

den Art. 502 und 503 OR um ausgesprochene Schutzbestimmungen für den Bürgen handelt. Der Kläger hat sich aber bei Empfang der Zuschrift vom 1. September 1925 keineswegs bemüssigt gefühlt, den Rechtsweg gegen den Hauptschuldner zu beschreiten, obschon dessen finanzielle Lage sich zusehends verschlimmerte, und jegliche Vorkehren unterlassen, die geeignet gewesen wären, die Interessen der Bürgen zu wahren. Deshalb müssen die Beklagten, trotzdem ihre Aufforderung an den Kläger der gesetzlichen Vorschrift nicht vollständig entsprochen haben mag, als im Sinne des Art. 503 Abs. 3 OR von der Bürgschaft befreit angesehen werden.

55. Urteil der I. Zivilabteilung vom 26. Juni 1928 i. S. Hinnen und Genossen gegen Jäger.

Schadenersatz aus unerlaubter Handlung. Form der Entschädigung: Kapitalabfindung oder Rente? Kriterien für die Entscheidung, Rücksichtnahme auf die besonderen Umstände (Erw. 2).

Klage der Witwe des Getöteten wegen Verlustes des Versorgers. Art und Weise der Berücksichtigung der Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit einer Wiederverheiratung: *in casu* Kapitalabfindung mit angemessenem Abzug am Rentenskapital (Erw. 3).

Berechtigung eines Abzuges wegen der Vorteile der Kapitalabfindung (Erw. 4).

A. — Der Beklagte Hinnen, Chauffeur bei der Firma Brozincevic & C^{te} in Wetzikon, hat am 16. September 1926 dadurch den Tod des 35-jährigen Polizeimannes Jäger verschuldet, dass er auf der Gessnerbrücke in Zürich einem Fuhrwerk vorfuhr und nachher, statt nach rechts auszuweichen, mit seinem Automobil, dessen Bremsen sich zudem nicht in gutem Zustand befanden, auf der linken Strassenseite verblieb.

B. — Die (im Jahre 1898 geborene) Witwe Caroline Jäger-Sternegg und ihre 1½-jährige Tochter Gertrud

haben darauf sowohl Hinnen, der wegen fahrlässiger Tötung zu 2 Monaten Gefängnis verurteilt worden war, als die Firma Brozincevic & C^{te}, und den Teilhaber Brozincevic persönlich auf Zahlung einer Entschädigung von 60,000 Fr. belangt.

C. — Das Bezirksgericht Zürich hat unterm 17. November 1927 Hinnen und die Firma Brozincevic & C^{te} solidarisch zur Zahlung der effektiven Auslagen von 1719 Fr. 90 Cts., einer kapitalisierten Rentenentschädigung von 27,754 Fr. 70 Cts. für Verlust des Versorgers, sowie einer Genugtuungssumme von je 2000 Fr. an beide Klägerinnen verurteilt (unter Abzug bereits bezahlter Beträge).

D. — Auf Appellation beider Parteien hat das zürcherische Obergericht, in teilweiser Abänderung des bezirksgerichtlichen Urteils, unterm 28. Januar 1928 erkannt:

« Die Beklagten Hinnen und Brozincevic & C^{te} sind verpflichtet, zu bezahlen:

2. an die Klägerin Nr. 1 (Witwe Jäger) 28,468 Fr. nebst Zins zu 5% seit 2. Oktober 1926. »

Das Obergericht hat angenommen, Jäger habe ein Jahreseinkommen von rund 7400 Fr. gehabt; davon seien 50% der Familie zugekommen, nämlich $\frac{2}{6}$ zu Gunsten der Ehefrau und $\frac{1}{6}$ zu Gunsten des Kindes verwendet worden. Für letzteres sei die Zusprennung einer Rente angemessen, nicht aber für die Witwe Jäger. Von dem für diese nach der Piccardschen Tabelle Nr. 5 (Verzinsung zu 4½%) ermittelten Rentenskapital von 38,149 Fr. hat das Obergericht 20% wegen Möglichkeit der Wiederverheiratung der Witwe und 10% wegen der Vorteile der Kapitalabfindung abgezogen, was eine Entschädigung von 27,468 Fr., zuzüglich 1000 Fr. noch nicht bezahlte Hälfte der Genugtuungssumme von 2000 Fr., = 28,468 Fr. ergibt.

