

streits vor dem sachlich zuständigen Richter zu erheben, auch aus dem Gesichtspunkt des kantonalen Prozessrechts nichts entgegenstehen, und diese, hier allein relevante Frage durch die prozessualen Erwägungen der Vorinstanz, die darin gipfeln, dass die Beklagte durch Einlassung auf das Sühneverfahren in Münster nicht etwa den dortigen *G e r i c h t s s t a n d* anerkannt habe, nicht präjudiziert sein. Der von der Vorinstanz betonte Umstand, dass nach bernischem Prozessrecht der Aussöhnungsversuch nicht einen Bestandteil des eigentlichen Prozessverfahrens, sondern eine Art Vorverfahren bilde, ist mit ein Grund, weshalb die Annahme einer, rein nur das Sühneverfahren und die Ausstellung der Klagebewilligung durch den Sühnebeamten beschlagenden Anerkennung sich hier rechtfertigt, und es steht mit derselben auch das spätere Verhalten der Beklagten im Einklang, indem sie noch geraume Zeit nach Abhaltung des Sühneverstands in keiner Weise zu erkennen gegeben hat, dass sie das Sühneverfahren vor dem Gerichtspräsidenten von Münster nicht als gültig ansehe, sondern den Kläger geradezu im gegenteiligen Glauben bestärkt hat.

3. — Ist somit die Sühneverhandlung vom 14. Mai 1924 als in verbindlicher Weise durchgeführt zu betrachten, so folgt daraus, dass sie die Verjährung im Sinne von Art. 135 OR unterbrochen, und mit diesem Tage eine neue einjährige Verjährungsfrist zu laufen begonnen hat. Da innert dieser neuen Frist die Klage beim Appellationshof eingereicht worden ist, erweist sich die Verjährungseinrede als unbegründet.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 3. Dezember 1925 aufgehoben und die Sache zu materieller Entscheidung an die kantonale Instanz zurückgewiesen.

**38. Urteil der I. Zivilabteilung vom 26. April 1926**

*i. S. Doussot & C<sup>ie</sup> gegen Brun & C<sup>ie</sup>.*

OR 115. Erlass einer Forderung durch konkludentes Verhalten der Parteien. Klage auf Verzugszinsen von einer Forderung, die in einem früheren Prozess ohne Zinsen und ohne bezüglichen Vorbehalt eingeklagt und zugesprochen worden ist. Die selbständige Einklagung der Zinsen ist zwar an sich möglich, nach den Umständen des Falles aber Erlass der Zinsen anzunehmen.

A. — Zwischen den Parteien wurde ein Prozess geführt, worin die klägerische Firma Doussot & Cie die Beklagten wegen Nichtlieferung von bestellten Waren belangte. Die Klagebegehren vom 14. Februar 1917 lauteten ursprünglich :

I. Die Beklagten haben den Klägern verschiedene Beträge, jeweilen mit 6 % Zins von einem bestimmten Datum an, zu bezahlen.

II. Die Beklagten seien gehalten, den Klägern 287,035 kg Stifte gemäss Bestellung und Verträgen zu liefern, oder aber zu einer Entschädigung von 100 Fr. pro 100 kg nicht gelieferte Stifte zu verurteilen.

III. Die Beklagten haben den Klägern für verspätete Lieferung und Mühewalt 25,000 Fr. nebst 6 % Zins seit 15. Dezember 1916, zu bezahlen.

In der Replik haben die Kläger erklärt, dass sie auf Reallieferung verzichten und nur noch Schadenersatz verlangen ; das Klagebegehren II werde dementsprechend geändert.

Die kantonalen Instanzen wiesen die Klage ab.

Durch Urteil vom 18. Juli 1921 bestätigte das Bundesgericht die Klageabweisung hinsichtlich der Rechtsbegehren I und III ; dagegen erklärte es das Klagebegehren II als grundsätzlich begründet, und wies die Sache behufs Festsetzung der Entschädigung an die Vorinstanz zurück.

In dem neuen Verfahren, das sich vor den kantonalen Instanzen abwickelte, gaben die Kläger vor Obergericht die Erklärung ab, sie behalten sich vor, die Zinsen von der Schadenersatzforderung in einem besonderen Verfahren geltend zu machen.

