

caire. Si les accessoires existaient déjà sur l'immeuble lors de la constitution du gage, la question, sans doute, ne soulèvera pas de difficultés : il sera de bonne foi s'il a cru ou pu croire que ces accessoires appartenaient à son débiteur. Mais qu'en sera-t-il si les accessoires ont été acquis après la constitution du gage ? Dire avec l'intimée qu'en pareil cas le créancier sera toujours considéré comme de bonne foi, serait, comme on l'a déjà relevé, manifestement injuste. Quant à la solution de Leemann, consistant à dire qu'il faut se placer au moment de l'achat et l'introduction de l'accessoire dans l'immeuble, elle ne résout rien, car à ce moment-là le créancier n'a plus rien à faire, il n'a aucun acte juridique à accomplir, et l'on ne peut donc parler ni de bonne, ni de mauvaise foi. D'autre part, on ne peut non plus nier les difficultés pratiques inextricables devant lesquelles on se trouvera s'il y a plusieurs ventes avec réserve de propriété, s'il y a plusieurs créanciers hypothécaires et si pour chacun d'eux et à propos de chacun des accessoires on est amené à distinguer suivant la bonne ou la mauvaise foi.

A supposer enfin qu'on voulût sacrifier aux créanciers hypothécaires le vendeur avec réserve de propriété, il faudrait logiquement et par identité de motifs leur sacrifier également tous les tiers qui, à un titre quelconque (prêt, mandat, location, etc.) ont confié au débiteur un objet qui s'est par la suite trouvé revêtu de la qualité d'accessoire de l'immeuble, ce qui n'est pas admissible.

*Le Tribunal fédéral prononce :*

Le recours est admis et l'arrêté attaqué réformé en ce sens que les conclusions de la demanderesse sont rejetées.

## IV. OBLIGATIONENRECHT

### DROIT DES OBLIGATIONS

#### 32. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. Mai 1934 i. S. Rota gegen Gassmann.

Schadensverteilung bei Mitverschulden (Art. 44 OR). Der Gesamtschaden muss im Verhältnis des Verschuldens auf beide Parteien verlegt werden (Erw. 3).

Unterbrechung der Verjährung (Art. 135 OR). Durch Betreibung wird die Verjährung nicht schlechthin, sondern nur für den in Betreibung gesetzten Betrag unterbrochen (Erw. 4).

Verrechnung (Art. 120 OR). Die Abweisung der Widerklage steht der Geltendmachung der betreffenden Ansprüche vor der oberen Instanz auf dem Wege der blossen Verrechnung nicht im Wege, wenn bei Abweisung von Haupt- und Widerklage sich der Beklagte damit zufrieden geben wollte, der Kläger aber das Urteil weiterzieht (Erw. 5).

*Aus dem Tatbestand :*

A. — Am 8. Mai 1930 ereignete sich zwischen den Parteien ein Autounfall, bei dem beide Fahrer verletzt und beide Fahrzeuge erheblich beschädigt wurden. Gegen beide Parteien wurde ein Strafuntersuch durchgeführt, auf Grund dessen das Kantonsgericht St. Gallen am 30. Juni 1931 beide Angeklagte zu je 100 Fr. Geldstrafe verurteilte.

Am 30. April 1931 betrieb der Kläger den Beklagten für den Betrag von 7000 Fr. Als Forderungsgrund wurde im Zahlungsbefehl angegeben : Schadenersatz (Unterbrechung der Verjährung). Einen gleichlautenden Zahlungsbefehl liess der Kläger dem Beklagten am 18. April 1932 zustellen. Der Beklagte schlug gegen beide Zahlungsbefehle Recht vor.

B. — Mit Klage vom 5. Dezember 1932 hat der Kläger vom Beklagten die Bezahlung von 19,560 Fr., eventuell eines Betrages nach richterlichem Ermessen, nebst 5 %

Zins seit 26. September 1932, sowie die Bezahlung sämtlicher aus dem Unfall erwachsenen Arztkosten verlangt und um die Einräumung eines Nachklagerechtes ersucht. Der Betrag von 19,560 Fr. setzt sich zusammen aus einer Forderung von 14,560 Fr. als Entschädigung für vorübergehende Arbeitsunfähigkeit und einer Forderung von 5000 Fr. für Schaden am Auto.