E. — Gegen dieses Urteil haben Hinnen und die Firma Brozincevic & C^{te} die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag, es sei der Klägerin Nr. 1 eine

jährliche Rente von 2466 Fr. 65 Cts. zuzusprechen, zahlbar in vierteljährlichen Raten von je 616 Fr. 65 Cts. postnumerando je per 2. Januar, 2. April, 2 Juli und 2. Oktober, gerechnet vom 2. Oktober 1926 an, nebst 5% Zins auf den bereits verfallenen Raten, und laufend bis zum 2. Oktober 1956 resp. bis zum früher eintretenden Tod der Klägerin Nr. 1. Diese Rentenverpflichtung sei durch Hinterlegung mündelsicherer Wertpapiere im Kurswerte von 38,257 Fr. 75 Cts. sicherzustellen. Im Falle der Wiederverheiratung der Klägerin Nr. 1 haben die Beklagten ihr noch eine Abfindungssumme von 7400 Fr. gleich dem dreifachen Betrag einer Jahresrente zu leisten, wogegen die Pflicht zur Rentenzahlung vom Tage der Wiederverheiratung an wegfalle.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — (Streitwert.)

2. — In der Sache selbst ist davon auszugehen, dass nach Art. 43 OR die Art des Ersatzes für den erlittenen Schaden in Würdigung der Umstände vom Richter zu bestimmen ist. Dieser hat, wenn über die Form der Entschädigung Streit besteht, zu erwägen, welche — Rente oder Kapitalabfindung — nach den konkreten Verumständungen und den Bedürfnissen des Anspruchsberechtigten am besten geeignet sein dürfte, die Ersatzfunktion zu erfüllen, die darin besteht, nach Möglichkeit denjenigen wirtschaftlichen Zustand wiederherzustellen, der vor dem schadenstiftenden Ereignis vorhanden war. Von diesem Gesichtspunkt aus mag die Entrichtung einer für kleine Zeitabschnitte zum voraus zahlbaren Rente insofern als die zweckentsprechendere Lösung erscheinen, als sie die Entschädigungsleistung auf die ganze Dauer der entgangenen Versorgung verteilt. Doch birgt diese Lösung naturgemäss je nach der finanziellen Leistungsfähigkeit des Ersatzpflichtigen eine erhebliche Gefahr in sich, und kommt es auch sonst dafür, ob sie der Sachlage besser angepasst sei als eine Kapitalab-

findung, auf die besonderen Umstände an. Im vorwürfigen Falle fällt freilich das Bedenken mangelnder Sicherheit ausser Betracht, da anzunehmen ist, dass das Angebot der Sicherstellung der Rentenverpflichtung durch Hinterlegung mündelsicherer Wertpapiere im Kurswerte von 38,257 Fr. 75 Cts. seitens der Unfall-Versicherungs-Gesellschaft « Zürich » der Vorschrift des Art. 43 Abs. 2 OR Genüge leiste.

3. — Ein besonderes Gesicht erhält die Frage der zu wählenden Entschädigungsform dann, wenn als Klägerin wegen Verlustes des Versorgers dessen Witwe auftritt und, wie hier, eine Wiederverheiratung als möglich oder sogar als wahrscheinlich erscheint. Es fragt sich, wie bei der Festsetzung der Entschädigung diesem Umstände Rechnung zu tragen sei. In dem Urteile vom 10. Februar 1910 i. S. Hug-Denzler gegen S. B. B. (BGE 36 II 79 ff.), auf welches die Beklagten mit Nachdruck abstellen, hatte das Bundesgericht ein Mittel, « die mit der Wiederverheiratung eintretende Veränderung der Verhältnisse im voraus zu berücksichtigen und dabei einerseits jede Härte, andererseits aber auch jede ungehörige Einwirkung auf den Entschluss der Witwe zu vermeiden », darin erblickt, ihr für die Dauer der Witwenschaft eine dem Wegfall der Leistungen des Ehemannes entsprechende Rente, für den Fall der Wiederverheiratung aber eine Abfindungssumme im dreifachen Betrage der Rente zuzusprechen. Doch laufen die Erwägungen grundsätzlicher Natur, die diesem Urteil zu Grunde liegen, nicht etwa darauf hinaus, dass in solchen Fällen eine Kapitalabfindung (bei welcher der Möglichkeit einer Wiederverheiratung durch Vornahme eines angemessenen Abzuges am Rentenskapital Rechnung getragen werden kann) schlechthin abzulehnen sei, wie ja die Vorinstanz auch ihrerseits auf diese Erwägungen abstellt, ja ihre Entscheidung in der Hauptsache auf dieselben stützt. Vielmehr wollte das Bundesgericht dartun, dass die Lösung, die darin besteht, an die Wiederverheiratung

