

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 blosser 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. Rogenmoser 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-

räumlichkeiten, sowie weitere Räumlichkeiten im Keller und im 4. Stockwerk, um dort einen Gastwirtschaftsbetrieb einzurichten. Die Vertragsdauer wurde mit Beginn am 1. Juli 1930 auf 15 Jahre, also bis 30. Juni 1945, festgesetzt. Als jährlicher Mietzins wurde für die ersten 3 Jahre der Betrag von 150,000 Fr. pro Jahr vereinbart; nachher sollte er alle drei Jahre um 12,000 Fr. ansteigen bis zum Betrage von 198,000 Fr. vom 1. Juli 1942 bis 30. Juni 1945. Die Kosten für Gas, Strom, Kaltwasser, Ventilation und Zentralheizung waren im Mietzins nicht inbegriffen.

Da die Vollendung des Börsengebäudes sich verzögert hatte, konnte der Kläger den Wirtschaftsbetrieb statt wie vereinbart am 1. Juli 1930 erst am 1. Januar 1931 aufnehmen. Schon am 18. Juni 1930 war eine Ergänzung des Mietvertrages getroffen worden, wonach sich die Beklagte verpflichtete, dem Kläger verschiedene Maschinen zum Gebrauch zu überlassen. Der Mietpreis hierfür sollte jährlich 10 % des Anschaffungswertes dieser Maschinen betragen, der von den Parteien am 1. April 1931 auf 216,000 Fr. festgesetzt wurde. Ebenfalls am 18. Juni 1930 kamen die Parteien sodann überein, dass der Kläger für eine durch Änderung des Bauplanes verursachte Mehrleistung der Vermieterin vom 5. Mietjahre an einen festen Zuschlag von 12,000 Fr. zum Mietzins zu bezahlen habe. Am 11. Februar 1931 endlich mietete der Kläger noch weitere 80 m² Lagerraum zu einem jährlichen Mietzins von 2000 Fr. Der gesamte Mietzins belief sich danach während der ersten 3 Jahre auf je 152,000 Fr. zuzüglich je 21,600 Fr. für die Maschinen.

B. — Am 5. Juni 1931, also rund ein halbes Jahr nach Antritt der Miete, gelangte der Kläger an die Beklagte mit dem Gesuche, sie möchte den Mietzins und die Zusatzabgaben herabsetzen. Die Beklagte lehnte dieses Ansinnen ab. Darauf erklärte der Kläger unter Berufung auf Art. 269 OR den Rücktritt vom Vertrag aus wichtigen Gründen. Die Beklagte bestritt die Zulässigkeit dieses

Schrittes, worauf der Kläger ihn widerrief. Im Februar 1932 ersuchte der Kläger neuerdings um Reduktion des Mietzinses. Die Beklagte lehnte wiederum ab und der Kläger kündigte den Vertrag aus wichtigen Gründen per 30. September 1932. Auf die Weigerung der Beklagten, den Rücktritt anzuerkennen, reichte der Kläger beim Friedensrichter Klage auf Feststellung des von ihm behaupteten Rücktrittsrechtes ein. Da er indes zögerte, den Streit beim Gericht anhängig zu machen, reichte die Beklagte ein Klageprovokationsbegehren ein, worauf der Kläger seine Klage am 30. September 1932 einstweilen zurückzog.

