

activité: la vente de tissus d'ameublement dont elle s'occupe depuis 1930 et qui n'est pas sans rapport avec son commerce de papiers peints. Le défendeur objecte, il est vrai, que la demanderesse peut s'adresser ailleurs qu'à Paris, mais le juge du fait constate de manière à lier le Tribunal fédéral que les maisons syndiquées parisiennes ont des spécialités dont elles possèdent l'exclusivité. Le juge cantonal constate même que les trois fabriques qui ont boycotté la demanderesse avaient certaines spécialités (copies d'ancien) qu'on ne pouvait acheter autre part. Le refus de Charles Burger & C^{ie} de se joindre à la mesure de coercition n'en annihile donc pas les effets dommageables...

Quant au montant des dommages-intérêts, il n'y a pas de motifs de modifier le chiffre de 2500 fr. pour perte de clientèle fixé ex aequo et bono par la Cour cantonale en vertu de l'art. 42 al. 2 CO, ni la somme de 2000 fr. allouée à la demanderesse parce qu'elle n'a pu utiliser les échantillons payés aux trois fournisseurs de tissus d'ameublement qui ont cessé leurs relations d'affaires avec elle...

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

rejette le recours et confirme l'arrêt attaqué.

**57. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung
vom 15. Oktober 1935**

i. S. Oberhänsli gegen Zürcher Ziegeleien A.-G.

Inwieweit ist eine Lehmgrube ein Werk im Sinne von Art. 58 OR?

Die erste Instanz hat die Anwendbarkeit des Art. 58 OR verneint mit der Begründung, eine Lehmgrube sei kein Werk, weil sie nicht erst erstellt zu werden brauche. Diese Auffassung wird jedoch dem Rechtsbegriff des Werkes, wie er sich in der Praxis des Bundesgerichtes herausgebildet

hat, nicht gerecht. Wenn auch der Erdboden in seiner natürlichen Gestalt kein Werk ist, so gilt er doch als solches, sobald er durch die Hand des Menschen so umgewandelt worden ist, dass er in seiner neuen Gestalt zu einer Quelle ähnlicher Gefahren für Dritte werden kann, wie sie einem Gebäude innewohnen (BGE 44 II S. 189). In Anwendung dieses Grundsatzes hat das Bundesgericht denn auch schon wiederholt Gräben, die bei Tiefbauarbeiten ausgehoben wurden, als Werke bezeichnet (BGE 25 II S. 111; 42 II S. 256). Danach müssen aber auch die Gräben, die sich im Verlaufe der Ausbeutung einer Lehmgrube bilden, als Werke betrachtet werden. Dass die Gräben nicht Selbstzweck, sondern nur die natürliche, sogar unerwünschte Folge der Gewinnung von Material zum Zwecke der industriellen Verwertung sind, ist nicht von entscheidender Bedeutung, wie gerade das Beispiel der Gräben bei Tiefbauarbeiten beweist, die ja ebenfalls nicht Selbstzweck sind.

Wenn daher in BGE 32 II S. 557, auf welchen Entscheidung sich die erste Instanz gestützt hat, beiläufig bemerkt wird, dass eine Lehmgrube kein Werk sei, so hält diese Auffassung, soweit darunter auch eine durch menschliche Tätigkeit bewirkte Umgestaltung des Erdbodens verstanden wird, einer erneuten Prüfung nicht stand.

**58. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung
vom 15. Oktober 1935**

i. S. Tschumper, Zeidler & Cie. in Liq. gegen Moser.

Die Verjährungsfrist für den Anspruch auf Rückgabe des Geleisteten, sowie für den Schadensersatzanspruch beim Rücktritt vom zweiseitigen Vertrag beträgt 10 Jahre. Art. 109 OR.

1. — Die von der Beklagten gegenüber dem Rückgabeanspruch des Klägers gemäss Art. 109 Abs. 1 OR erhobene Einrede der Verjährung wäre nur begründet, wenn dieser

Anspruch als Bereicherungsanspruch nach Art. 62 ff. OR anzusehen wäre, wie dies die Beklagte behauptet, der nach Art. 67 OR innert Jahresfrist verjährt.