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und widerklageweise vom Kläger die Bezahlung von 4696 Fr. 60 Cts. verlangt, nämlich 702 Fr. als Ersatz der Heilungskosten und des vorübergehenden Erwerbsausfalles, und 3994 Fr. 60 Cts. für Reparatur und Minderwert des Autos. Im Laufe des Verfahrens hat er seine Widerklageforderung auf 2802 Fr. reduziert, da seine Kaskoversicherung bis auf den Selbstbehalt von 100 Fr. für die Reparaturkosten des Autos aufgekommen sei.

C. — Mit Urteil vom 5. Juli 1933 hat das Bezirksgericht Höfe Klage und Widerklage wegen grobfahrlässigen Verschuldens beider Parteien abgewiesen, dagegen dem Kläger den Rektifikationsvorbehalt während 2 Jahren vom Tage des Urteils an zugebilligt.

D. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger an das Kantonsgericht des Kantons Schwyz appelliert unter Erneuerung der vor erster Instanz gestellten Rechtsbegehren. Der Beklagte hat Anschlussappellation ergriffen und die Streichung des von der ersten Instanz dem Kläger gewährten Rektifikationsvorbehaltes, sowie die Gutheissung der Widerklage beantragt.

E. — Mit Entscheid vom 11. Dezember 1933, zugestellt am 29. Januar 1934, hat das Kantonsgericht des Kantons Schwyz zunächst mit Vorbescheid das Eintreten auf die Anschlussappellation des Beklagten abgelehnt und sodann in der Hauptsache die Berufung des Klägers abgewiesen und das Urteil der Vorinstanz bestätigt.

F. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag, es sei in Aufhe-

bung des kantonsgerichtlichen Urteils gerichtlich zu erkennen :

a) Der Beklagte habe dem Kläger 19,500 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 26. September 1932, bezw. eine Summe nach richterlichem Ermessen zu bezahlen.

b) Der Beklagte habe dem Kläger sämtliche aus diesem Unfall erwachsenen Arztkosten zu vergüten.

G. — An der heutigen Verhandlung hat der Kläger seine Berufungsanträge wiederholt. Der Beklagte hat die Abweisung der Berufung und die Bestätigung des angefochtenen Entscheides beantragt ; eventuell hat er um Herabsetzung der Ansprüche des Klägers und Kompensation derselben mit seinen Gegenansprüchen im Betrage von 2802 Fr. ersucht.

*Aus den Erwägungen :*

3. — Trifft aber die beiden Parteien ein gleiches Mass von Verschulden, so kann nicht, wie die Vorinstanzen dies getan haben, unter dem Gesichtspunkt des Art. 44 Abs. 1 OR jede Partei « wegen überwiegenden Selbstverschuldens » zur Tragung ihres eigenen Schadens verpflichtet werden. Ein überwiegendes Selbstverschulden beider Parteien ist überhaupt eine logische Unmöglichkeit, da sich ja ein Verschulden von über 100 % ergäbe, wenn man den auf jede Partei entfallenden Verschuldensanteil in Prozenten ausdrücken wollte. Abgesehen hievon muss selbstverständlich bei gleichwertigem Verschulden beider Parteien der Gesamtschaden, den sie beide zusammen erlitten haben, im Verhältnis des Verschuldens auf sie verlegt werden. Wenn also beispielsweise der Schaden der einen Partei 10,000 Fr. beträgt, der der andern aber nur 6000 Fr., so hat bei gleichgrossem Verschulden der erste gegen den zweiten einen Ersatzanspruch von 5000 Fr., während er die andern 5000 Fr. an sich tragen muss. Andererseits hat er aber dem zweiten ebenfalls die Hälfte von dessen Schaden, nämlich 3000 Fr., zu ersetzen, so dass er im Endresultat nur 2000 Fr. erhält.

Um im vorliegenden Fall die Höhe der gegenseitigen Ansprüche, die sich auf Grund des gleichen Verschuldens ergeben, feststellen zu können, ist daher vorerst die Höhe des Gesamtschadens beider Teile abzuklären. Da die beiden Vorinstanzen auf Grund ihrer irrthümlichen Auffassung von der Wirkung der Gleichheit des Verschuldens überhaupt keine Erhebungen in dieser Richtung gemacht haben, ist die Sache zur Vornahme der erforderlichen Feststellungen zurückzuweisen.