Am 11. Januar/3. Februar 1933 machte der Kläger beim Handelsgericht Zürich eine Klage anhängig, mit der er die Änderung der mit der Beklagten abgeschlossenen Mietverträge verlangte in dem Sinn, dass der Mietzins nach dem von ihm erzielten Brutto-Umsatz zu staffeln sei, und zwar sollte bei einem Umsatz von 100,000 Fr. bis 150,000 Fr. der Mietzins 5,6 % oder 5600 Fr. bis 8400 Fr. betragen und für je weitere 100,000 Fr. Umsatz sich um 0,1 % erhöhen. Eventuell beantragte der Kläger, der Mietzins sei ab 1. Januar 1933 auf 71,600 Fr., bezw. auf einen vom Richter festzusetzenden Betrag zu ermässigen. Subeventuell endlich verlangte der Kläger die gerichtliche Feststellung seines Rechtes, von den Mietverträgen mit der Beklagten ohne Entschädigung zurücktreten zu dürfen. Diese Klage wurde jedoch sowohl vom Handelsgericht des Kantons Zürich am 14. März 1933, wie auch vom Bundesgericht mit Entscheid vom 10. Oktober 1933 (BGE 59 II S. 372 ff.) abgewiesen, im wesentlichen mit der Begründung, die Voraussetzungen für einen Rücktritt vom Vertrag wegen veränderter Umstände (clausula rebus sic stantibus) seien nicht gegeben.

C. — Während der Pendenz des oben erwähnten Prozesses, am 14. März 1933, teilte der Kläger der Beklagten neuerdings mit, dass er den Mietvertrag aus wichtigen Gründen, unter Anbietung vollen Ersatzes, vorzeitig auf

den 30. Juni 1933 kündige. Am gleichen Tage reichte er beim Friedensrichteramte Zürich I die vorliegende Klage ein. Nachdem ein nochmaliges Gesuch um Herabsetzung des Mietzinses vom 24. Mai 1933 von der Beklagten am 17. Juli 1933 abschlägig beschieden worden war, leitete der Kläger die Weisung an das Handelsgericht des Kantons Zürich weiter. Die Ende Juni 1933 fällige Mietzinsrate für die Zeit vom 1. Juli bis 30. September 1933 bezahlte der Kläger.

D. — Mit der vorliegenden, am 2. September 1933 beim Handelsgericht des Kantons Zürich eingelegten Klage hat der Kläger die folgenden Rechtsbegehren gestellt :

« 1. Ist festzustellen, dass der Kläger berechtigt ist, das Mietverhältnis über das Restaurant Börse (Verträge vom 10. Mai 1929, 18. Juni 1930, 22. Januar 1931, 11. Februar 1931 und 1. April 1931) aus wichtigem Grunde, der dem Kläger die Fortsetzung des Mietverhältnisses unerträglich macht, im Sinne von Art. 269 OR auf 30. Juni 1933, ev. auf welchen spätern Termin, zu kündigen, und ist der Kläger berechtigt, die Mietlokalitäten auf diesen Zeitpunkt mit seinen eingebrachten Gegenständen zu verlassen ?

2. Wie hoch ist der Ersatzanspruch der Beklagten einzusetzen, insbesondere ist der Anspruch auf Bezahlung eines halben Jahreszinses von 76,000 Fr., eventuell 86,000 Fr., eventuell auf welchen höheren Betrag anzusetzen ?

3. An welchen Zeitpunkten und in welchen Raten ist der Ersatzanspruch der Beklagten fällig ? »

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und widerklageweise das Begehren gestellt, der Kläger sei zu verpflichten, ihr einen Betrag von 38,000 Fr. sofort und bis zum 1. Januar 1946 sicherzustellen.

E. — Mit Urteil vom 24. November 1933, zugestellt am 26. Januar 1934, hat das Handelsgericht Zürich die Klage abgewiesen und die Widerklage geschützt.

F. — Hiegegen hat der Kläger rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und hat seine vor der kantonalen Instanz gestellten Anträge erneuert.