Nun hat das Bundesgericht in seinem Entscheid in Sachen Büttig gegen Schindler & C^{ie} (BGE 60 II S. 27 ff.) bereits entschieden, dass dieser Rückgabeanspruch der zehnjährigen Verjährungsfrist unterstehe, da nicht einzusehen sei, weshalb für ihn nicht dieselbe Verjährungsfrist gelten sollte, wie für den Schadenersatzanspruch aus Absatz 2 desselben Artikels, der nach allgemein anerkannter Auffassung der zehnjährigen Verjährung unterworfen sei.

2. — Die Beklagte bestreitet die Richtigkeit dieser Argumentation, da auch der Schadenersatzanspruch nach Art. 109 Abs. 2 OR als Anspruch auf das negative Interesse, wie derjenige der Gegenpartei eines fahrlässig Irrenden (Art. 26 OR) und eines vollmachtlosen Stellvertreters (Art. 39 OR), ausservertraglicher Natur sei und somit gemäss Art. 60 OR in einem Jahre verjähre.

Diese Auffassung ist jedoch irrtümlich. Die Beklagte übersieht, dass mit der Einräumung des Anspruches auf das negative Interesse — was nach allgemeiner Auffassung der Sinn des Art. 109 Abs. 2 OR ist — über die Rechtsnatur dieses Anspruches noch nichts ausgesagt ist, da der Begriff des negativen Interesses lediglich eine bestimmte, von einer besonderen Kausalreihe ausgehende Art der Schadensberechnung bedeutet, die auf die Herstellung derjenigen Vermögenslage abzielt, in der sich der Geschädigte befände, wenn er sich überhaupt nicht auf den in Frage stehenden Vertrag eingelassen hätte (GUHL, OR S. 46 litt. d; vergl. auch SIMONIUS, Schadenersatz aus Dahinfallen des Vertrages, in Zeitschrift für Schweiz. Recht NF 37 S. 253 f.). Die Rechtsnatur des Anspruches auf das negative Interesse braucht nicht notwendigerweise in allen Fällen, in denen er vom Gesetz verliehen ist, dieselbe zu sein. Ob die Ansprüche aus Art. 26 und 39 OR, mit denen die Beklagte zur Begründung ihrer Auffassung argumen-

tiert, als vertragsähnliche (so BECKER, Anm. 1 zu Art. 26 und Anm. 4 zu Art. 39 OR, sowie v. TUHR OR I S. 263 und 322), oder als ausservertragliche (so SIMONIUS l. c. S. 232) oder als der ausservertraglichen Haftung ähnliche Ansprüche ex lege (so OSER-SCHÖNENBERGER Anm. 7 zu Art. 39 OR) anzusehen seien, braucht daher in diesem Zusammenhang nicht näher geprüft zu werden. Für den Anspruch aus Art. 109 Abs. 2 OR ist auf jeden Fall anzunehmen, dass er nach den Grundsätzen über die Vertragsverletzung zu behandeln sei, weil er mittelbar auf einem vertragswidrigen Benehmen des Schuldners beruht (v. TUHR OR II S. 552): Wenn auch die unmittelbare Ursache für das nachträgliche Dahinfallen des ursprünglich gültigen Vertrages in der Rücktrittserklärung des Gläubigers besteht, so ist dieses doch indirekt durch die vom Schuldner zu verantwortende Nichterfüllung einer vertraglichen Pflicht veranlasst, die durch den Rücktritt nicht ungeschehen gemacht wird (BECKER Anm. 3 zu Art. 109 OR; SIMONIUS l. c. S. 269). Es darf daher für diesen Fall sehr wohl gesagt werden, der Schuldvertrag behalte « eine auf Rückgängigmachung seiner bisherigen Wirkungen gerichtete Wirkungskraft » (GIERKE, Deutsches Privatrecht III S. 308), ohne dass darin ein logischer Widersinn läge, wie die Beklagte meint. Denn das wesentlichste Argument, das von den Verfechtern der ausserkontraktlichen Natur des Anspruches auf das negative Interesse in den Fällen der Art. 26 und 39 OR ins Feld geführt wird, nämlich das Argument, dass ein überhaupt nie gültig zustandegekommener Vertrag nicht gewisse Wirkungen beibehalten könne (so OSER-SCHÖNENBERGER Anm. 7 zu Art. 39 OR) — dieses Argument versagt im Falle des Art. 109 Abs. 2 OR völlig, weil hier eben einmal ein gültiger Vertrag vorlag, der erst nachträglich, infolge eines vertragswidrigen Verhaltens des einen Teils, dahinfällt.

