

In gleiche Richtung deutet die Interessenlage. Der Beklagte hat in seiner Appellationsschrift vom 26. April 1945 zugegeben, dass die Tonfilm Frobenius A.-G. und die Eoscop A.-G. ihrerseits zur Herstellung des Filmes beizutragen hatten, jene durch Vermietung ihres Ateliers und der Aufnahme-Apparaturen, diese durch Ausführung der Entwicklungs- und Kopierarbeiten. Die Tatsache bestätigt, dass der Beklagte und seine Firma an der Leistung Lapaires direkt interessiert waren. Ein derartiges eigenes Interesse des Beklagten stellt ein ernstliches Indiz für einen Garantievertrag dar.

Auch der Zweck des Versprechens des Beklagten lässt auf Garantievertrag schliessen. Der GECE lag nach Vertrag und Korrespondenz alles an der Herstellung und zeitgerechten Ablieferung des Films. Folglich musste sie gerade jene Beeinflussung durch den direkt mitinteressierten Beklagten wünschen, welche ein Kennzeichen des Garantievertrages ist. Gewiss ist auch der Bürge an der Vertragserfüllung durch den Schuldner interessiert, aber mehr eigennützig, während es hier hauptsächlich auf positives Verhalten Lapaires ankam. Die GECE hatte im voraus auf gut Gelingen für Schauspieler und Personal enorme Aufwendungen zu machen. Als nachher der Vertrag geändert wurde und die Regie an Lapaire überging, hatte sie überdies einige Hunderttausend französische Franken vorzuschliessen. Es musste allen klar sein, dass ihr nur mit der Leistung des Dritten Lapaire gedient war, nicht mit dem Ersatz ihres Interesses. Diesem Zweck wurde ein Garantievertrag zweifellos eher gerecht als eine Bürgschaft.

Schliesslich handelt es sich beim Vertreter der GECE wie bei Stoll und Guggenheim um Kaufleute, von denen angenommen werden darf, sie seien sich des Unterschiedes zwischen Bürgschaft und Garantie bewusst. Wollten sie nur eine akzessorische Haftung, also Bürgschaft, so hätten sie das erkennbar zum Ausdruck bringen müssen. Das ist nicht geschehen. Alle Umstände, die Interessenlage, der Zweck des Versprechens, und damit übereinstimmend der

Wortlaut der Erklärungen sprechen für einen Garantievertrag. Daher durfte die GECE darauf vertrauen, dass die vom Beklagten eingegangene Bindung wirklich als Garantie gemeint war. In diesem Vertrauen ist sie zu schützen.

6. Urteil der I. Zivilabteilung vom 8. Februar 1946  
i. S. E. Luchsinger & Co. gegen Parsa, Produits Agglomérés de Romont S. A.

*Verrechnungsverzicht, Art. 126 OR.*

Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichtes nach Art. 43 Abs. 4 OG (Erw. 1).

Voraussetzungen für die Annahme eines (nicht ausdrücklich erklärten) Verrechnungsverzichts (Erw. 2).

Eintritt der Verzichtfolgen unabhängig vom Vorhandensein eines Verzichtswillens (Erw. 3).

*Renonciation à la compensation, art. 126 CO.*

Pouvoir d'examen du Tribunal fédéral selon l'art. 43 al. 4 OJ (consid. 1).

Quand peut-on admettre que le débiteur a renoncé à la compensation (sans l'avoir déclaré expressément) ? (consid. 2).

Les effets de la renonciation peuvent se produire indépendamment de la volonté de renoncer (consid. 3).

*Rinuncia alla compensazione, art. 126 CO.*

Sindacato del Tribunale federale giusta l'art. 43 cp. 4 OGF (consid. 1).

Quando si può ammettere che il debitore ha rinunciato alla compensazione, senz'averne fatta espressa dichiarazione ? (consid. 2).

Gli effetti della rinuncia possono prodursi indipendentemente dalla volontà di rinunciare (consid. 3).

A. — Am 23. März 1944 kaufte die Klägerin von der Beklagten ein Brikettierwerk in Romont zum Preise von Fr. 150,000.—. Mitübertragen wurden die Exploitationsbewilligung und das Basiskontingent von 800 Tonnen pro Monat. Unter den Inventargegenständen befanden sich ein Trocknungssofen und 22,000 Trocknungsbretter. Der Kaufpreis war durch Zahlung einer Quote von Fr. 10.— per Tonne gelieferter Ware zu entrichten.

