas knapp hinweg (es sei nicht einzusehen, weshalb die fragliche Klausel im Sinne von Art. 17 aOR unsittlich sein sollte). Doch kann der Einwand in der Tat nicht als stichhaltig anerkannt werden. In Verbindung mit dem Mietvertrag um die « Spanische Weinhandlung » erscheint die Verpflichtung des Mieters zur Abnahme der Weinernte des Vermieters in Spanien als etwas natürliches. Es kann darin eine übermässige wirtschaftliche Bindung des Beklagten nicht erblickt werden; auch ist der Beklagte durch die Bestimmung über Preiseinigung nicht « völlig der Willkür des Klägers ausgeliefert. »

Dagegen kann sich in diesem Zusammenhange fragen, ob die gedachte Bestimmung nicht dahinfiel, nachdem feststand, dass der Wirtschaftsbetrieb nicht mehr fortgeführt werden konnte. Denn die Weinbezugspflicht stand im engsten Zusammenhange mit dem Weinhandel und dem Wirtschaftsbetrieb. Wäre nur letzterer das Gewerbe des Beklagten gewesen, so könnte die Entscheidung zweifelhaft sein. Nun steht aber fest, dass der Beklagte den Weinhandel nach dem 1. Januar 1911 weiter betreiben konnte, sodass von einer unbilligen Belastung seinerseits nicht die Rede sein kann.

Fragen könnte sich endlich, ob sich nicht eine

Herabsetzung der Entschädigung von 500 Fr. rechtfertigen würde. Die Vorinstanz lehnt eine solche ab, mit der Begründung, es handle sich nicht um eine Konventionalstrafe im Sinne von aOR 179 ff., sondern einfach um ein Erfüllungssurrogat. Das kann dahingestellt bleiben. Denn jedenfalls liegen genügende Anhaltspunkte für eine Herabsetzung nicht vor.

5. — Das fünfte Klagebegehren ist lediglich eine Folge der anderen und daher ohne weiteres zuzusprechen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der II. Zivilkammer des Appellationshofes des Kantons Bern vom 9. Dezember 1914 bestätigt.

47. Urteil der II. Zivilabteilung vom 16. Juni 1915
i. S. Lichtensteiger gegen Jucker.

Ungültigkeit einer Zession mangels Annahme durch den angeblichen Zessionar. Angebliche Annahme durch den Zedenten oder dessen Vertreter, der dabei zugleich als *negotiorum gestor* des Zessionars gehandelt hätte.

A. — Im Konkurse des Ad. Meyer-Spörri in Basel ist der Klägerin eine Forderung von über 34,000 Fr. gegen einen H. Wegmann in London im Sinne des Art. 260 SchKG abgetreten worden. Am 6. Juni 1913 erwirkte sie für einen Teilbetrag dieser Forderung einen Arrest auf ein Guthaben Wegmanns beim Gas- und Wasserwerk Basel im Betrage von angeblich 110,000 Fr. Dieser Arrest fiel jedoch am 31. Juli dahin, weil die Klägerin die ihr auferlegte Arrestkaution nicht leisten konnte. Am 4. August wurde ihr ein neuer Arrest bewilligt, wobei jenes Guthaben von angeblich 110,000 Fr. nur noch bis zum Betrage von nominell 6500 Fr., bzw. faktisch (nach