

gestellt hat. Aus Art. 138 Satz 2 OR folgt die Unverjährbarkeit der Kompensabilität keinesfalls; es bedeutet eine *petitio principii*, sie darin zu finden; denn bevor aus der *ipso-jure*-Wirkung der Kompensationserklärung die Konsequenz hergeleitet werden kann, daß danach die Verjährung für die Kompensationserklärung und damit auch für eine kompensable Gegenforderung nicht laufe, ist eben zu prüfen, ob überhaupt die Kompensationserklärung noch mit der gedachten *ipso-jure*-Wirkung abgegeben werden könne. Das ist aber mit einer verjährten Forderung nicht der Fall. Denn davon, daß eine an sich kompensable Gegenforderung unverjährbar sei — und das wäre die Konsequenz der gegenteiligen Ansicht — kann keine Rede sein; das hieße, entgegen dem Gesetz, die Wirkung der Kompensation schon an die Kompensabilität, nicht an die Erklärung des Kompensationswillens, knüpfen, und dem steht eben die gesetzliche Regelung entgegen. Die Motive zum deutschen BGB können um deswillen nicht zur Begründung der gegenteiligen Ansicht herangezogen werden, weil sie sich wesentlich mit der Regelung *de lege ferenda* beschäftigen und nicht die positive Regelung im OR zum Gegenstande haben. Auch wenn sodann Gründe der Billigkeit für die Zulassung der Kompensation sprechen sollten (wie namentlich das zitierte Genfer Urteil geltend macht), so ist auf der andern Seite zu bemerken, daß es dem Schuldner, der Gläubiger mit einer Gegenforderung ist, jederzeit freisteht, den Kompensationswillen zu erklären, und daß die Nichtzulassung verjährter Forderungen zur Kompensation sich im Interesse der raschern und sichern Abwicklung der Rechtsgeschäfte vollauf rechtfertigt. Das Institut der Verjährung beruht ja wesentlich mit auf dem Gedanken der Beweischwierigkeit für weit zurückliegende Ansprüche; dieses Moment trifft auch bei der Kompensation zu, da auch bestrittene Forderungen kompensabel sind. Die Berufung des Beklagten Moos erscheint danach als unbegründet.

74. Urteil vom 23. Oktober 1908 in Sachen

Oelkers, Kl. u. Ber.-Kl., gegen Schuppisser, Bekl. u. Ber.-Bekl.

Art. 50 und 62 OR. Schadenersatzpflicht aus Unterlassung. (*Verletzung eines Kindes an einer Obstmühle, die sich in der Tenne des Eigentümers befindet.*)

A. Durch Urteil vom 13. Mai 1908 hat die I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich über die Streitfrage:

Ist der Beklagte schuldig, dem Kläger 6000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit dem 24. November 1907 zu bezahlen?

erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

B. Der Kläger hat gegen dieses Urteil rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit der er seinen Klageantrag wieder aufnimmt.

In der heutigen Verhandlung hat der Prozeßbevollmächtigte des Klägers seinen Berufungsantrag wiederholt und eventuell Gutheißung der Klage in einem reduzierten Betrage, weiter eventuell Rückweisung zur Ausmittlung des Quantitativen des Schadens beantragt.

Der Vertreter des Beklagten hat auf Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Beklagte ist Eigentümer einer Sägerei in Niederglatt, welche durch ein Wasserwerk in Betrieb gesetzt wird. Unmittelbar neben dem Raum, wo die Sägerei steht, befindet sich eine Tenne, in welcher der Beklagte eine Obstmühle untergebracht hat, die vermittelt einer Transmission mit dem nämlichen Wasserwerk, welches die Säge betreibt, in Verbindung gebracht werden kann. Diese Obstmühle wird vom Beklagten nicht ausschließlich für eigene Zwecke benutzt, sondern von ihm gegen bestimmte Vergütung auch Dritten zur Benutzung überlassen. Südlich dieser Lokalitäten, in einer Entfernung von höchstens 50 M., ist die Wohnung, welche der Vater des Klägers, der in der seinem Wohnhause