G. — An der heutigen Verhandlung hat der Kläger seine Berufungsanträge wiederholt. Die Beklagte hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Wenn die Vorinstanz an die Spitze ihrer Erwägungen den Grundsatz stellt, dass Treu und Glauben die Einhaltung der Verträge auch bei veränderten Verhältnissen erfordern, so ist ihr darin gewiss beizupflichten. Aber ebenso selbstverständlich ist, dass dieser Grundsatz für sich allein den vorliegenden Streit nicht zu entscheiden vermag. Denn wie jede allgemeine Regel lässt auch er gewisse Ausnahmen zu. Zu diesen gehört zweifellos auch der vom Kläger angerufene Art. 269 OR, der einem Vertragspartner gestattet, einen langjährigen Mietvertrag aus wichtigen Gründen, die ihm die Fortsetzung des Vertrages unerträglich machen, vorzeitig zu kündigen. Die entscheidende Frage ist nun die, wo die Abgrenzung von Regel und Ausnahme zu ziehen sei, d. h. inwieweit und unter welchen Voraussetzungen die Ausnahme die Wirkung der Regel ausschaltet. Die oft gehörte Auffassung, dass dabei im Zweifelsfalle zu Gunsten des Prinzipes und gegen die Ausnahme zu entscheiden sei, ist jedoch nicht ganz logisch. Sie übersieht, dass auch eine Ausnahmebestimmung ihrerseits wieder der Ausdruck eines Prinzipes sein kann, das in seinem Bereich eine nicht geringere Berechtigung beansprucht, als die der Ausnahme gegenüberstehende Regel. Ein Blick auf die im Obligationenrecht enthaltenen Ausnahmen von der hier in Frage stehenden Regel « Pacta sunt servanda » erweist die Richtigkeit dieser Überlegung. Bald ist es, wie beim Rücktritt vom Vertrag wegen Nichterfüllung durch den

Gegner, das gleiche Prinzip der Gerechtigkeit, welches der Ausnahme zu Grunde liegt, das also seiner Natur nach selber dem strengen Recht angehört. Oder dann ist dieses zweite Prinzip in humanen Bedürfnissen begründet, die neben dem strengen Recht ebenfalls ihre Geltung beanspruchen, und zwar je nach dem Kulturniveau in grösserem oder geringerem Grade. Mit einem Ausfluss dieses Prinzipes nun haben wir es bei dem in Frage stehenden Recht auf vorzeitige Auflösung eines Mietvertrages aus wichtigen Gründen zu tun; denn trotz dem irreführenden Marginale zu Art. 269 OR, das von einem Rücktritt spricht, handelt es sich nicht um einen solchen, sondern um eine Kündigung des Vertrages. Wegen dieser Verschiedenheit des gesetzgeberischen Motivs dürfen die Voraussetzungen für eine Kündigung nach Art. 269 OR nicht ohne weiteres nach denjenigen für den Rücktritt bemessen werden, wie denn auch die Wirkungen der beiden Institute ganz erheblich voneinander abweichen; die vorzeitige Kündigung wirkt ex nunc, lässt also den abgelaufenen Teil des Vertrages bestehen, während der Rücktritt den Vertrag mit allen seinen Wirkungen ab initio vernichtet (v. TUHR OR S. 562 f.).

2. — Die Bestimmung des Art. 269 OR ist im alten OR als Art. 292 ohne eigentliches Vorbild in andern Kodifikationen neu eingeführt worden. Gewisse Anklänge finden sich in § 376 des allgemeinen preussischen Landrechts, der dem Mieter das Recht einräumt, auf Ende des Quartals zu kündigen, wenn er « durch eine nicht freiwillige Änderung in seiner Person oder den Umständen ausser Stande gesetzt wird, von der gemieteten Sache ferneren Gebrauch zu machen », wobei der Mieter jedoch den Mietzins für ein halbes Jahr bezahlen oder einen Untermieter stellen muss, wenn der Vermieter die Wohnung nicht anderweitig vermieten kann.

Verwandte Bestimmungen finden sich im OR selber ausser bei der Pacht, die dem Mietvertrag genau entsprechend geregelt ist, beim Dienstvertrag, Art. 352, und

