

7. Auf Grund des Art. 55 OR hat die Klägerin eine Summe von 5000 Fr. eingeklagt, und die II. Instanz hat ihr 500 Fr. aus diesem Titel zugesprochen, als Genugtuung für die speziell durch den Boykott verursachte Verletzung der persönlichen Verhältnisse der Klägerin. Daß eine solche Verletzung durch den Boykott bewirkt worden ist, steht fest; ebenso ist, gemäß der Praxis des Bundesgerichts (s. spez. BGE 31 II S. 246 f. Erw. 4), anzuerkennen, daß die Klägerin zur Anrufung des Art. 55 OR berechtigt ist. Die Vorinstanz berücksichtigt nun einmal, daß der gesamte Interessentkampf zwischen den Parteien im großen ganzen sachlich geführt wurde, und die Beklagte auch sachliche Gründe zu ihrem Zusammenschluß hatte und der Kampf nicht bloß egoistischen Motiven entsprang; sodann, daß der Klägerin kein Verschulden zur Last falle; endlich, daß die Genugtuungssumme wesentlich die Mißbilligung des Unrechts aussprechen müsse. In diesen Ausführungen sind sämtliche Momente richtig gewürdigt, die in Betracht zu ziehen sind. Dagegen scheint die von der Vorinstanz zugesprochene Summe selbst als zu hoch, und es ist eine Herabsetzung angemessen. Wird einerseits diese Herabsetzung vorgenommen, andererseits aus Art. 50, gemäß den Ausführungen in Erw. 6, ein bescheidener Betrag ex æquo et bono zugesprochen, so gelangt man immerhin zur Bestätigung des angefochtenen Urteils hinsichtlich der Geldforderung.

8. Das Begehren um Publikation des Urteils endlich ist an sich begründet, sowohl auf Grund des Art. 50 wie des Art. 55, in Verbindung mit Art. 51 Abs. 1 OR (vgl. BGE 31 II S. 660 f. Erw. 9). Dagegen ist der Vorinstanz darin nicht beizustimmen, daß die Publikation sich auf einen „vom Gericht zu bestimmenden Auszug“ zu erstrecken habe: Gründe praktischer sowohl wie grundsätzlicher Natur sprechen dagegen, daß ein Auszug, der doch wiederum nicht das Urteil selbst wiedergibt, publiziert werde. Den Interessen der Klägerin ist mit einer Publikation des Dispositivs, und zwar mit einer einmaligen, völlig genüge geleistet. Was die Bestimmung des Urteils betrifft, daß die Publikation auf Kosten der Klägerin zu erfolgen habe, so scheint die Klägerin selber auf eine Abänderung kein besonderes Gewicht zu legen. Es mag denn auch, da die Klägerin in der

Genugtuungssumme, die ihr zugesprochen wird, eine ausreichende Satisfaktion findet, von der Anordnung einer Publikation auf Kosten der Beklagten, also im Sinne einer weiteren Genugtuung, Umgang genommen und der Klägerin überlassen werden, ob sie das Urteilsdispositiv auf ihre Kosten publizieren will.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

1. Die Hauptberufung der Beklagten wird dahin als begründet erklärt und das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons St. Gallen vom 20. Februar 1906 dahin abgeändert, daß die Publikation des Urteils nur im Dispositiv (einmal in einer von der Klägerin zu wählenden Zeitung und auf Kosten der Klägerin) zu erfolgen hat.

2. Im übrigen wird die Hauptberufung, ebenso wie die Anschließberufung, abgewiesen und das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons St. Gallen vom 20. Februar 1906 bestätigt.

48. Urteil vom 29. Juni 1906

in Sachen **Marchetti**, Kl. u. I. Ver.=Kl., gegen **Jaf**,
Bekl. u. II. Ver.=Kl.