4. — Auf zwei Punkte, die für das von der Vorinstanz zu fällende neue Urteil von wesentlichem Einfluss sind, ist indessen heute schon einzutreten. Es betrifft dies die vom Beklagten erhobenen Einreden der Verjährung und der Kompensation.

Der Beklagte hat den Standpunkt eingenommen, ein allfälliger Ersatzanspruch des Klägers sei, soweit er den Betrag von 7000 Fr. übersteige, verjährt. Gemäss Art. 60 OR läuft die einjährige Verjährungsfrist vom Tage hinweg, wo der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen erhalten hat. Wird die Klage aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für die das Strafrecht eine längere Verjährungsfrist vorsieht, so gilt diese auch für den Zivilanspruch. Da nach dem massgebenden st. gallischen Strafrecht grobfahrlässige Körperverletzung nach Art. 122 und grobfahrlässige Sachbeschädigung nach Art. 93 Antragsdelikte sind, die nach Art. 44 in 6 Monaten verjähren, so greift die einjährige Frist des Art. 60 OR Platz. Fragt sich nun, ob der Kläger innert derselben die Verjährung unterbrochen hat, so ist zunächst festzustellen, dass weder seine bei Erhebung der Strafklage am 14. Juli 1930 abgegebene Erklärung, er werde bei der gerichtlichen Verhandlung seine Zivilansprüche geltend machen, noch der an der Verhandlung gestellte Antrag, die Zivilansprüche seien auf den Zivilweg zu verweisen, die Verjährung zu unterbrechen vermochten. Wenn auch die adhäsionsweise Geltendmachung der Zivilansprüche im Strafverfahren an sich zur Unterbrechung der Verjährung ausreicht, so gilt

doch auch für sie das allgemeine Erfordernis, dass der Schutz des Richters in bestimmter Form angerufen werden muss, damit eine Massnahme die Verjährung unterbricht. Diese erforderliche Bestimmtheit fehlte aber dem oben geschilderten Verhalten des Klägers.

Durch die beiden Zahlungsbefehle vom 30. April 1931 und vom 18. April 1932 über 7000 Fr. wurde die Verjährung nur für diesen Betrag, nicht aber für den ganzen heute eingeklagten Betrag unterbrochen. Wohl muss bei der Unterbrechung der Verjährung durch Klageanhebung oder durch Ladung zu einem amtlichen Sühneversuch der Anspruch nicht notwendigerweise ziffernmässig angegeben werden. Wo nach dem kantonalen Prozessrecht, wie dies z. B. in Bern der Fall ist, ein Rechtsbegehren auf Verurteilung des Beklagten zur Bezahlung von Schadenersatz ohne Angabe einer bestimmten Forderungssumme zulässig ist, wird durch ein derartiges Rechtsbegehren die Unterbrechung des Fristenlaufes schlechthin bewirkt. Ein Analogieschluss aus diesen Grundsätzen auf die Unterbrechung der Verjährung durch Betreibung ist nun aber nicht zulässig. Wenn zwar schon die Stellung des Betreibungsbegehrens die Unterbrechung der Verjährung bewirkt, so ist doch Voraussetzung, dass ein gültiges Betreibungsbegehren vorliege. Dies ist aber nach Art. 67 SchKG nur der Fall, wenn es eine bestimmt bezifferte Forderungssumme enthält; diese kann im Laufe des Verfahrens wohl reduziert, nicht aber erhöht werden. Eine Betreibung ohne Angabe eines bestimmten Forderungsbetrages ist daher überhaupt nicht denkbar, und damit entfällt für die Betreibung auch die Möglichkeit einer Unterbrechung der Verjährung schlechthin, d. h. ohne Rücksicht auf den Forderungsbetrag, wie dies nach den vorstehenden Ausführungen bei der Unterbrechung durch Klageerhebung unter Umständen denkbar ist. Allerdings wird auch dort, sobald ein bestimmter Betrag eingeklagt wird, die Verjährung nur soweit unterbrochen, als der Klageantrag reicht (v. TUHR OR S. 616). Für den 7000 Fr. übersteigenden Betrag war daher die

Verjährung am 7. Oktober 1932, anlässlich der Sühneverhandlung für den vorliegenden Prozess, nur dann noch nicht eingetreten, wenn der Kläger nachzuweisen vermag, dass er erst innert Jahresfrist vor der Ladung zur Sühneverhandlung diesen in der Klage behaupteten Umfang des Schadens abzuschätzen in der Lage war. Ob er diesen Nachweis erbringen kann oder nicht, ist durch die Vorinstanz abzuklären.