der Gesellschaft, Art. 545, und in gewissem Sinne darf auch die Auflösung des Werkvertrages durch den Richter wegen ausserordentlicher Umstände, die die Fertigstellung des Werkes hindern oder übermässig erschweren, Art. 373 Abs. 2, hieher gezählt werden. In allen diesen Fällen hat letzten Endes der Richter zu entscheiden, was als wichtiger Grund zu gelten habe. Seine Stellungnahme soll dieselbe sein, wie dort, wo das Gesetz ihn anweist, nach seinem Ermessen oder in Würdigung der Umstände seinen Entscheid zu treffen. Wie dort hat er daher Recht und Billigkeit, nicht aber das eine ohne das andere, zur Richtschnur zu nehmen. Dabei hat er vor allem auch darauf zu achten, dass er den Zweck nicht aus den Augen verliert, um dessentwillen die in Frage stehende Ausnahmebestimmung im Gesetz Aufnahme gefunden hat. Im Falle des Art. 269 OR muss er deshalb die Billigkeit in dem Mass zur Geltung kommen lassen, das erforderlich ist, um dem in der Bestimmung verkörperten Prinzip der Schonung vor allzu empfindlicher Härte überhaupt eine praktische Auswirkung zu sichern, und darf daher die Anwendung der Bestimmung nicht an Voraussetzungen knüpfen, die von diesem Prinzip praktisch gar nichts mehr übrig lassen.

3. — Nach der Auffassung der Vorinstanz setzt die Zulässigkeit der Kündigung nach Art. 269 das Vorliegen einer nicht voraussehbaren, dauernden und den Kläger zu Grunde richtenden Veränderung der bei Vertragsschluss gegebenen Verhältnisse voraus. Das Erfordernis der Nichtvoraussehbarkeit wird von der Vorinstanz in Anlehnung an die Ausführungen in den Kommentaren OSERSCHÖNENBERGER (Anm. 8 zu Art. 269 OR) und BECKER (Anm. 3 zu Art. 269 OR) abgeleitet aus dem in Band 33 II S. 576 veröffentlichten Bundesgerichtsentscheid. In jenem Fall hatte der Mieter einer Fabrikliegenschaft als wichtigen Grund die ungenügende Leistung von Wasserkraft und das Versiegen eines Sodbrunnens bei länger andauernder Trockenheit geltend gemacht. Der erste

Umstand wurde vom Bundesgericht nicht als wichtiger Grund anerkannt, weil er auf das eigene Verschulden des Klägers (mangelhaften Unterhalt der Anlage) zurückzuführen war. Dieses Urteilsmotiv scheidet im vorliegenden Fall ohne weiteres aus, weil die Vorinstanz nicht annimmt, dass der Kläger den Rückgang seines Betriebes selber verschuldet habe, und es muss dies auf Grund der Expertise auch nicht angenommen werden. Auf eine Erörterung der Frage, ob überhaupt ein eigenes Verschulden des Mieters die Anrufung des Art. 269 OR seinerseits schlechterdings und unter allen Umständen ausschliesse, braucht daher nicht eingetreten zu werden. Das zeitweise Versiegen des Sodbrunnens aber erklärte das Bundesgericht nicht als tauglich für die Anrufung von Art. 269 mit der Begründung, dieser Übelstand sei für den Mieter bei Vertragsabschluss voraussehbar gewesen.

Wenn nun die Vorinstanz in Anlehnung an diesen Entscheid davon ausgeht, in gleicher Weise, wie dort der Wassermangel, sei hier die nachher eingetretene Entwicklung der Wirtschaftslage für den Kläger voraussehbar gewesen, so kann ihr darin jedoch nicht beigespflichtet werden. Im Falle des Sodbrunnens handelte es sich nicht um einen möglicherweise in Zukunft eintretenden Umstand, den ein vorsichtiger Geschäftsmann hätte in Rechnung stellen sollen, sondern vielmehr um einen Sachmangel, der dem Mietobjekt direkt anhaftete und für seinen Zustand mitbestimmend war. Der Mieter, der sich auf ihn berief, machte damit eigentlich einen Grund geltend, der seiner Natur nach unter Art. 254 f. OR fiel und somit nach den für die Anwendung dieser Bestimmung geltenden Regeln eine Prüfung vor Abschluss des Vertrages erforderte. Die Voraussehbarkeit, die das Handelsgericht hier dem Kläger entgegenhält, bezieht sich nun nicht auf Mängel des Mietobjekts, sondern auf die zukünftige Gestaltung der allgemeinen Wirtschaftslage, auf die Konjunktur. Die Erkenntnis derartiger Umstände wird aber nicht allein schon durch bloss sinnliche Wahrnehmung