Negative Feststellungsklage gegenüber einer Betreibung (auf Zahlung von Mietzinsen und Schadensersatz). — Zulässigkeit; eidg. u. kant. Recht. — Beweislast. — Verjährung der in Betreibung gesetzten Forderung; Zulässigkeit der Einrede der Verjährung (resp. der Begründung der negativen Feststellungsklage mit diesem Standpunkte).

A. Durch Urteil vom 22. März 1906 hat die zweite Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich über die Streitfrage:

Ist die Forderung des Beklagten im Betrage von 2520 Fr. nebst 5 % Zins seit 24. September 1899, für welche der Beklagte Betreibung eingeleitet hat, als unbegründet zu erklären?

erkannt:

Die Forderung des Beklagten ist nur mit Bezug auf folgende Beträge begründet:

1. 157 Fr. 50 Cts. nebst Verzugszins seit 1. August 1905 zu 5 % bis zur Zahlung.

2. 511 Fr. nebst Zins zu 4 % vom 15. Dezember 1899 bis 1. August 1905 und Verzugszins zu 5 % von da an bis zur Zahlung.

Die vom Beklagten mit Zahlungsbefehl Nr. 814 des Vertreibungsamtes Altstetten geltend gemachte Mehrforderung wird als rechtlich nicht begründet erklärt.

B. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht eingelegt.

Der Berufungsantrag des Klägers lautet:

Es sei das zweitinstanzliche Urteil aufzuheben und die Forderung des Beklagten nur im Betrage von 200 Fr. nebst Zins zu 4 % vom 15. Dezember 1899 bis 1. August 1905 und zu 5 % vom 1. August 1905 an als begründet zu erklären.

Der Beklagte beantragt dagegen:

Es sei die Klage Marchetti's, soweit sie vom Bezirksgericht Zürich III. Abteilung durch Urteil vom 24. November 1905 nicht geschützt wurde, abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger und ein gewisser Cappi mieteten vom Beklagten mit Vertrag vom 24. April 1899, « tutta la ferramenta necessaria per costruzione da canali e strade », zu einem monatlich vorauszahlbaren Mietzins von 35 Fr. Gemäß Ziffer 3 des Vertrages hatte der Beklagte kein Recht auf Rücknahme der Mietobjekte « fine che il lavoro cominciato dai soci Cappi e Marchetti non sia finito »; nach Beendigung der Arbeit war das Werkzeug in gleichem Zustand wie beim Empfang zurückzugeben. Zu jener Zeit führten der Kläger und Cappi die Kanalisationsarbeiten an der Josefstrasse in Zürich III aus. Der Kläger und Cappi bezahlten den Mietzins nur für die Monate Mai, Juni und Juli 1899; sie arbeiteten bis Dezember 1899, dann verließen sie Zürich, ohne je das Werkzeug zurückzugeben. Mit Zahlungsbefehl vom 1. August 1905 betrieb nun der Beklagte den Kläger für „Entschädigung für vermietetes Geschirr laut Vertrag vom 24. April 1899“ auf den Betrag von 2625 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 24. September 1899, abzüglich 105 Fr. Der

Kläger unterließ einen Rechtsvorschlag. Am 30. August 1905 fand die Pfändung statt, nachdem die Ehefrau des Klägers am 25. gl. Mts. 25 Fr. 20 Cts. bezahlt hatte. Der Kläger hat nun unterm 18. September 1905 die vorliegende Klage, mit dem aus Fakt. A ersichtlichen Rechtsbegehren, erhoben. Die erste Instanz hat die Klage als begründet erachtet für die Forderung des Beklagten von Verzugszinsen vom 24. September 1899 bis 1. August 1905; für den Betrag von 25 Fr. 20 Cts. hat sie die Klage als gegenstandslos erklärt, im übrigen abgewiesen. Die zweite Instanz dagegen hat auf Appellation beider Parteien hin das in Fakt. A mitgeteilte Urteil gefällt.

