

geprüft. Die Sache muss an sie zurückgewiesen werden, damit sie dies nachhole. Dabei wird sich gleichzeitig die Frage stellen, ob sich die wirtschaftlichen Verhältnisse, insbesondere die Preise, seit dem Kaufabschluss nicht so tiefgreifend geändert haben, dass die allenfalls noch mögliche Leistung der Klägerin nunmehr — wirtschaftlich gesehen — als eine inhaltlich völlig andere erscheinen würde (BGE 47 II 314 und 391, 48 II 215 und 242).

Demnach erkennt das Bundesgericht :

In Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 23. Juni 1942 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

18. Urteil der I. Zivilabteilung vom 2. März 1943

i. S. Leuppi gegen Rüttimann.

Rechtsmissbräuchliche Erhebung einer Verjährungseinrede, Art. 2 ZGB.

Rechtsmissbrauch ist von Amteswegen zu berücksichtigen.

Rechtsmissbräuchlich ist die Verjährungseinrede nur, wenn das Verhalten des Schuldners, durch das sich der Gläubiger von der rechtzeitigen Geltendmachung seines Anspruchs hat abhalten lassen, seiner Art nach geeignet war, diesen Erfolg herbeizuführen.

Abus du moyen tiré de la prescription, art. 2 CC.

Le juge redresse d'office l'abus du droit.

Le moyen de la prescription n'est abusif que lorsque le comportement du débiteur, en raison duquel le créancier n'a pas exercé son droit à temps, était en soi propre à produire ce résultat.

Abuso dell'eccezione di prescrizione, art. 2 CC.

Il giudice deve tener conto d'ufficio dell'abuso di diritto.

L'eccezione di prescrizione è abusiva soltanto se l'atteggiamento del debitore, a motivo del quale il creditore non ha fatto valere a tempo il suo diritto, era in sé atto a produrre questo risultato.

Aus dem Tatbestand :

Der Kläger Rüttimann machte auf Grund eines formungültigen Kaufvorvertrages über eine Liegenschaft dem Beklagten Leuppi im Mai 1939 eine Anzahlung an den Kaufpreis, die er in der Folge wiederholt, letztmals im

Mai 1940, zurückverlangte. Leuppi anerkannte die Schuld, erklärte sich aber zur Rückgabe des Geldes ausser Stande, da er es nicht mehr besitze. Im Juni 1941 betrieb Rüttimann den Leuppi auf Rückgabe des Geldes; Leuppi erhob Rechtsvorschlag, worauf Rüttimann Klage einreichte. Der Beklagte erhob die Einrede der Verjährung.

Das Bezirksgericht Muri und das Obergericht des Kantons Aargau nahmen an, dass der Bereicherungsanspruch des Klägers auf Rückgabe der Anzahlung an sich zwar verjährt sei, wiesen aber die vom Beklagten erhobene Verjährungseinrede als rechtsmissbräuchlich zurück.

Das Bundesgericht heisst die Berufung des Beklagten gut und schützt die Einrede der Verjährung auf Grund der folgenden

Erwägung :

4. — Die Vorinstanz hat die Verjährungseinrede des Beklagten als rechtsmissbräuchlich zurückgewiesen.

Zu Unrecht glaubt der Beklagte dem entgegenhalten zu können, dass der Kläger das Vorliegen eines Rechtsmissbrauches gar nicht behauptet habe. Denn abgesehen davon, dass sich der Kläger tatsächlich auf Art. 2 Abs. 2 ZGB berufen hat (Kant. Dossier S. 45 unten), wäre ein allfälliger Rechtsmissbrauch von Amteswegen zu berücksichtigen, da Art. 2 Abs. 2 ZGB um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt worden ist (BGE 38 II 463, 40 II 344).

Als rechtsmissbräuchlich bezeichnet die Vorinstanz die Erhebung der Verjährungseinrede durch den Beklagten deshalb, weil er durch seine wiederholten Zahlungsverprechen beim Kläger den Glauben erweckt habe, dass ein gerichtliches Vorgehen nicht nötig sei.