gewonnen, wie es bei einem Sachmangel mit der Prüfung des vertragsmässigen Zustandes der Mietsache der Fall ist. Die Anforderungen, die diesbezüglich an den Mieter gestellt werden, dürfen daher auf die Beurteilung der Konjunktur nicht ohne weiteres übertragen werden, da dies eben zur Folge hätte, dass die Wirkung des Art. 269 OR gerade in den Fällen, für die er hauptsächlich geschaffen ist, völlig illusorisch gemacht würde. Nur wenn man dem Kläger entgegenhalten könnte, er habe geradezu gewusst, dass sich die wirtschaftliche Lage in dieser Weise entwickeln werde, könnte ihm das Recht zur Kündigung nach Art. 269 OR mit der von der Vorinstanz gegebenen Begründung versagt werden. Dies ist jedoch nicht der Fall; dem Kläger kann daher nicht der Vorwurf gemacht werden, er habe die nachher eingetretene Entwicklung vorausgesehen oder voraussehen müssen in dem Sinne, wie BGE 33 II S. 576 den Begriff der Voraussehbarkeit aufgefasst wissen will, sondern es kann lediglich gesagt werden, der Kläger habe die Entwicklung zu optimistisch beurteilt und habe sich dabei sehr stark verrechnet. Das steht einer Berufung auf Art. 269 OR aber nicht im Wege. Die Bedenken der Vorinstanz, dass auf diese Weise der Spekulation Tür und Tor geöffnet würden, sind nicht begründet. Diese Überlegung, von der sich das Bundesgericht u. a. bei der Ablehnung der vom Kläger im ersten Prozess geltend gemachten *clausula rebus sic stantibus* ebenfalls leiten liess, scheidet hier deshalb aus, weil sich der Kläger ja nicht ohne weiteres seiner vertraglichen Verpflichtungen entledigen kann, sondern durch das Gesetz ausdrücklich zum Ersatz des der Vermieterin erwachsenden Schadens verpflichtet wird.

4. — Im weiteren ist zu prüfen, ob sich die Verhältnisse seit Vertragsschluss wirklich so gestaltet haben, dass die Fortdauer des Mietvertrages mit dem vereinbarten Mietzins für den Kläger unerträglich geworden ist. Die Vorinstanz verneint dies mit der Begründung, der Mietzins sei nach den Ausführungen der vom Kläger selber einge-

reichten Expertise der Treuhandstelle des schweiz. Wirtevereins von Anfang an untragbar gewesen, da selbst bei ungestörter Wirtschaftslage der «Börse»-Betrieb sich wegen seiner für zürcherische Verhältnisse übermässigen Grösse auf die Dauer nicht hätte halten können; die in der Folge eingetretene Schrumpfung des Umsatzes aber ist nach der Auffassung der Vorinstanz keine ungewöhnliche, über die Grenzen der gewöhnlichen Schwankung des Marktes hinausgehende Erscheinung.

Da die Vorinstanz auf das vom Kläger eingereichte Gutachten abgestellt hat und die Beklagte die von den Experten angestellten Berechnungen heute nicht angefochten hat, so sind die Resultate des Gutachtens auch für das Bundesgericht massgebend. Danach kann aber kein Zweifel bestehen, dass der vereinbarte Mietzins für den Kläger eine unerträgliche Belastung bedeutet, die in keinem Verhältnis steht zu dem bei den gegebenen Verhältnissen erreichbaren Umsatz, der von den Experten auf rund 800,000 Fr. veranschlagt wird, und in kürzester Zeit zum Ruin des Klägers führen müsste. Dem Einwand der Vorinstanz, der Kläger habe von Anfang an damit rechnen müssen, dass er auch unter normalen Wirtschaftsverhältnissen nicht einen dem vereinbarten Mietzins entsprechenden Umsatz erzielen werde, ist entgegenzuhalten, dass der Kläger aber, selbst wenn er es in Kauf nahm, aus dem Börsebetrieb keine oder keine nennenswerte Rendite zu erzielen, doch nicht mit einem derart katastrophalen Zusammenbruch rechnen musste, wie er dann tatsächlich zufolge des Umsatzrückganges eingetreten ist. Die Auffassung der Vorinstanz, dass dieser nicht über den Rahmen einer gewöhnlichen Konjunkturschwankung hinaus gehe, ist nämlich offenbar unrichtig. Zunächst übersieht sie, dass der Umsatzrückgang des Jahres 1933 rund 27 % des Umsatzes des Jahres 1932 beträgt, nicht aber desjenigen von 1931, dem ersten Geschäftsjahr des Börsenbetriebes; gegenüber diesem letzteren beläuft sich der Rückgang vielmehr auf annähernd 46 %, da der Umsatz