Das Obergericht erkannte am 4. Juli 1923: « Die Beklagten haben an die Kläger 89,606 Fr. 75 Cts. zu zahlen; im übrigen ist die Klage abgewiesen. » Inbezug auf den Zins heisst es in den Erwägungen, ein Verzugszins sei in diesem Verfahren nicht ans Recht gestellt, und könne daher hierüber nicht geurteilt werden.

Die Beklagten ergriffen gegen dieses Urteil die Berufung an das Bundesgericht, zogen dieselbe jedoch Mitte November 1923 zurück. Während der Hängigkeit der Sache vor Bundesgericht pflogen die Parteien Unterhandlungen, in deren Verlauf nach der Behauptung der Beklagten ein Vergleich zustande kam, durch den die Kläger sich angeblich mit der Zahlung der Verzugszinsen seit 1. November 1923 begnügten, unter Verzicht auf die vor diesem Datum erlaufenen Zinsen. Nach der Darstellung der Kläger handelt es sich dabei um einen blossen Vergleichsentwurf, der von ihnen nicht genehmigt wurde.

B. — Schon am 11. Juni 1923 hatten die Kläger gegen die Beklagten für 37,634 Fr. 85 Cts., nebst 6 % Zins seit 10. Mai 1923, nämlich den Verzugszins für jene richterlich zugesprochene Schadenersatzforderung von 89,606 Fr. 75 Cts. zu 6 % vom 10. Mai 1916 bis 10. Mai 1923, Betreuung eingeleitet. Die Beklagten schlugen Recht vor. Hierauf hoben die Kläger im April 1924 die vorliegende Klage an, mit der sie Zahlung des in Betreuung gesetzten Betrages fordern.

C. — Das Amtsgericht Willisau wies, entsprechend dem Antrag der Beklagten, die Klage ab, und das Obergericht bestätigte unterm 11. September 1925 dieses Urteil.

D. — Gegen das obergerichtliche Urteil haben die

Kläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag auf Schutz der Klage. In der Berufungserklärung wird die dem Urteil zu Grunde liegende Annahme eines Verzichts der Kläger auf die Zinsen als aktenwidrig angefochten: die Zinsen seien lange Zeit vor Untergang der Hauptforderung, ja sogar lange bevor über sie entschieden war, geltend gemacht worden.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — Die Feststellung im früheren bundesgerichtlichen Urteil, dass das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien, woraus der Schadenersatzanspruch der Kläger erhoben wurde, dem schweizerischen Recht unterstehe, gilt auch für den im gegenwärtigen Verfahren streitigen Zins von diesem Anspruch.

2. — Es handelt sich bei der Klageforderung um Verzugszinsen, also um gesetzliche Zinsen, und nicht um solche vertraglicher Natur: die Kläger machen geltend, dass die Beklagten sich seit dem 10. Mai 1916 mit der Schadenersatzsumme in Verzug befunden haben, und verlangen gestützt auf Art. 104 OR 6 % Zins für sieben Jahre bis zum 10. Mai 1923.

Da Verzugszinsen gefordert werden, erscheint die von den Beklagten erhobene Verjährungseinrede ohne weiteres als unbegründet. Verzugszinsen sind keine periodisch fällig werdenden Leistungen im Sinne von Art. 128 Ziff. 1 OR, wie Kapitalzinsen. Infolgedessen gilt für sie nicht die fünfjährige Verjährungsfrist, sondern diejenige, welcher der Hauptanspruch unterliegt (OR Art. 133), d. h. die ordentliche Verjährungsfrist von zehn Jahren; diese war, ganz abgesehen von allfälligen Unterbrechungen, bei Anhebung der Klage noch nicht abgelaufen.

3. — Ebenso erweist sich die Einrede der abgeurteilten Sache als haltlos. Denn die heute streitigen Verzugszinsen wurden im früheren Prozesse nicht eingeklagt, und die Vorinstanz stellte im Urteil vom 4.