Nun ist allerdings richtig, dass nach der in Rechtsprechung und Schrifttum sowohl zum schweizerischen wie auch zum deutschen Recht allgemein anerkannten Auffassung die Einrede der Verjährung schon dann als gegen Treu und Glauben verstossend zu betrachten ist, wenn der Schuldner durch sein Verhalten beim Gläubiger die Mei-

nung erweckt hat, eine Klage oder Betreibung sei nicht notwendig. Dass der Schuldner den Gläubiger von der rechtzeitigen Geltendmachung seiner Ansprüche abgehalten hat in der böswilligen Absicht, ihm nachher die eingetretene Verjährung entgegenzuhalten, ist dagegen nicht erforderlich (BGE 42 II 682, 46 II 93, 49 II 321, 64 II 289; vgl. auch v. TUHR OR II S. 620; Kommentar Warneyer zu § 202 BGB und dort erwähnte Entscheidungen des Reichsgerichts). Allein nicht jedes Verhalten des Schuldners, das vielleicht auf die Säumnis des Gläubigers einen gewissen Einfluss ausgeübt hat, vermag die Einrede des Rechtsmissbrauches zu rechtfertigen. Erforderlich ist vielmehr ein Verhalten, das seiner Art nach geeignet war, den Gläubiger an der rechtzeitigen Wahrung seiner Rechte zu hindern. Es muss nach verständigem Ermessen, auch bei Anlegung eines objektiven Massstabes, als verständlich erscheinen, dass der Gläubiger durch das Verhalten des Schuldners dazu bewogen wurde, von der Verfolgung seines Anspruches auf dem Rechtsweg abzusehen. Dies bedeutet keineswegs ein Abweichen von der bisherigen Rechtsprechung. Denn soweit dort die Einrede der Verjährung bezw. Verwirkung trotz Fehlen einer Arglist als rechtsmissbräuchlich betrachtet wurde (BGE 46 II 93, 49 II 321), wies das Verhalten der betreffenden Schuldner die oben als erforderlich bezeichneten Eigenschaften auf. Es handelte sich in beiden Fällen um Vaterschaftsbeklagte, die zunächst die Vaterschaft anerkannt und dadurch die Gegenpartei von einer Klageerhebung abgehalten hatten, hernach aber, als die Anerkennung sich wegen Formmangels als ungültig herausstellte, sich auf die Versäumung der einjährigen Klagefrist beriefen. Die wenn auch formungültige Anerkennung der Vaterschaft war aber zweifellos ein Verhalten, das objektiv geeignet war, die Anspruchsberechtigten von der gerichtlichen Geltendmachung ihrer Ansprüche abzuhalten.

Von einem solchen Verhalten des Beklagten kann indes im vorliegenden Fall nicht die Rede sein. Er hat auf die

Mahnung des Klägers hin lediglich mehrmals, zuletzt im Mai 1940, die Rückgabe der Anzahlung versprochen, aber dazu bemerkt, dass er zur Zeit über die Mittel hierfür nicht verfüge. Darin lag, wie bereits bemerkt, wohl eine verjährungsunterbrechende Schuldanererkennung, aber nichts weiteres. Selbst wenn der Kläger aus der Bemerkung des Beklagten, dass ihm die Mittel zur Begleichung der Schuld fehlten, den Schluss zog, dass eine Betreibung in jenem Zeitpunkt zu keinem Ergebnis führen würde, so durfte ihn dies bei objektiver Betrachtung der Verhältnisse doch nicht veranlassen, ein volles Jahr mit der Geltendmachung seines Anspruches zuzuwarten und die Verjährungsfrist verstreichen zu lassen. Gegenteil besteht auch in kleinen Verhältnissen, wie sie hier vorliegen, beim Ausbleiben einer Zahlung innert angemessener Frist trotz solcher Versprechungen des Schuldners für den Gläubiger aller Anlass, seine Rechte zu wahren. Dies darf ihm um so eher zugemutet werden, als nach dem schweizerischen Recht die blosser Zustellung eines Zahlungsbefehles genügt, um die Verjährung zu unterbrechen.

Anders wäre zu entscheiden, wenn der Beklagte den Kläger ausdrücklich ersucht hätte, mit Massnahmen gegen ihn zuzuwarten und gleichzeitig versprochen hätte, das Geld bis zu einem bestimmten Termin nach Ablauf der einjährigen Verjährungsfrist zurückzuerstatten. Dann dürfte ohne Zweifel gesagt werden, das Verhalten des Beklagten habe den Kläger nach vernünftigem Ermessen zum Zuwarten zu bestimmen vermocht.

Wollte man dagegen in einem Falle wie dem vorliegenden die Einrede des Rechtsmissbrauches gelten lassen, so würde die Verjährung zum grossen Teil ihrer Wirkung beraubt und die Naohlässigkeit des Gläubigers in nicht vertretbarer Weise begünstigt. Es besteht für das Verkehrsleben aber kein rechtsschutzwürdiges Interesse, in solchen Fällen zu Gunsten des Gläubigers einen Rechtsmissbrauch anzunehmen. Die Anwendung des formalen Rechtes ist vielmehr nur dann zu verweigern, wenn der Rechtsmiss-

brauch offenbar ist, nicht auch im Zweifelsfall und nicht da, wo die vernünftige Überlegung im allgemeinen nicht dazu führt, die Rechtswahrung zu unterlassen.