ohne weiteres die Folge der Verwirkung der zugesprochenen Rente zu knüpfen, ohne Rücksicht darauf, ob der zweite Ehemann in gleichem Masse, wie der erste, ein Versorger sein werde, zu gewichtigen Bedenken Anlass gebe, und sich höchstens in Fällen rechtfertige, in denen wegen des Alters der Witwe oder aus sonstigen Gründen eine Wiederverheiratung als höchst unwahrscheinlich angesehen werden müsse; denn bei gänzlichem Verlust des Rentenanspruchs bei Wiederverheiratung würde die Eingehung einer neuen Ehe ohne Grund bedeutend erschwert, wenn nicht geradezu verunmöglicht, und es würden die ethischen Beweggründe, die bei der Frage der Wiederverheichelung ausschlaggebend sein sollten, durch solche pekuniärer Natur verdrängt.

Es lässt sich indessen nicht in Abrede stellen, dass sowohl dieses Bedenken als dasjenige, das in der gänzlichen Unsicherheit über die Gestaltung einer zweiten Ehe zu erblicken ist, ebenfalls, wenn auch in etwas geringerem Masse, der Lösung anhaften, zu welcher das Bundesgericht in jenem Falle (speziell auch aus der konkreten Erwägung, dass die damalige Klägerin sich mit dem unvorsichtigen Plane trug, das ihr zuzusprechende Kapital dem landwirtschaftlichen Betrieb ihres unverheirateten 21-jährigen Bruders einzuverleiben) gelangt war. Auch müsste es in einem Falle, wie dem vorliegenden — die Vorinstanz betont, dass die Klägerin « noch eine recht junge Frau ist, bei der ohne weiteres damit gerechnet werden muss, dass sie wieder heiratet » — als stossend empfunden werden, dass die Beklagten sich gegebenenfalls durch Auszahlung eines Kapitals in bloss dreifachem Betrage des jährlichen Rentenbetrages von jeder weiteren Entschädigungspflicht befreien könnten. Diese Erwägungen und der Umstand, dass der Entschluss der Klägerin zur Eingehung oder Nichteingehung einer neuen Ehe durch die Verwirkung weiterer Rechtsansprüche in unerfreulicher Weise beeinflusst werden

könnte, fallen schwerer ins Gewicht, als die Einwendung, dass bei einer Kapitalabfindung die Klägerin im Falle einer baldigen Wiederverheichelung (trotz des wegen der Möglichkeit einer solchen zum voraus vorgenommenen Abzuges von 20% vom Rentenkapital) möglicherweise in finanzieller Hinsicht etwas bevorzugt würde, und vollends schwerer als die Unzukömmlichkeiten, die der Klägerin daraus erwachsen könnten, dass bei einer Wiederverheiratung der Besitz des Kapitals allzu sehr in die Wagschale fallen sollte. Ferner darf nicht ausser acht gelassen werden, dass die Klägerin sowohl in der Replik als bei der persönlichen Befragung durch den Obergerichtspräsidenten erklärt hat bezw. hat ausführen lassen, dass sie von Beruf Modistin sei und, falls sie eine Kapitalabfindung erhalte, ein Modistinnengeschäft zu eröffnen beabsichtige, und dass sie in der heutigen Verhandlung sich mit Nachdruck im nämlichen Sinne ausgedrückt hat. Dass ihren praktischen Bedürfnissen mit der Auszahlung der Entschädigung in Kapitalform besser gedient wäre und ihr in zweckentsprechender Weise dazu verholfen würde, den erlittenen Schaden nach Möglichkeit gutzumachen, als mittelst einer Rente und einer bei Wiederverheiratung an deren Stelle tretenden reduzierten Abfindungssumme, dürfte deshalb kaum zweifelhaft sein. Endlich mag beigefügt werden, dass das Urteil des Bundesgerichts i. S. Hug-Denzler gegen S. B. B. einen Fall betrifft, der nach dem Eisenbahnhaftpflichtgesetz zu beurteilen war, und eine entsprechende Praxis für die Haftung aus unerlaubter Handlung, speziell für die durch Automobilunfälle verursachten Schädigungen nicht besteht (vgl. u. a. das Urteil vom 27. Juni 1927 i. S. Seiler gegen Haberer Erw. 3).

