

Konkurrenzausübung lag in der Verkaufsvermittlung für einen Dritten an sich nicht.

Dass der dem Kläger zugefügte Schaden nicht bedeutend war, haben beide kantonalen Instanzen festgestellt, und es stimmt damit auch die Haltung der Parteien im Prozess überein. Der Schaden ist darnach durch den zugesprochenen Betrag von 5000 Fr. reichlich gedeckt. Auf den vom Beklagten durch den Wiederverkauf der Bäckerei an den Kläger erzielten, ausserordentlichen Gewinn darf nicht abgestellt werden, da dieser Gewinn und die Konventionalstrafe in keinem Zusammenhang stehen.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 28. Januar 1926 bestätigt.

**40. Urteil der I. Zivilabteilung vom 18. Mai 1926**

**i. S. Erben Bodmer gegen Schöffter.**

Ungerechtfertigte Bereicherung : Klage auf Rückerstattung von pränumerando bezahlten Zinsen wegen vorzeitiger Tilgung der Darlehensschuld. Begriff des Zinses.

A. — Der Kläger Schöffter benötigte für den Umbau seines Hauses Bahnhofstrasse 83 in Zürich Geld und traf im Januar 1920 mit J. A.-W. Bodmer eine Vereinbarung, wonach dieser sich verpflichtete, ihm ein auf 5 Jahre festes Darlehen im Betrage von 300,000 Fr. zu gewähren, gegen Übergabe eines auf dem Hause des Klägers zu errichtenden sechsprozentigen Inhaberschuldbriefes von 300,000 Fr. zu Faustpfand. Nach vollständiger Ausbezahlung der Darlehenssumme — die sukzessive zu geschehen hatte — sollte der Schuldbrief in das Eigentum des Darleihers übergehen. Über die Verzinsung bestimmte Bodmer in seinem Bestätigungsschreiben vom 15. Januar 1920: «Der Zins beträgt 8½ %, wovon

6% im Schuldbrief erscheinen, die halbjährlich am 31. Januar und 31. Juli zahlbar sind..... Die übrigen 2½ % kürze ich auf meiner Auszahlung, wie beim letzten Geschäft.» Durch Gegenbestätigung vom 19. Januar 1920 erklärte sich der Kläger damit einverstanden.

In der Folge erhöhte Bodmer — mit Zustimmung des Klägers — den Abzug von 2½ % auf 3%. Mit Schreiben vom 31. Dezember 1920 stellte er fest, dass seine Zahlungen auf diesen Tag 160,000 Fr. ausmachen : «vom 31. Januar 1921 auf vier Jahre fest, ohne weitere Kündigung am 31. Januar 1925 zurückzuzahlen und bis dahin halbjährlich am 31. Juli und 31. Januar à 6% per Jahr zu verzinsen.»

Für die restierenden 140,000 Fr. vereinbarten die Parteien, dass die fünfjährige Darlehensdauer nicht schon am 31. Januar 1925, sondern erst am 1. März 1926 zu Ende gehen sollte. Am 3. März 1921 stellte Bodmer dem Kläger folgende Abrechnung per 1. März zu :  
«Am 12. Februar 1921 zahlte ich Ihnen Fr. 12,869.80  
hiezukommt Zins und Bankkommission  
bis 1. März . . . . . » 57.90  
Am 1. März übergab ich Ihnen Check  
von . . . . . » 20,000.—  
dazu 3% Bankkommission für 5 Jahre » 4,939.15

Sie schulden mir am 1. März 1921 . . . Fr. 37,866.85» wofür der Kläger am 5. März den «Richtigbefund» erstattete. Bis zum 31. Juli 1921 ergänzte Bodmer seine Zahlungen bis auf die erwähnte Summe von 140,000 Fr., was er dem Kläger mit Schreiben von diesem Tage bestätigte. In seiner Aufstellung rechnete er in diese Summe u. a. folgenden Posten ein : «12,038 Fr. 20 Cts. als Kommission auf 89,171 Fr. 85 Cts. vom 31. Juli 1921 bis 1. März 1926.»