von 1931 doch 1,475,000 Fr. betrug, während er sich pro 1933 nur noch auf ca 800,000 Fr. bezifferte. Ein Rückgang in diesem Ausmasse kann aber beim Restaurationsgewerbe unmöglich mehr als blosser Konjunkturschwankung bezeichnet werden. Hiezu kommt im weiteren noch, dass dieser Rückgang nach den Ausführungen der Experten in Zukunft, eben infolge der allgemeinen Krise, anhalten wird. Daher kann auch nicht gesagt werden, dass für den Kläger die Aussicht bestehe, zufolge zukünftiger günstiger Entwicklung die in zwei schlechten Jahren erlittenen Verluste decken zu können. Diese Aussicht müsste aber bestehen, wenn es sich um blosser konjunkturbedingte Schwankungen handeln würde. Nun ist es aber gerade das Fehlen dieser Hoffnung, also die Notwendigkeit, auch fernerhin mit diesem niedrigen Umsatz rechnen zu müssen, was die vertraglich vereinbarten Mietzinszahlungen zu einer unerträglichen Last für den Kläger macht. Dass nach den Ausführungen der Experten der rohe Betriebsgewinn des Jahres 1932 als normal bis gut anzusprechen ist, kann nicht als ein gegen den Kläger sprechendes Argument ins Feld geführt werden; denn da der rohe Betriebsgewinn lediglich die Differenz zwischen dem Verkaufsumsatz einerseits und Warenverbrauch nebst Betriebskosten andererseits darstellt, während die festen Grössen (Mietzins, Schuldzinsen, Abschreibungen) nicht berücksichtigt sind, so besagt diese Feststellung der Experten lediglich, dass der Kläger durch sorgfältiges Wirtschaften denjenigen Gewinn erzielt habe, der sich bei dem tatsächlichen Umsatz praktisch erreichen lasse, dass also ihn ein Verschulden in dieser Richtung nicht treffe. Dagegen bleibt eben doch die Tatsache bestehen, dass dieser im 3. Geschäftsjahr erreichte Umsatz von 800,000 Franken, mit dem für die Zukunft bestenfalls gerechnet werden darf, für den Börsebetrieb durchaus ungenügend ist, und dass dieses Auseinanderfallen von Betriebskapazität und tatsächlicher Beanspruchung eine nicht voraussehbare Krisenfolge ist und erst den Mietzins zu einer

unerträglichen Last für den Kläger macht. Im Gegensatz zur Vorinstanz kommt das Bundesgericht daher zum Schlusse, dass die Voraussetzungen für die Anrufung des Art. 269 OR durch den Kläger erfüllt sind.