Nach alledem kann nicht gesagt werden, dass die Vorinstanz Grundsätze des Bundesrechtes verletzt oder von ihrem Ermessen einen bundesrechtswidrigen Gebrauch gemacht habe, und es liegt deshalb eine Veranlassung zu einer Abänderung des angefochtenen Urteils nicht vor.

4. — Die Schadensberechnung der Vorinstanz ist auch sonst nicht zu beanstanden, speziell nicht hinsichtlich des Abzuges von 10%, den sie im Hinblick auf die Vorteile der Kapitalabfindung vorgenommen hat; im übrigen hätte nur die Klägerin ein Interesse an der Beanstandung dieses Abzuges gehabt.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Januar 1928 bestätigt.

56. Urteil der I. Zivilabteilung vom 27. Juni 1928
i. S. Bär & C^{ie} gegen Burstein.

Vertragsschluss (Miete):

1. Art. 2 OR: Zustandekommen des Vertrages mit der Willenseinigung der Parteien über die von ihnen als wesentlich bezeichneten Punkte, auch wenn eine Einigung über die vorbehaltenen Nebenpunkte nicht erfolgt (Erw. 1).
2. Art. 16 OR: Vorbehalt der Schriftform muss vor der Willenseinigung erfolgen. Der Umstand, dass bei bedeutenderen Verträgen die Schriftlichkeit üblich ist, vermag ihn nicht zu begründen (Erw. 2).
3. Schadensfestsetzung (Erw. 3).

A. — Die Parteien traten im August 1925 miteinander in Unterhandlung wegen der Miete des dritten Stockes in dem den Klägern gehörenden Hause Nr. 36 an der Bahnhofstrasse in Zürich. Der Beklagte — welcher damals in St. Gallen wohnte — hatte die Absicht, in der Wohnung ein Filmlager zu halten, was jedoch die Kläger wegen der Explosionsgefahr von Anfang an ablehnten.

Mit Schreiben vom 25. August 1925 anboten sie dem Beklagten die Vermietung der Räume für die Dauer von fünf Jahren, vom 1. Oktober 1925 hinweg, zu einem jährlichen Mietzinse von 7000 Fr. Am folgenden Tage

antwortete der Beklagte, er könne auf diesen Zeitpunkt nicht abschliessen, da er einen andern Lagerraum bis zum 1. Oktober vielleicht nicht finden werde; wenn die Kläger ihm dagegen die Bureaux erst ab 1. Januar 1926 vermieten könnten, so würde er sofort zusagen. Daraufhin schrieben ihm die Kläger, ebenfalls am 26. August 1925, zurück, sie seien damit einverstanden, dass der Mietvertrag erst am 1. Januar 1926 zu laufen beginne, und fügten bei: « Wir nehmen gerne an, dass unsere Abmachung nunmehr perfekt sei, und bitten Sie, uns den Tag anzugeben, wann Sie zur gegenseitigen Vollziehung des Mietvertrages persönlich bei uns vorsprechen wollen. » Am 27. August 1925 antwortete der Beklagte, man sei also darin einig, dass er sein Hauptlager an Films ausserhalb des Hauses unterbringe und in den Räumen der Kläger nur diejenigen Films aufbewahre und bearbeite, welche er zur Bedienung seiner Kundschaft für die laufende Woche benötige..... « In diesem Sinne betrachte ich unsere Abmachung als perfekt. Die übrigen Punkte werden wir dann bei persönlicher Besprechung erledigen. » Er ging dann aber nicht nach Zürich, sondern ersuchte die Kläger am 1. September 1925, ihm einen Vertragsentwurf zu schicken, damit er eventuelle Abänderungen und Wünsche anbringen könne. Es müsse ihm darin ausdrücklich das Recht eingeräumt sein, an der Front gegen die Bahnhofstrasse ein Firmenschild anzubringen. Anschliessend erwähnte er noch einige andere Punkte und bemerkte am Schlusse des Schreibens: « Alle diese Kleinigkeiten, obwohl dieselben sich von selbst verstehen, möchte ich schriftlich bestätigt haben. » Am 4. September stellten ihm die Kläger einen Vertragsentwurf zu, wobei sie sich im allgemeinen mit seinen Wünschen einverstanden erklärten, die Anbringung eines Firmenschildes jedoch ablehnten.

Am 9. September 1925 liess ihnen der Beklagte mitteilen, dass er nach reiflicher Überlegung die Wohnung nicht mieten werde. Als ihm die Kläger am 10. September