2. Der Beklagte hat in erster Linie die Zulässigkeit der vom Kläger angehobenen Klage bestritten und hält an diesem Standpunkte auch vor Bundesgericht fest. Nun stellt sich die Klage dar als negative Feststellungsklage, mittelst der der Kläger die Unbegründetheit der in Vertreibung gesetzten Forderung des Beklagten feststellen lassen will. Ob eine derartige Feststellungsklage neben der Aberkennungsklage des Art. 83 Abs. 2 und der Rückforderungsklage des Art. 86 SchRG — die hier nicht in Frage steht, da der Kläger die Vertreibungssumme jedenfalls nicht vollständig bezahlt hat und sein Begehren nicht auf Rückzahlung gerichtet ist — Platz hat und zulässig sei, ist eine Frage des kantonalen Prozeßrechtes (vergl. Jäger, Komm. zum SchRG, Art. 86 Anm. 7, S. 132; BGE 27 II S. 642 ff., Erw. 2), und vom Bundesgericht daher nicht zu überprüfen; insbesondere fällt es nicht in die Kompetenz des Bundesgerichts, zu untersuchen, welches die Voraussetzungen einer negativen Feststellungsklage seien und ob diese in concreto erfüllt seien (z. B. ob ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung erforderlich und in concreto gegeben sei). Vom Standpunkt des eidgenössischen Rechtes aus ist nur zu bemerken, daß eine solche Klage keinen Einfluß auf die Vertreibung ausüben kann, wie dies das Bundesgericht in dem angeführten Entscheide eingehend ausgeführt hat.

3. Ist sonach auf das materielle der Sache einzutreten, so ist zu bemerken, daß die zweite Instanz, während die erste Instanz die ganze Forderung des Beklagten als Mietzinsforderung gutgeheißen hatte, annimmt, das Mietverhältnis sei Mitte Dezember

1899 zu Ende gegangen; für den Rest könne der Beklagte nicht Mietzins, sondern nur Entschädigung für Nichtrückgabe der Werkzeuge fordern. Diese Entschädigung hat sie dann auf Grund des Beweisverfahrens auf 511 Fr. festgestellt. Es ist nun vorab wiederum eine Frage des kantonalen Prozeßrechtes, ob die zweite Instanz an Stelle der ursprünglich geforderten Mietzinsforderung, über die einzig die erste Instanz erkannt hat, eine Schadenersatzforderung setzen durfte; die Zulässigkeit einer derartigen Änderung des Fundamentes der Forderung des Beklagten ist daher vom Bundesgericht ohne weiteres hinzunehmen. Steht dieses fest, so ist nunmehr zu prüfen, für welche Zeit dem Beklagten eine Forderung aus Mietzins zusteht, und weiter, ob und welche Entschädigung ihm für die Nichtrückstattung des Werkzeuges gebührt.

4. Bei Entscheidung dieser Frage mag zunächst die Frage der Beweislast aufgeworfen werden, die dahin zu formulieren ist, ob bei der auf Feststellung des Nichtbestehens einer Forderung gerichteten negativen Feststellungsklage dem Kläger der Beweis der Nichtexistenz der Forderung oder gegenteils dem Beklagten der Beweis der Existenz bzw. der Entstehung derselben obliegt. Hierüber besteht in der deutschen Wissenschaft eine Kontroverse: Während die herrschende Anschauung (s. z. B. Beckh, Beweislast, S. 25 f.; Rosenberg, Beweislast, S. 78 sub I 1), der sich auch das Bundesgericht angeschlossen hat, unter Berufung auf das deutsche Reichsgericht (s. A. S. d. hg. E. 23 S. 1088 Erw. 3), der Ansicht ist, die negative Feststellungsklage bewirke lediglich prozessualisch eine Umkehrung der Partierollen, vermöge aber an der materiellen Stellung der Parteien und an ihrer Behauptungs- und Beweispflicht nichts zu ändern, sind Wendt (Archiv f. zivilist. Praxis 70 S. 1 ff.) und Leonhardt (Beweislast, S. 438 ff.) dieser Auffassung unter eingehender Begründung entgegengetreten, ersterer namentlich aus rechtshistorischen Gründen, unter Ableitung der negativen Feststellungsklage aus den Präjudizialklagen des römischen Rechts, und unter Verwerfung der Ansicht, welche sie aus den Provokationsklagen des gemeinen Prozesses herleitet; letzterer unter Hinweis auf die negative Statusklage, die negative Klage des preussischen Rechts, auf die Beweislast bei Leistungsklagen, die sich auf das Nichtbestehen eines