5. — Was den Zeitpunkt anbelangt, auf den der Kläger die Kündigung nach Art. 269 OR aussprechen durfte, so ist massgebend, dass die Unerträglichkeit der Belastung für den Kläger nach den Ausführungen der Experten schon Ende Juni 1933 bestand, so dass die auf jenen Zeitpunkt ausgesprochene Kündigung des Klägers berechtigt war. Dass er in seinem Kündigungsschreiben sich darauf beschränkte, in allgemeiner Weise Schadenersatz anzubieten, aber keinen bestimmten Betrag nannte, ist unerheblich; es genügt vielmehr, wenn der Mieter in der Kündigungserklärung zu erkennen gibt, dass er die von Art. 269 OR aufgestellte Voraussetzung der Schadenersatzleistung auf sich zu nehmen gewillt sei; einer Realofferte durch sofortiges Zurverfügunghalten des angebotenen Schadenersatzes dagegen bedarf es nicht (OSER-SCHÖNENBERGER, Anm. 13 zu Art. 269 OR). Entgegen der Auffassung der Beklagten ist sodann auch in der nachträglich erfolgten Bezahlung des Mietzinses für das dritte Quartal 1933 kein Verzicht auf die ausgesprochene Kündigung zu erblicken. Dieses Vorgehen des Klägers, wie auch sein Verbleiben im Mietobjekt über den 30. Juni 1933 hinaus und während der Prozessdauer hat lediglich zur Folge, dass er in ähnlicher Weise wie der Irrrende für die Zeit zwischen Vertragsabschluss und Geltendmachung der einseitigen Unverbindlichkeit, für die tatsächliche Benützung der Mietsache eine angemessene Entschädigung zu entrichten hat, die vom Richter festzusetzen ist. Hätte der Kläger nach Ablauf der Kündigungsfrist das Mietobjekt verlassen, so wäre durch den damit verbundenen Unterbruch des Restaurationsbetriebes die Vermietbarkeit der «Börse» zweifellos stark beeinträchtigt worden, was sowohl der Beklagten zum Schaden gereicht, als auch den vom Kläger zu leistenden Schadenersatz in

Höhe getrieben hätte. Wenn der Kläger über den 30. Juni 1933 hinaus in der «Börse» verblieb, um diese Gefahr abzuwenden, so handelte er damit im Interesse beider Parteien und es kann ihm sein Verhalten nicht zu einer Verschlechterung seiner Rechtsstellung im gegenwärtigen Prozess gereichen.

War der Kläger berechtigt, auf Ende Juni 1933 die Börse zu verlassen, so steht ihm dieses Recht grundsätzlich auch heute noch zu.

6. — Zur Beurteilung der weiteren Begehren des Klägers um Feststellung des Ersatzanspruches der Beklagten und um Bestimmung der Zahlungsmodalität für diesen ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Denn für die Bestimmung des Ersatzanspruches sind die für die Schadenersatzpflicht wegen Nichterfüllung des Vertrages (Art. 99 in Verbindung mit Art. 43 OR) geltenden Grundsätze massgebend (OSER-SCHÖNENBERGER, Anm. 12, BECKER, Anm. 8 zu Art. 269 OR; BGE 46 II S. 173), und das Bundesgericht ist nicht in der Lage, selber die hiefür erforderlichen tatsächlichen Feststellungen vorzunehmen (Art. 82 Abs. 2 OG).

7. — Mit der Widerklage verlangt die Beklagte vom Kläger die Sicherstellung des Mietzinses für 3 Monate, d. h. 38,000 Fr., unter Berufung auf Art. 5 des Mietvertrages vom 10. Mai 1929, der lautet: «Der Mieter verpflichtet sich, am Tage der Vormerkung dieses Mietvertrages ins Grundbuch der Vermieterin eine Bankgarantie für einen Vierteljahres-Mietzins zu stellen, welche Bankgarantie während der ganzen Vertragsdauer in Kraft bleibt. Sie kann jedoch im Einverständnis mit der Vermieterin durch eine andere, gleichwertige Sicherstellung ersetzt werden». Da die von der Volksbank geleistete Garantie am 1. Juli 1933 abgelaufen war, hatte die Vorinstanz, wie sich aus der Abweisung der Klage und dem daraus folgenden Weiterbestehen des Mietverhältnisses folgerichtig ergab, die Widerklage gutgeheissen, mit der zutreffenden Begründung, dass es allein bei der Beklagten