Juli 1923 ausdrücklich fest, dass damals darüber nicht geurteilt werden konnte. Auch kann man nicht etwa sagen, dass die Hauptforderung ohne Zins gutheissende Urteil schaffe *res judicata* im Sinne der Abweisung der Zinsforderung, weil diese überhaupt nicht mehr eingeklagt werden könne. Freilich stehen die Zinsen nach ihrer Regelung im OR, und die Verzugszinsen im besondern, in einem gewissen rechtlichen Zusammenhang, einem Verhältnis innerer Verbundenheit zu der Hauptforderung; die akzessorische Natur zeigt sich vor allem darin, dass sie nur entstehen und anwachsen können, insofern und solange die Hauptforderung besteht. Sind aber die Zinsen einmal entstanden, so bleiben sie zwar immer noch in gewisser Beziehung in einem Abhängigkeitsverhältnis zur Hauptforderung, indem die Quittung über die Hauptforderung die Vermutung begründet, dass auch die Zinsen bezahlt seien (OR 89 II), mangels anderweitiger Verabredung auch die Zinsen mit der Hauptforderung erlöschen (OR 114 II), sie mit der Hauptforderung verjähren (OR 133), bei der Abtretung der Forderung im Zweifel auch die rückständigen Zinsen übergehen (OR 170 III) usw.; allein die Zinsen sind nicht derart unbedingt mit der Hauptforderung verknüpft, dass sich hieraus die Unmöglichkeit einer selbständigen Einklagung ergeben würde (vgl. OSER, Anm. III 2 d zu OR 73; v. TUHR, OR S. 59). Eine solche muss von vornherein überall da möglich sein, wo in bezug auf den Zins der Gläubiger ein anderer ist, als in bezug auf die Hauptforderung. Ferner können selbstverständlich die Zinsen gesondert eingeklagt werden, wenn sie allein streitig sind, oder wenn vereinbart ist, dass trotz Erlöschens der Hauptforderung die erlaufene Zinsforderung bestehen bleibe.

4. — Die Vorinstanz ist namentlich deshalb zur Abweisung der Klage gelangt, weil die Voraussetzungen des Art. 114 Abs. II OR nicht erfüllt seien, indem als die Kläger die Hauptforderung ohne Zinsen einklagten,

der Weiterbestand der Zinsforderung nicht verabredet worden sei und die Befugnis der Kläger zur Nachforderung der Zinsen sich auch nicht den Umständen entnehmen lasse. Sie scheint jedoch einigermassen den Zusammenhang dieser Vorschrift mit Abs. I des Art. 114 OR übersehen zu haben. Darnach erlöschen mit der Hauptforderung auch ihre Nebenrechte, was bei gewissen Nebenrechten (Bürgschaft, Pfandrecht, Retentionsrecht) aus der Natur der Sache folgt, nicht aber bei dem Anspruch auf erlaufene Zinsen, der an sich weiterbestehen könnte, und dessen Fortbestand denn auch nach Abs. II von Art. 114 ausdrücklich oder stillschweigend verabredet werden kann. Im vorliegenden Falle hat man es aber nicht mit einem *Erlöschen*, der Hauptforderung durch Zahlung oder dergleichen, ohne Verabredung der Fortdauer des Zinsanspruchs, zu tun, sondern mit der *Einklagung* des Hauptanspruches ohne Zinsen, und ohne Vorbehalt der Nachforderung derselben durch den Gläubiger. Im modernen Prozess, auch im luzernischen, hat die Klageeinleitung nicht mehr die Wirkung, dass sie den materiellen Anspruch vernichtet, und an dessen Stelle ein neues Rechtsverhältnis mit entsprechendem materiellem Inhalt tritt; das Urteil ergeht über den eingeklagten materiellen Anspruch und stellt ihn, wenn es positiv lautet, in bindender Weise fest. Daher kann eine direkte Anwendung von Art. 114 Abs. II OR auf den vorliegenden Tatbestand nicht in Frage kommen, sondern höchstens eine analoge, in dem Sinne, dass dem Untergang der Hauptforderung deren Einklagung ohne Zinsen gleichzustellen wäre, mit der Wirkung, dass die Zinsen mangels Verabredung ihres Weiterbestandes erlöschen würden. Allein die Einklagung ist doch etwas von dem Erlöschen der Forderung rechtlich derart Verschiedenes, dass man die beiden Tatbestände nicht wohl gleich behandeln kann. Die Verschiedenheit zeigt sich namentlich hinsichtlich der übrigen Nebenrechte, speziell der in Art.