Rechtes gründen, und unter einläßlicher Betonung der praktischen Gründe, die für die von ihm vertretene Regelung der Beweislast sprechen. Diese Kontroverse kann nun aber im vorliegenden Falle, was zunächst die Mietzinsforderung seit 15. Dezember 1899 bzw. die Entschädigungsforderung wegen Nichtrückstattung des Werkzeuges und die ursprüngliche Begründetheit der Mietzinsforderung betrifft, ungelöst bleiben, d. h. es mag dahingestellt sein, ob an der vom Bundesgericht im zitierten Entscheide zu Grunde gelegten Auffassung festzuhalten sei oder nicht. Denn auch wenn die dem Beklagten günstige Regelung der Beweislast angenommen wird, wonach der Kläger das Nichtbestehen der Forderung des Beklagten zu beweisen hat, gelangt man zur Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (abgesehen von der sogleich zu erwähnenden Frage der Verjährung); umgekehrt kann aber auch dann, wenn dem Beklagten der Beweis für die Existenz seiner Entschädigungsforderung aufgebürdet wird, der Kläger nicht befreit werden, soweit die Vorinstanz diese Forderung zugesprochen hat. Daß aber die Einrede der Verjährung, die vom Kläger gegenüber der Forderung aus Mietzins, soweit sie von der Vorinstanz gutgeheißen wurde, erhoben wird, vom Kläger zu beweisen ist, steht außer Zweifel; denn hier handelt es sich nicht um eine anspruchbegründende, sondern um eine anspruchvernichtende Tatsache, und diese ist zweifellos, auch nach derjenigen Theorie, welche bei der negativen Feststellungsklage den Beweis der Existenz der Forderung dem Beklagten auferlegt, vom Kläger zu beweisen; denn der Beklagte hat auch nach dieser Theorie, gemäß allgemeinen Grundsätzen, nur die Entstehung seines Anspruches zu beweisen, während die rechtsvernichtenden Tatsachen, sofern einmal die Entstehung der Forderung vom Beklagten bewiesen ist, vom Kläger darzutun sind.

5. Was nun zunächst die Forderung für Entschädigung betrifft, so hält der Beklagte auch heute noch daran fest, es gebühre ihm für die ganze Dauer der in Frage kommenden Zeit ein Anspruch auf Mietzins, und nur eventuell macht er einen Entschädigungsanspruch geltend, mit dem er jedoch „mindestens 798 Fr.“ gemäß der von ihm vor Obergericht eingelegten Privatexpertise Wendling verlangt. Die Feststellung der Vorinstanz, daß der Mietvertrag