B. — Mit Schreiben vom 3. Oktober 1944 machte die Beklagte die Klägerin darauf aufmerksam, dass verschiedene Vertragsbestimmungen nicht befolgt worden seien und dass sie sich weitere Schritte vorbehalte, sofern

sie bis zum 10. Oktober nicht eine befriedigende Antwort erhalte. In der Folge traten die Parteien in Verhandlungen, die am 20. November 1944 zu einer neuen Vereinbarung führten. Darin stellte die Beklagte zunächst fest, dass das gesamte Inventar vollständig und in gutem Zustande vorhanden sei. Sie verpflichtete sich, dieses « im Umfange lt. Schreiben der Parsa S. A. vom 10. November 1944 an die Fa. Luchsinger & Co. innert drei Wochen zurückzunehmen ». Andererseits erklärte sich die Klägerin bereit, die von ihr für die verbleibenden Inventargegenstände sowie für den « fonds de commerce » und die Fabrikationsbewilligung zugestandene Summe von Fr. 30,000.— mit je Fr. 10,000.— bis 1. Mai 1945, 1. Mai 1946 und 1. Mai 1947 abzuzahlen.

C. — Gestützt auf diese Abmachungen betrieb die Beklagte die Klägerin mit Zahlungsbefehl vom 5. Mai 1945 für den Betrag von Fr. 10,000.— nebst Zins ab 1. Mai 1945. Die Klägerin erhob Rechtsvorschlag und stellte, nachdem die Beklagte provisorische Rechtsöffnung erlangt hatte, beim Handelsgericht Zürich das Begehren um Aberkennung der in Betreuung gesetzten Forderung. Dabei wurde diese an sich nicht bestritten. Dagegen wollte die Klägerin eigene Schadenersatzansprüche zur Verrechnung bringen. Sie machte geltend, die Beklagte habe ihr beim Vertragsschluss arglistig verschwiegen, dass der Trocknungssofen zufolge eines feuerpolizeilichen Verbotes nicht benützt werden durfte und dass die Trocknungsbretter zum vorausgesetzten Gebrauch untauglich gewesen seien. Durch diese Mängel sei ihr ein Schaden von wenigstens Fr. 69,282.90 entstanden. Die Beklagte hielt entgegen, mit der Vereinbarung vom 20. November 1944 sei eine endgültige Regelung der gegenseitigen Rechte getroffen worden.

Das Handelsgericht des Kantons Zürich wies die Klage mit Urteil vom 2. November 1945 ab.

D. — Die Klägerin erklärte die Berufung an das Bundesgericht. Sie beantragt die Gutheissung ihres Rechtsbegehrens, eventuell die Rückweisung der Sache an die

Vorinstanz « zu anderweitiger Entscheidung ». Die Beklagte schliesst auf Bestätigung des angefochtenen Erkenntnisses.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Die Vorinstanz stellt zunächst in tatbeständlicher Hinsicht fest, dass die Klägerin von den arglistig verschwiegenen Mängeln schon vor der Vereinbarung vom 20. November 1944 Kenntnis erhalten habe. Hieran ist das Bundesgericht gebunden (Art. 63 Abs. 2 OG).

Sodann führt die Vorinstanz aus, in der Vereinbarung vom 20. November 1944 sei weder eine Aufhebung noch eine blosse « Modifikation » des Kaufvertrages vom 23. März 1944 zu erblicken. Vielmehr handle es sich um « eine gütliche Teilwandelung, indem die Beklagte von der Klägerin den Grossteil der Kaufgegenstände zurücknahm, ihr jedoch gegen Entrichtung einer Entschädigung von Fr. 30,000.— den Rest der Gegenstände, die Ausbeutungsrechte und den ‚fonds de commerce‘ beliebt ». Dem ist ohne weiteres beizupflichten.

Auf Grund dieses Sachverhaltes geht die Vorinstanz davon aus, das Abkommen stelle einen alle Streitpunkte umfassenden Vergleich dar und die Klägerin habe auf die Geltendmachung der Schadenersatzansprüche, bezw. der Kompensationseinrede, endgültig verzichtet. Sie nimmt also eine Subsumtion bestimmter Vorgänge unter die als Obersatz der Entscheidung aufgestellte Verzihtsregel vor. Dem Bundesgericht steht es daher zu, zu prüfen, ob nicht eine Rechtsverletzung insoweit vorliege, als die richtig verstandenen Merkmale der Verzihtsregel etwa fälschlicherweise als im vorliegenden Tatbestand enthalten angenommen worden seien (Art. 43 Abs. 4 OG ; vgl. BGE 69 II 319 ff., ferner für das analoge deutsche Recht : STEIN, Komm. zur deutschen ZPO, 14. Aufl., § 549 III/B/3 ; ROSENBERG, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes, 3. Aufl., S. 497 ; BAUMBACH, Komm. zur deutschen ZPO, 10. Aufl., S. 725).