liege, ob sie an Stelle der Bankgarantie eine anderweitige Sicherheit annehmen wolle, weshalb es unerheblich sei, ob der Kläger für 160,000 Fr. mehr Mobilien eingebracht habe, als ursprünglich vorgesehen gewesen. Nachdem nun aber durch den vorliegenden Entscheid die Klage grundsätzlich geschützt worden ist und demzufolge feststeht, dass mit dem 30. Juni 1933 das Mietverhältnis der Parteien zu Ende gegangen ist, so sind nach diesem Zeitpunkt auch keine Mietzinsforderungen der Beklagten mehr entstanden, die sicherzustellen wären. Dagegen tritt nun an Stelle der Mietzinsforderung die Entschädigungsforderung der Beklagten aus Art. 269 OR, deren Höhe vorerst noch von der Vorinstanz zu bestimmen ist; seinem Sinn und Zweck nach muss daher Art. 5 des Mietvertrages dahin ausgelegt werden, dass der Kläger nach wie vor zur Sicherstellung der im Vertrag genannten Summe verpflichtet ist und dass diese Sicherheit der Beklagten haftet bis zur Tilgung des vom Kläger zu leistenden Ersatzes aus Art. 269 OR.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung des Klägers wird in dem Sinne gutgeheissen, dass das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 24. November 1933 sowohl hinsichtlich der Hauptklage, als hinsichtlich der Widerklage aufgehoben und die Sache zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

**34. Arrêt de la 1^{re} section civile du 26 juin 1934
dans la cause La Dixence S. A. contre Dayer.**

Responsabilité du propriétaire d'un ouvrage. Mesures de protection nécessaires pour obvier aux dangers d'un téléphérique (art. 58 CO ; consid. 1). — Portée de la faute concurrente d'un tiers (art. 58 al. 2) ; portée de l'acte inconsidéré d'un enfant ; devoir de surveillance des parents (art. 333 CC) ; portée de la transaction conclue avec des tiers (consid. 2).

A. — La Dixence S. A., concessionnaire des forces hydrauliques dont elle a emprunté le nom, exécute au fond du Val des Dix (canton du Valais) des travaux pour lesquels elle utilise un téléphérique principal montant de Sion jusqu'au bout de la Vallée et des téléphériques secondaires qui relient au thalweg les galeries de la canalisation d'amenée des eaux. Ces galeries sont à 2200 m. d'altitude. Un de ces téléphériques secondaires conduit de la scierie Prazperroz à la fenêtre III de la galerie dont les travaux sont adjugés à l'entreprise Couchepin, Dubuis, Meyer & C^{ie}, à Aarau. Après avoir fait construire le téléphérique par la maison Oehler & C^{ie}, à Aarau, la Dixence S. A. l'a confié à l'entreprise Couchepin, Dubuis, Meyer & C^{ie} et c'est cette dernière qui l'exploitait en 1931.

Le téléphérique menant à la fenêtre III consiste en un bâti de charpente scellé dans le béton et en une partie mécanique. L'échafaudage en madriers supporte le câble porteur réglé par une grande roue. Au pied de celle-ci se trouvent deux socles de ciment de 0,80 m. de hauteur. Sur ces socles sont posées les poulies autour desquelles viennent tourner les câbles tracteurs. A quelques mètres devant et à côté de ces poulies au bord de la route sont construits des ponts de bois sur lesquels les camions déchargent leurs fardeaux et d'où les appareils suspendus aux câbles les enlèvent. Au levant de ces ponts, une baraque de bois contient un petit entrepôt et une cabine avec téléphone, d'où l'ouvrier préposé au fonctionnement du téléphérique en dirige la marche. De cette cabine, l'ouvrier n'a pas la vue du chantier. Toutes ces installations sont posées en bordure de la grande route sur un pâturage communal ayant à peu près le même niveau qu'elle. Le chantier formé par ces installations est accessible de tous côtés aux camions, au bétail, au public. Il n'est pas séparé de la route par une clôture et il n'est délimité en aucune manière. Suivant l'intensité du trafic, le chantier est plus ou moins encombré de marchandises diverses, parmi lesquelles chacun peut circuler sans difficulté.