Mit Zuschrift vom 22. September 1924 teilte ihm der Kläger mit, dass er am 31. Januar 1925 die ganze Schuld von 300,000 Fr. zurückzahlen werde, womit sich Bodmer am 24. September einverstanden erklärte. Am 20. Januar

1925 schrieb er dem Kläger: « Ich ersuche Sie höflich, die am 31. Januar fälligen Briefe, zuzüglich Zinsen, bei der Zürcher Kantonalbank gegen Aushändigung der Briefe für meine Rechnung zu erledigen. Das Kapital ist 300,000 Fr. plus 6% Zinsen bis zum 31. Januar 1925 = 8300 Fr.» Unterm 28. Januar 1925 benachrichtigte die Treuhandvereinigung « Fides » in Zürich Bodmer, der Kläger habe sie beauftragt, den bei der Zürcher Kantonalbank deponierten Schuldbrief von 300,000 Fr. gegen Vergütung von 140,000 Fr. auszulösen. Den Restbetrag werde die Kantonalbank durch die Basler Lebensversicherungsgesellschaft erhalten. Auch der Kläger seinerseits schrieb ihm am 29. Januar 1925, er werde ihm, wie besprochen, am 31. Januar das Kapital von 300,000 Fr. plus 6% Zinsen bis zum 31. Januar 1925 mit 8300 Fr. bei der Zürcher Kantonalbank zur Verfügung stellen. « Von der Zinssumme werde ich natürlich, was Ihnen wohl entgangen sein dürfte, die 3% Kommission in Abzug bringen, welche ich auf dem Betrag von 140,000 Fr. Ihnen seinerzeit zum voraus entrichtete. Da ich Ihnen die Kommission bis zum 1. März 1926 bezahlte, so macht dies 4550 Fr. aus, die ich vom Betrage von 8300 Fr. kürzen werde, sodass also im ganzen 3750 Fr. verbleiben. Damit nicht im letzten Moment irgendwelche Komplikationen eintreten, so wäre ich Ihnen sehr zu Dank verpflichtet, wenn Sie mir vielleicht morgen telephonisch oder in anderer Weise kurz bestätigen wollten, dass Sie der Kantonalbank entsprechende Instruktionen erteilt haben. »

Bodmer antwortete hierauf nicht.

Am 31. Januar 1925 löste der Kläger den Schuldbrief bei der Zürcher Kantonalbank aus, gegen Bezahlung der 140,000 Fr. plus der vollen als Zinsen geforderten Summe von 8300 Fr. Sein Anwalt schrieb an Bodmer gleichen Tages u. a.: « Da sich heute vormittag bei der Kantonalbank herausgestellt hat, dass es zu Komplikationen führen würde, wenn der Betrag von 4550 Fr. lediglich

deponiert würde, so hat mein Klient die volle Summe ausbezahlt und muss nunmehr von Ihnen verlangen, dass Sie ihm umgekehrt den Betrag von 4550 Fr. zurückvergüten. »

B. — Da Bodmer die Rückerstattung verweigerte, erhob der Kläger im Februar 1925 beim Bezirksgericht Zürich Klage auf Zahlung dieser 4550 Fr. nebst 5% Zins seit 31. Januar 1925, indem er sich auf den Standpunkt stellte, dass es sich bei den auf den einzelnen Darlehensbeträgen zum voraus in Abzug gebrachten 3% um eine periodische, von der Dauer der Darlehensgewährung abhängige Leistung, also um Zins handle, sodass er zur Rückforderung des für die Zeit vom 31. Januar 1925 bis 1. März 1926 vorausbezahlten Betrages berechtigt sei.

Bodmer beantragte Abweisung der Klage: Die Vergütung von 3% über die 6% hinaus sei nicht als Zins, sondern als Risikoprämie gemeint gewesen, was sich insbesondere aus der in der Korrespondenz seitens beider Parteien erfolgten Bezeichnung als Provision, Kommission oder Bankkommission ergebe, sowie daraus, dass sie nicht periodisch, sondern gleich zum voraus bei Übermittlung der jeweiligen Darlehensbeträge zu entrichten war. Der Kläger habe denn auch die Rückzahlung offeriert ohne irgendwelchen Vorbehalt, dass er einen Teil der zum voraus bezahlten Risikoprämie zurückfordere. Erst in seinem Schreiben vom 29. Januar 1925 habe er einen solchen gemacht, auf das Stillschweigen des Darleihers hin dann aber gleichwohl Zahlung ohne jeden Abzug geleistet.

C. — Mit Urteil vom 23. April 1925 hat das Bezirksgericht Zürich die Klage gutgeheissen.

Ein vom Referenten des Bezirksgerichts zu Protokoll gegebener Minderheitsantrag auf Abweisung der Klage stützt sich als Hauptargument darauf, der Kläger habe — unter der Voraussetzung, dass die 3% eine Zinsvergütung darstellen — freiwillig und ohne in einem Irrtum befangen gewesen zu sein, eine Nichtschuld

bezahlt, sodass jede Rückforderung ausgeschlossen sei (Art. 63 OR).