3. —

4. — Ist aber der Anspruch auf Schadenersatz nach Art. 109 Abs. 2 OR als ein vertraglicher anzusehen, so

ergibt sich hieraus die Anwendbarkeit der zehnjährigen Verjährungsfrist des Art. 127 OR, da das Gesetz, die Spezialverhältnisse des Art. 128 OR ausgenommen, eine andere Verjährungsfrist nicht kennt. Diese Lösung erscheint auch deshalb als geboten, weil es nicht recht verständlich wäre, weshalb der Gläubiger beim Rücktritt vom Vertrag in der Frage der Verjährung so viel schlechter gestellt sein sollte, als er es beim Anspruch auf Schadenersatz unter Verzicht auf die nachträgliche Erfüllung wäre.

5. — Da nun die Voraussetzung hinsichtlich des Anspruchs aus Art. 109 Abs. 2 OR, von der der Entscheid in BGE 60 S. 27 ausgeht, durchaus zutrifft, so ist auch gegen die dortigen weiteren Ausführungen, mit denen die Gleichbehandlung des Rückgabeanspruchs nach Abs. 1 begründet wird, nichts einzuwenden. Insbesondere entspricht die Ansicht, dass Absatz 1 nicht als Verweisung auf das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung, Art. 62 ff. OR, aufgefasst werden müsse, sondern ein selbständiger gesetzlicher Anspruch sei, den vom Bundesgericht in BGE 53 II S. 119 f. entwickelten Grundsätzen; hier wurde nämlich entschieden, dass der wechselrechtliche Bereicherungsanspruch nach Art. 813 OR zwar materiell eine *condictio sine causa* sei, aber als *actio ex lege* nicht der Verjährungsfrist des Art. 67 OR unterliege.

Der Einwand der Beklagten, dass mangels einer dem Art. 109 Abs. 1 OR entsprechenden Bestimmung beim einseitig onerosen Vertrag (*contractus bilateralis inaequalis*) und beim einseitigen Vertrag (*contractus unilateralis*) durch diese Auslegung des Gesetzes eine tiefgreifende Ungleichheit bewirkt werde, geht fehl. Denn bei den von der Beklagten herangezogenen Vertragstypen besteht ja kein gesetzliches Rücktrittsrecht aus dem Verzug des Schuldners, sondern nur ein Erfüllungsanspruch des Gläubigers, der sich unter Umständen in einen Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung auflösen kann (OSER-SCHÖNENBERGER Anm. 6 zu Art. 107 OR). Dass ein vertraglich vereinbartes Rücktrittsrecht auch in diesen Fällen

vertragliche Ansprüche zur Entstehung brächte, versteht sich von selbst. Eine ganz andere Frage ist dagegen, welche Ansprüche sich aus dem Dahinfallen eines Vertrages zufolge Bedingung oder Befristung ergäben, die die Beklagte offenbar im Auge hat; diese wären dieselben für den einseitigen und den einseitig-onerosen Vertrag, wie für den zweiseitigen, da es sich ja nicht um Ansprüche aus dem gesetzlichen Rücktrittsrecht nach Art. 107 und 109 OR handeln würde.

Nicht stichhaltig ist auch der Einwand der Beklagten, wenn der Rückgabeanspruch nach Abs. 1 nicht als Bereicherungsanspruch betrachtet werde, so käme dies der vollständigen Ausschaltung des Hauptfalls der Bereicherung, nämlich der *condictio ob causam finitam*, gleich; denn in allen Fällen des nachträglichen Dahinfallens eines Vertrages, eben mit Ausnahme des Sonderfalles des Rücktritts vom zweiseitigen Vertrag nach Art. 107 OR, kämen die Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung zur Anwendung.

Da schliesslich auch von einer illoyalen Hinauszögerung der Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs nicht die Rede sein kann, so ist die Einrede der Verjährung abzuweisen.

59. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. Oktober 1935

i. S. Rogenmoser gegen Tiefengrund A.-G.

Berechnung des Schadenersatzes wegen vorzeitiger Kündigung des Mietvertrages aus wichtigen Gründen; OR Art. 269.

Der Vermieter hat kein Retentionsrecht für die Schadenersatzforderung nach Art. 269.

Aus dem Tatbestand:

A. — Der Kläger Rogenmoser hatte im Mai 1929 von der Beklagten, Tiefengrund A.-G., im neuen Börsengebäude