114 Abs. I genannten (Bürgschaften und Pfandrechte), für die man dann ebenfalls die Einklagung dem Erlöschen im Sinne der gedachten Vorschrift gleichstellen müsste; es kann aber nicht davon die Rede sein, dass diese Nebenrechte, für die das Gesetz, im Gegensatz zu den erlaufenen Zinsen, eine Möglichkeit des Fortbestandes kraft Parteiabrede nicht vorsieht, mit der Einklagung der Hauptforderung ohne weiteres untergehen würden.

5. — Danach steht und fällt die Klage mit dem Entschcheid über die weiter erhobene Verzichtseinrede, indem es sich fragt, ob nach den Umständen des Falles in der vorbehaltlosen Einklagung der Hauptforderung ohne Zinsen ein Verzicht auf die letztern zu erblicken, eventuell ob durch nachträglichen Vergleich zwischen den Parteien auf die Geltendmachung der Zinsforderung in verbindlicher Weise verzichtet worden sei. Es müsste sich um einen Erlass des Zinsanspruches handeln, ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, das dadurch zustande gekommen wäre, dass die Kläger durch die Nichteinklagung der Zinsen ohne Vorbehalt den Erlasswillen kundgegeben, und die Beklagten durch ihr Stillschweigen dem Erlass zugestimmt hätten (OR 115). Die Tatsachen, aus denen sich ein solcher Erlass ergeben soll, haben die Beklagten zu beweisen, wobei in Betracht kommt, dass ein Erlass sowenig vermutet wird, wie eine Novation (OR 116). Dass im übrigen ein Erlass auch durch stillschweigende Willenserklärung zustande kommen kann, bedarf keiner Ausführung; ob es der Fall ist, hat der Richter nach seiner Lebenserfahrung im einzelnen Falle zu untersuchen.

Nach der Erklärungs- oder Vertrauenseitheorie, auf deren Boden das OR steht, kommt es bei der Frage, ob in der vorbehaltlosen Einklagung der Hauptforderung ohne die Zinsen seitens der Kläger eine Willenserklärung des Inhalts liege, dass sie auf die Zinsen verzichten wollen, nicht sowohl darauf an, welches der wirkliche

psychische Sachverhalt bei den Klägern oder ihrem Vertreter war, sondern wie in dieser Beziehung ihr Verhalten aufzufassen war. Die Äusserung eines Erlasswillens durch konkludente Handlungen liegt dann vor, wenn anzunehmen war, die Nichteinklagung der Zinsen sei eine gewollte, vorsätzliche gewesen. In diesem Falle kann das Verhalten der Kläger kaum anders denn im Sinne eines Verzichtes gedeutet werden. Denn da nach schweizerischem Recht die Zinsen in einem engen Verhältnis des rechtlichen Zusammenhanges zu der Hauptforderung stehen, und dieser bei den Verzugszinsen ein besonders starker ist, indem die Verzugszinsen nicht periodisch fällig werden, wodurch sie eine gewisse Selbständigkeit erhalten würden, und es kaum je vorkommen wird, dass sie inbezug auf ihr rechtliches Schicksal von der Hauptforderung sich lösen, ist ein vernünftiger Grund dafür, dass der Gläubiger sie absichtlich nicht mit dieser einklagt, schwerlich denkbar, ausser er will sie eben erlassen. Es würde allen Regeln der Prozessökonomie widersprechen, zwei gesonderte Prozesse zu führen: einen für die Hauptforderung und einen für den Verzugszins. Die Frage spitzt sich also dahin zu, ob die Einklagung der Zinsen aus Versehen unterblieben sei, wie die Kläger behaupten, oder ob eine vorsätzliche Nichteinklagung vorliege. In dieser Hinsicht fällt ausschlaggebend in Betracht, dass die Kläger im Vorprozess mehrere Rechtsbegehren gestellt hatten, alle jeweilen mit genauem Verzugszins, und dieser nur gerade, und ohne ersichtlichen Grund, bei dem in Frage stehenden Klagebegehren weggelassen war. Diese Tatsache spricht entschieden gegen die Annahme eines Versehens, für welche auch sonst jeder Anhaltspunkt in den Akten fehlt. Unter diesen Umständen, und nachdem die Kläger auch in der Replik, in der sie das ursprünglich gestellte Erfüllungsbegehren fallen liessen und sich auf die Schadenersatzforderung beschränkten, nichts von einer Zinsforderung haben