Am 30. Oktober 1925 hat das Obergericht des Kantons Zürich das erstinstanzliche Urteil bestätigt.

D. — Gegen dieses Urteil hat der Vertreter des Bodmer am 28. November 1925 die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

E. — Am 11. Dezember 1925 ist J. A. W. Bodmer gestorben. Seine Erben entschieden sich gemäss Art. 75 BZP für die Weiterführung des Prozesses.

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

1. — Der Kläger macht mit der vorliegenden Klage einen Anspruch auf Rückerstattung einer Bereicherung geltend, mit der Behauptung, Bodmer habe durch die Vorauszahlung der streitigen 4550 Fr. eine Zuwendung aus einem nicht verwirklichten Grunde erhalten (Art. 62 OR). Es handelt sich also um eine *condictio ob causam futuram*, indem einen Hauptfall dieser *condictio* gerade der vom Kläger geltend gemachte Tatbestand bildet, dass Zinsen pränumerando bezahlt werden und die Hauptforderung vorzeitig erlischt (vgl. v. TUHR, OR I S. 379).

2. — Aus dieser rechtlichen Gestaltung der angehebenen Bereicherungsklage folgt zunächst, dass der Kläger nicht zu beweisen hat, dass er unfreiwillig oder aus Irrtum über seine Schuldpflicht bezahlt habe; denn dies sind die Voraussetzungen der speziellen *condictio indebiti*, die auf die Rückforderung aus nicht verwirklichtem Grunde selbstverständlich nicht zutreffen. Damit erledigt sich auch die auf Art. 63 OR gestützte Einwendung im Minderheitsantrag des Bezirksgerichts.

3. — Dagegen hat der Kläger darzutun, dass die Zahlung auf dem nicht verwirklichten Grunde beruhte. In dieser Beziehung ist unbestritten, dass das Darlehen vorzeitig zurückerstattet worden ist — die Parteien hatten vereinbart, es solle bis März 1926 gewährt werden, während der Kläger, im Einverständnis des Bodmer, es

schon im Januar 1925 zurückbezahlt hat — und die Frage bleibt bloss die, ob die Zuwendung mit Rücksicht auf jene ursprüngliche Darlehensdauer gemacht, bzw. in ihrer Höhe danach bestimmt worden sei, oder aber unabhängig von dieser Zeitdauer. Die Beklagten behaupten das letztere, indem sie sich auf die von den Parteien vorgenommene Teilung der vom Darlehensnehmer zu leistenden Vergütungen in a) Zinsen zu 6% und b) eine « Provision » von 3% berufen, sowie darauf, dass diese 3% zum voraus zu bezahlen waren, bzw. auf den jeweiligen Darlehensraten in Abzug gebracht werden sollten. Allein die Benennung der Vergütung, welche den Parteien beliebt, ist nicht entscheidend für ihre rechtliche Bedeutung, und ebensowenig steht die Vereinbarung der Vorauszahlung entgegen, in dieser zweiten Vergütung, gleich wie in der ersten, einen Zins zu erblicken. Nicht als Zinsen werden freilich die Abzüge betrachtet, welche der Gläubiger bei Auszahlung eines Darlehens an der Nominalsumme macht, aber nur, wenn sie nicht im Verhältnis zur Dauer der Kapitalschuld stehen. Ist die Höhe der Vergütung, bzw. des Abzuges, von der Dauer abhängig gemacht, während welcher der Darlehensgeber dem Borger sein Geld leiht, so handelt es sich um Zins; denn Zins bedeutet rechtlich die Vergütung, welche ein Gläubiger für die Entbehrung einer ihm geschuldeten Geldsumme zu fordern hat und welche sich nach der Höhe der geschuldeten Summe und der Dauer der Schuld bestimmt (v. TUHR, a. a. O. S. 54 und 56; OSER, N. I zu Art. 73 OR).

4. — Es ist unbestritten, dass hier die Höhe der Vergütung, welche der Kläger durch den von Bodmer vorgenommenen Abzug der dreiprozentigen sog. Provision geleistet hat, nach der Dauer des Darlehensverhältnisses berechnet worden ist und somit die Gegenleistung an den Darleiher für die Entbehrung des Kapitals bildet, zu welcher sich dieser verpflichtet hatte. Daraus ergibt sich ohne weiteres, dass Bodmer *pro rata temporis* bereichert worden ist, in dem Moment, wo er das Dar-

lehenskapital vorzeitig zurückerhielt, da der Kläger für die Restdauer des Darlehensverhältnisses seine Gegenleistung gemacht, den Genuss des Kapitals dagegen nicht mehr gehabt hat.