5. — Die Kompensationseinrede des Beklagten ist von der Vorinstanz abgewiesen worden mit der Begründung, da die Widerklageforderung rechtskräftig abgewiesen worden sei, so könne sie selbstverständlich auch nicht mehr zur Kompensation verwendet werden. Diese Auffassung ist jedoch irrtümlich. Zwar kann der Entscheid, dass die Anschlussappellation des Beklagten gegen die Abweisung der Widerklage prozessual unzulässig und diese daher rechtskräftig geworden sei, vom Bundesgericht nicht überprüft werden, da es sich dabei um eine Frage des kantonalen Prozessrechtes handelt. Dies hat zur Folge, dass der Beklagte kein selbständiges Klagerecht mehr hat. Wird er aber vom Kläger belangt, so muss ihm bis zur Höhe von dessen Forderung die Einrede der Kompensation als Verteidigungsmittel nach wie vor zugestanden werden. Dies zeigt die folgende Überlegung: Wenn der Beklagte überhaupt keine Widerklage erhoben, sondern von Anfang an sich auf die grundsätzliche Bestreitung der Klage und eventuelle Einrede der Kompensation beschränkt hätte, ja sogar, wenn er im Laufe des Verfahrens auf Grund der Erkenntnis, dass ihn ebenfalls ein Verschulden am Unfall treffe, die Widerklage fallen gelassen und seinen Anspruch zur Kompensation mit dem Gegenanspruch des Klägers verwendet hätte, so hätte dies unzweifelhaft als zulässig erklärt werden müssen. Die Unterlassung der Widerklage, bzw. der nachträgliche Verzicht auf diese, hätte also nicht als die Anerkennung der Nichtexistenz einer Forderung des Beklagten gegen den Kläger ausgelegt werden dürfen. Dies kann sich nun nicht anders verhalten, wenn sich der

Beklagte mit der Abweisung der Klage und Widerklage zufrieden gibt und nur für den Fall, dass der Kläger seinerseits etwas von ihm fordern will, einen Kompensationsanspruch geltend macht. Diese Möglichkeit kann ihm durch das kantonale Prozessrecht nicht abgeschnitten werden. Widerklage und Kompensationsanspruch stehen nebeneinander, wobei der letztere im eidgenössischen Zivilrecht verwurzelt ist und daher dem kantonalen Prozessrecht vorgeht. Der Standpunkt der Vorinstanz, dass der Beklagte ja eine selbständige Appellation hätte einreichen können, wenn er mit der Abweisung seiner Widerklage nicht zufrieden gewesen sei, geht fehl. Darin liegt ja gerade das wesentliche und die Nichtzulassung der Kompensationseinrede als unhaltbar kennzeichnende Moment, dass der Beklagte nach dem kantonalen Prozessrecht gezwungen wäre, die Kompensationseinrede auf dem Wege der Widerklage geltend zu machen, die dann weiter reichen würde, als der von ihm bezweckte blosse Verteidigungsanspruch. Trotz der Abweisung der Widerklage ist daher die Begründetheit der vom Beklagten zur Verrechnung verstellten Gegenforderung von der Vorinstanz zu überprüfen.

### 33. Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. Mai 1934 i. S. Bogenmoser gegen Tiefengrund A. G.

Vorzeitige Kündigung eines Mietvertrages aus wichtigen Gründen, Art. 269 OR.

Die unrichtige Beurteilung der Konjunktur schliesst die Berufung auf Art. 269 OR nicht von vorneherein aus, da die zukünftige Entwicklung der wirtschaftlichen Lage nicht mit der genügenden Bestimmtheit voraussehbar ist.

Die zufolge der Veränderung der wirtschaftlichen Lage zur unerträglichen Last gewordene Höhe des Mietzinses kann ein wichtiger Grund sein; in casu ist dies der Fall.

A. — Am 10. Mai 1929 mietete der Kläger von der Beklagten in dem damals noch im Bau befindlichen neuen Börsengebäude in Zürich die sämtlichen Parterre-