2. — Das Handelsgericht hat den Verzicht auf jede Schadenersatzforderung und den Verzicht lediglich auf die Erhebung der Kompensationseinrede nicht streng auseinandergehalten. Für die Abweisung der Aberkennungsklage genügt schon der Verzicht auf die Geltendmachung der Verrechnung bezw. ein Verhalten, das Verzichtsfolgen zeitigt.

Art. 139 a. OR hatte ausdrücklich bestimmt, ein Verzicht auf die Verrechnungseinrede könne angenommen werden, wenn der Schuldner, wissend, dass er eine Gegenforderung habe, Barzahlung verspreche. Bei der Revision des OR würde diese Vermutung fallen gelassen (Art. 126) in der Meinung, dass diesbezüglich die allgemeinen Auslegungsregeln gelten sollen (BECKER, 2. Aufl., Art. 126 OR N. 1). Diese lassen den Schluss auf einen Verrechnungsverzicht nur dort zu, wo besondere Verumstände darauf hinweisen, dass beidseitig effektive Zahlung vorgesehen wurde (Beispiele bei BECKER, a. a. O. N. 2 und 3; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 126 OR N. 3). Dabei darf nicht übersehen werden, dass der Verzicht auf Verrechnung, analog demjenigen auf Forderung, sich als ein (abstrakter) Vertrag darstellt (über die Verhältnisse beim Forderungsverzicht vgl. z. B. STAUDINGER, Komm. zum BGB, 9. Aufl., II/1 S. 780, PLANCK, Komm. zum BGB, 4. Aufl., II/1 S. 544). Und wenn aus einem Vergleich, also aus einem Neuerungsvertrag, ein Verzicht hergeleitet werden soll, so setzt das voraus, « dass den Parteien die wesentlichen Vertragsmerkmale zusinnbar seien, dass also wenigstens der potentielle Wille diesbezüglich vorhanden sei » (KLANG, Komm. zum österr. BGB IV S. 271, 287 f.). In diesem Sinne muss in jedem einzelnen Fall der Verzichtswille nachgewiesen sein. Dazu genügt es im allgemeinen nicht, wenn jemand, dem eine Gegenforderung zusteht, der andern Partei bestimmte Zahlungen zusichert; dies selbst dann nicht, wenn Forderung und Gegenforderung dem gleichen Grundgeschäft entspringen.

3. — Vorliegend sind in der Vereinbarung vom 20. No-

vember 1944 verschiedene Zahlungstermine genau festgelegt worden. Ob sich daraus allein ein von der Klägerin gewollter Verzicht auf Verrechnung ableiten lässt, erscheint zweifelhaft. Die Frage kann indessen offen bleiben. Denn einem Verzicht steht es in den praktischen Wirkungen gleich, wenn beim Fehlen eines Verzichtswillens angesichts der konkreten Umstände des Falles die Erhebung der Verrechnungseinrede durch Rücksichten auf Treu und Glauben ausgeschlossen ist (STAUDINGER, a. a. O. S. 784, PLANCK, a. a. O. S. 544). Mindestens auf Grund eines solchen gegensätzlichen Verhaltens muss hier ein Verlust des Verrechnungsrechtes angenommen werden. Nachdem die Klägerin ohne jeden Vorbehalt terminierte Abzahlungen versprochen hatte, durfte die Beklagte erwarten, dass aus dem gleichen Grundgeschäft, aus dem die Teilzahlungen geschuldet waren, nicht auch Schadenersatzansprüche erhoben und zur Verrechnung gestellt würden. Ist das aber so, dann braucht das Vorhandensein eines Verzichtswillens auf Seite der Klägerin nicht näher überprüft zu werden, weil eben die Verzichtsfolge unabhängig davon eintritt.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 2. November 1945 bestätigt.

**7. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. Februar 1946 i. S. Terri-Schokoladen A.-G. gegen Sugro A.-G.**

Kauf amerikanischer Waren « fas New York » mit Navicertklausel. Bedingte Obligation: Ausfall der Bedingung. Angemessene Begrenzung der Schwebezeit nach Treu und Glauben durch den Richter. Art. 151 ff. OR., Art. 2 ZGB.

Achat de marchandises américaines « fas New York », avec clause de navicert. Obligation conditionnelle: défaillance de la condition; le juge doit limiter la période de suspension d'après les règles de la bonne foi. Art. 151 ss CO et 2 CC.