nur bis Mitte Dezember 1899 gedauert habe, steht jedoch nicht im Widerspruch mit den Akten und beruht auch nicht etwa auf einer Verkennung von Rechtsgrundlagen über Fortdauer und Beendigung eines Mietvertrages. Die Vorinstanz hat jene Feststellung gezogen aus Zeugenaussagen, aus denen sich ergibt, daß der Kläger und Cappi eine spezielle Arbeit an der Josefstraße für die Baumeister Beerli und Strickler zu erstellen hatten, die Mitte Dezember 1899 vollendet worden wäre, und aus dem Mietvertrage selbst, aus dem nicht auf eine zeitlich unbeschränkte Übertassung der Werkzeuge für alle möglichen von den Mietern auszuführenden Arbeiten geschlossen werden könne. Diese Auslegung des Mietvertrages ist weder altenwidrig noch rechtsirrtümlich. Danach aber kann für die Zeit von Mitte Dezember 1899 an von vornherein nicht von einer Gutheißung der Mietzinsforderung des Beklagten die Rede sein, sondern nur von der von der Vorinstanz in den Prozeß eingeführten Entschädigungsforderung, die rechtlich aus Art. 110 ff. OR begründet erscheint. Hinsichtlich des Quantitativen ist eine Abänderung nicht möglich; denn die Vorinstanz ist zu ihrer Festsetzung gelangt auf Grund einer Expertise, die in Verbindung mit den Zeugenaussagen den wahrscheinlichen Wert des Werkzeuges festgestellt hat, und hieran kann vom Bundesgericht keine Abänderung getroffen werden. Ob die vom Beklagten eingelegte Privatexpertise Wendling von der Vorinstanz zu berücksichtigen war, ist eine vom Bundesgericht nicht zu überprüfende Frage des kantonalen Prozeßrechts. Dagegen erscheint der Zuspruch der Zinse zu 4% vom 15. Dezember 1899 bis 1. August 1905 als unbegründet. Voraussetzung der Forderung auf Verzugszins ist der Verzug des Schuldners, und dieser wird bewirkt durch Mahnung (Art. 117, 119 OR); eine solche Mahnung hat aber nie stattgefunden und wird auch vom Beklagten gar nicht behauptet. Zinsen können daher erst von der Betreibung (1. August 1905) an gefordert werden, und es ist festzustellen, daß eine weitergehende Zinsforderung des Beklagten nicht besteht.

6. Hinsichtlich der Mietzinsforderung, die so nur für die Zeit bis Mitte Dezember 1899 als ursprünglich begründet erscheint, hat der Kläger vor der zweiten Instanz die Einrede der Ver-

jährung erhoben. Die Vorinstanz erachtet diese Einrede als unzulässig mit der Begründung: bei der Rückforderungsklage könne diese Einrede (zu vergl. Jägers Komm. Art. 86 Anm. 6) nicht geschützt werden; daß dem Kläger bei dem Charakter der vorliegenden Klage als Feststellungsklage eine günstigere Stellung nicht zukomme, sei selbstverständlich. Dieser Schluß von der Rückforderungsklage auf die negative Feststellungsklage ist rechtsirrtümlich. Mit der Rückforderungsklage wird eine bezahlte Schuld zurückgefordert, mit der Begründung, sie habe nicht bestanden; nun ist aber die verjährte Schuld nicht nichtbestehend, sondern nur nicht klagbar (eine sog. Naturalobligation), sodaß also bei ihr nicht von einer „Nichtschuld“ gesprochen werden kann, weshalb denn auch Art. 72 Abs. 2 OR die Bereicherungsklage bei einer verjährten Schuld ausdrücklich ausschließt. Bei der negativen Feststellungsklage dagegen, die nur bezweckt, feststellen zu lassen, daß eine Forderung nicht begründet sei, ist nicht einzusehen, weshalb nicht auch die Feststellung der Verjährung sollte erfolgen können; es wird damit festgestellt, daß eine Forderung nicht klagbar ist und also auch keine Betreibungskraft hat. Ist aber die Verjährungseinrede des Klägers zulässig, so ist sie materiell begründet, wie sich aus den vorliegenden Tatsachen in Verbindung mit Art. 147 Ziff. 1 OR ohne weiteres ergibt. Mit Bezug auf diese Forderung sind daher Klage und Berufung des Klägers gutzuheissen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung des Beklagten wird abgewiesen, dagegen die Berufung des Klägers teilweise begründet erklärt und, in Abänderung des Urteils der zweiten Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. März 1906, festgestellt, daß die Forderung des Beklagten nur begründet ist für den Betrag von 511 Fr., nebst Verzugszins zu 5% vom 1. August 1905 an.