verlauten lassen, lag die Annahme nahe, und waren die Beklagten zu derselben berechtigt, dass die Kläger bei Zusprechung der geforderten beträchtlichen Pauschalsumme sich als voll entschädigt betrachteten und auf weitere Forderungen, insbesondere auf Geltendmachung von Verzugszinsen, verzichteten.

Der Erlass lag aber so sehr im Interesse der Beklagten, dass ihr Stillschweigen unbedingt als Zustimmung ge- deutet werden muss. Damit war der Erlass des Zins- anspruchs verbindlich zustande gekommen, und es konnte hieran der Vorbehalt, den die Kläger erst volle 6 Jahre später, in dem nach dem bundesgerichtlichen Rück- weisungsurteil durchgeführten neuen kantonalen Ver- fahren, vor der obern Instanz gemacht haben, nichts mehr ändern. Die Beklagten scheinen zwar gegen diesen nachträglichen Vorbehalt nichts eingewendet zu haben ; doch vermag dieser Umstand allein die Annahme eines Verzichts nicht zu entkräften, wie strenge es auch im übrigen mit der Annahme eines Erlasses durch konkludente Handlungen zu nehmen ist.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 11. September 1925 bestätigt.

**39. Urteil der I. Zivilabteilung vom 10. Mai 1926**  
i. S. Högger gegen Bernet.

Konventionalstrafe. Herabsetzung. OR 163 III. Bei der Frage der Übermässigkeit ist nicht schlechthin auf die Höhe der Interessen abzustellen, die bei Aufstellung des Verbotes ins Auge gefasst wurden, sondern es ist auch in Betracht zu ziehen, in welchem Umfang diese Interessen durch das verbotswidrige Ver- halten verletzt worden sind.

A. — Der Kläger Högger hatte dem Beklagten Johann Bernet im September 1921 seine Liegenschaft mit Bäckerei in Riggenswil verkauft, und kaufte sie dann am 3. Januar 1922 von diesem wieder zurück (mit einem Mehrpreis von 12,000 Fr.). Dabei verpflichtete sich der Beklagte, laut einer dem Kläger am gleichen Tage ausgestellten « Bescheinigung » : « dass er ihm als Rück- käufer seiner Liegenschaft in Riggenswil in keiner Weise Konkurrenz machen wolle, bei einer Busse von 10,000 Fr. auf die Dauer von 10 Jahren. » (Beigefügt ist : « für das Dorf Flawil kommt diese Verpflichtung nicht in Betracht, und ist die Grenze bei Lindenhof-Botsberg. »)

Am 31. Januar 1925 kaufte sodann ein Albert Wigert die Bäckerei zur Luxburg in Nieder-Uzwil, welche Ortschaft innerhalb des vom Konkurrenzverbot be- troffenen Gebietes liegt. Er verkaufte sie aber schon am 9. Mai 1925 an Paul Bernet (dass dieser mit dem Beklagten verwandt sei, ist nicht behauptet). Der Beklagte betätigte sich in verschiedener Weise sowohl bei der Herrichtung dieser Bäckerei, als bei deren Betrieb, und endlich bezüglich ihres Weiterverkaufs an einen Liebhaber in Chur, namens Bänziger. Aus den Zeugen- aussagen und teilweise auch aus den eigenen Angaben des Beklagten geht hervor, und wird von der ersten Instanz festgestellt, dass er, während Wigert Besitzer war, mindestens die halbe Zeit sich auf der Luxburg aufhielt, daselbst Maler- und Maurerarbeiten ausführte,