**19. Urteil der I. Zivilabteilung vom 20. April 1943
i. S. Papierfabrik Biberist A.-G. gegen Pesch.**

Mäklervertrag ; Zuführungsmäkelei.

Der Mäklerlohn ist verdient, wenn ein psychologischer Zusammenhang zwischen den Bemühungen des Mäklers und dem Entschluss des Dritten gegeben ist.

Courtage. Indication d'une occasion de conclure une convention.

Le salaire est dû au courtier lorsqu'il y a un lien psychologique entre son activité et la décision du tiers.

Contratto di mediazione ; indicazione d'un'occasione di concludere un affare.

La mercede è dovuta al mediatore, quando esista un nesso psicologico tra la sua attività e la decisione del terzo.

A. — Am 3. Februar 1939 schrieb der Liegenschaftsvermittler Mosimann in Bern der Beklagten, der Papierfabrik Biberist A.-G. in Biberist, er vernehme, dass sie daran denke, das Fabrikgebäude ihrer Filiale in Worblaufen bei Bern zu verkaufen. Er fügte bei : « Für diesen Fall wüsste ich Ihnen eventuell einen interessanten Käufer ... zuzuführen... Sie hätten mir einen entsprechenden Auftrag zu erteilen, mit Zusicherung einer angemessenen Verkaufsprovision ». Die Beklagte antwortete Mosimann, wenn es ihm möglich sein sollte einen neuen Interessenten zu vermitteln, mit dem sie zu einem Abschluss käme, so sei sie selbstverständlich bereit eine angemessene Provision auszurichten.

Mosimann bemühte sich in der Folge einen Käufer zu finden. Im spätern Briefwechsel zwischen ihm und der Beklagten wurde die Provision auf 2 % des Verkaufserlöses festgesetzt. Bis Oktober 1940 zahlte die Beklagte an Mosimann insgesamt Fr. 500.— als Spesenvergütung aus.

Im Dezember 1941 verkaufte die Beklagte das Fabrikgebäude in Worblaufen für Fr. 800,000.— an die Eidgenossenschaft, die es für Zwecke der Eidg. Waffenfabrik erwarb. Mosimann verlangte am 21. Januar 1942 von der

Beklagten seine 2 % Provision. Die Beklagte lehnte ab. Am 30. März 1942 trat Mosimann seine Forderung gegen die Beklagte an den Kläger Pesch ab.

B. — Am 8. Juli 1942 klagte Pesch die Papierfabrik Biberist A.-G. ein auf Bezahlung von Fr. 15,500.— nebst Zins zu 5 % seit 21. Januar 1942 (2 % von Fr. 800,000.— abzüglich der von Mosimann bezogenen Fr. 500.—).

Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage.

Das Handelsgericht des Kantons Bern hiess die Klage mit Urteil vom 18. Dezember 1942 im vollen Umfang gut.

C. — Hiegegen hat die Beklagte beim Bundesgericht Berufung eingereicht mit dem Antrag, die Klage sei gänzlich abzuweisen.

Der Kläger schliesst auf Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Die Beklagte bestreitet nicht, mit Mosimann einen Mäklervertrag abgeschlossen zu haben. Streitig ist der Inhalt dieses Vertrages und seine rechtliche Würdigung. Die Vorinstanz kam zum Ergebnis, der gegenseitige übereinstimmende Wille der Parteien sei dahin gegangen, dass die Provision schon dann verdient sein solle, wenn der Mäkler der Beklagten einen Interessenten auch nur « zuführe » und sie mit diesem dann zum Abschluss komme. Diese auf der Beweiswürdigung beruhende Feststellung des Parteiwillens ist tatsächlicher Art und daher für das Bundesgericht verbindlich (Art. 81 OG ; BGE 66 II 61). Aus ihr ergibt sich ohne weiteres der von der Vorinstanz gezogene rechtliche Schluss, dass es sich beim streitigen Vertrag nicht um eine Vermittlungsmäkelei handelt.

2. — Die weitere Frage, ob die Beklagte einen Zuführungs- oder bloss einen Nachweisauftrag erteilt habe, liess die Vorinstanz offen. Sie nahm an, Mosimann habe durch seine Tätigkeit die Provision selbst dann verdient, wenn das Zuführen eines Käufers vereinbart worden sei.

Es ist unbestritten, dass Mosimann im Frühjahr 1939 als erster verschiedene Dienststellen des Eidg. Militärdepartementes auf die Kaufgelegenheit hinwies, so die