Bei dieser Sachlage versteht sich die Gutheissung der Rückforderungsklage von selbst, es wäre denn, dass in den besondern Umständen des Falles ein Hindernis bestünde. Man könnte versucht sein, ein solches darin zu erblicken, dass der Kläger die Darlehensvaluta samt Akzessorien am 31. Januar 1925 integral zurückbezahlt hat, ohne seine Rückforderung, die ja gerade in diesem Zeitpunkte entstand und fällig wurde, zur Verrechnung zu bringen. Denn die gleichen Gründe, welche den Gesetzgeber bestimmten, die Rückforderung unter den in Art. 63 OR umschriebenen Voraussetzungen auszuschliessen, rechtfertigen entsprechend auch die Annahme, dass wer in einem Falle der vorliegenden Art auf die Kompensation verzichtet, seine Leistung nicht mehr zurückfordern kann. Allein entscheidend fällt hier in Betracht, dass Bodmer damals noch gar nicht den Standpunkt eingenommen hatte, dass er auch bei vorzeitiger Rückzahlung des Kapitals den pränumerando geleisteten Zins voll behalten wolle. Auf die bezügliche Anfrage des Klägers hin im Schreiben vom 29. Januar 1925 hatte er geschwiegen, und wenn die Beklagten nun dieses Schweigen als Ablehnung auslegen und geltend machen wollen, Bodmer würde den Schuldbrief nicht herausgegeben haben, wenn der Kläger nicht auf den Abzug verzichtet hätte, so ist ihnen entgegenzuhalten, dass jener in diesem Falle eben den Schuldbrief wieder hätte zurückverlangen müssen, gegen Wiedererstattung des Darlehenskapitals an den Kläger für die Restdauer des ursprünglich verabredeten Darlehensverhältnisses.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 30. Oktober 1925 bestätigt.

#### 41. Urteil der Staatsrechtlichen Abteilung vom 17. Juni 1926 i. S. Erben Oswald gegen Eidgenossenschaft.

Verletzung eines schweizerischen Wehrmannes durch Soldaten eines fremden Staates, die irrtümlich die Grenze zwischen diesem Staat und der Schweiz überschritten hatten. Ansprüche a) des verletzten Wehrmannes, b) des Bundes aus der Verwundung bzw. Grenzüberschreitung. Stellung der Erben des Wehrmannes, wenn dieser infolge der Verletzung vor Erledigung der Schadenersatzfrage gestorben ist. Rechtliche Natur der Intervention des Bundes bei dem fremden Staate wegen der Grenzverletzung und des Verhältnisses an dem als Folge der Intervention vom fremden Staate Bezahlten. Kompetenz des Bundesgerichts zur Beurteilung einer Klage der Erben des Wehrmannes gegen den Bund auf Ausrichtung dieser Summe an sie.

A. — Am 3. November 1918, als der Waffenstillstand zwischen Italien und Österreich schon abgeschlossen war, die Nachricht hievon aber die italienischen Vorposten an der Dreisprachenspitze noch nicht erreicht hatte, geriet eine Abteilung italienischer Truppen auf schweizerisches Gebiet. Sie stiess hier auf eine schweiz. Patrouille, welche einige auf schweiz. Boden geflüchtete österreichische Offiziere und Soldaten festgenommen hatte und nach dem schweiz. Posten am Umbrail zu führen im Begriffe war. Trotz der Rufe und Zeichen der Schweizer gaben die Italiener — in der Dunkelheit — Feuer. Durch ihre Schüsse wurden zwei schweiz. Wehrmänner, die Füsiliere Derungs und Oswald getroffen. Die Verletzungen des Derungs waren verhältnismässig leichte. Bei Oswald hatte der Schuss eine Verletzung der Wirbelsäule mit darauffolgender teilweiser Blasen- und Darmlähmung und fast vollständiger Unbeweglichkeit der unteren Extremitäten zur Folge, die ihn dauernd erwerbsunfähig und pflegebedürftig machten. Er wurde zuerst nach Santa Maria und dann nach dem Kreis-ospital Oberengadin in Samaden gebracht, wo er bis zum April 1922 blieb. Dann wurde er nach dem thurgauischen