gegenüber gelegenen Rahmenfabrik arbeitet, inne hat. Diese Wohnung (auf der Südseite), die Fabrik (auf der Nordseite) und die Tenne und Sägerei des Beklagten (westlich) schließen einen großen Platz ein. Am 25. September 1907, nachmittags, befanden sich eine Anzahl Kinder auf diesem Platz. Um diese Zeit befand sich die Obstmühle im Betrieb, sie wurde von einer gewissen Frau Wettler in Nöschikon-Niederglatt, welche Obst auf dieselbe gebracht hatte, benutzt. Der Kläger, damals ein Knabe von 6 1/2 Jahren, kam in die Nähe der Obstmühle, geriet mit der rechten Hand in das Zahnradgetriebe und zog sich dabei eine erhebliche Verletzung zu, für deren Folgen nunmehr der Beklagte belangt wird; eine Strafflage des Klägers gegen den Beklagten ist vom Statthalteramt nicht an die Hand genommen worden, weil ein strafbares Verschulden des Beklagten nicht vorliege und die Strafflage nur den Zweck habe, die Beweise für den Zivilprozeß herbeizuschaffen.

2. Die Klage wird gestützt auf die Art. 50 und 62 OR. Auf Art. 67, den der Kläger vor I. Instanz „per Analogie“ angewendet wissen wollte, hat er sich vor Bundesgericht nicht mehr berufen, und das mit Recht; denn in der Nichtbeaufsichtigung der Obstmühle kann keinesfalls ein mangelhafter Unterhalt derselben erblickt werden; die Nichtbeaufsichtigung bedeutet nicht eine objektive Mangelhaftigkeit des Werkes. Dagegen erblickt der Kläger in der Nichtbeaufsichtigung der Obstmühle eine Fahrlässigkeit des Beklagten und eine objektiv widerrechtliche Handlung, die zum Schadenersatz verpflichtet. Er macht geltend, die Obstmühle hätte, da sie jedermann, namentlich den auf dem Platz spielenden Kindern, zugänglich war, und an sich als gefährbender Gegenstand zu betrachten sei, abgeschlossen oder speziell beaufsichtigt werden sollen; in der Verletzung dieser Pflicht, Dritte, namentlich spielende Kinder, vor der Gefahr zu schützen, liege objektiv eine Widerrechtlichkeit und subjektiv eine Fahrlässigkeit. Beide Vorinstanzen haben das Zutreffen dieses Klagfundamentes verneint, und es ist ihnen hierin beizustimmen. Das Bundesgericht hat in ständiger Praxis hinsichtlich der Haftbarkeit für aus Unterlassungen entstehenden Schaden den Grundsatz aufgestellt, daß eine allgemeine Rechtspflicht, für Dritte zur Abwendung einer Gefahr tätig zu werden, nicht bestehe; daß aber derjenige, der einen für Dritte gefährlichen

Zustand setzt, die Gefahr schafft, auch das zum Schutze Dritter gegen die Gefahr erforderliche vorzulehren hat (vergl. BGE 21 S. 625 Erw. 5; 24 II S. 211 f. Erw. 4; 29 II S. 65 Erw. 5; 33 II S. 569 Erw. 4). Im letztern Falle ruft eben das Setzen der Gefahr der Rechtspflicht der Abwendung des Schadens. Um ein derartiges Setzen der Gefahr handelt es sich nun hier aber nicht. Der Beklagte hatte die Obstmühle in seiner Tenne, also auf seinem Eigentum und in einem an sich verschließbaren Raum aufgestellt, in einem Raum, zu dem nicht jedermann Zutritt hatte. Die Obstmühle an sich war keineswegs ein gefährbender Gegenstand; sie wurde es erst, wenn sie in Betrieb stand; allein auch da steht nach den Feststellungen der I. Instanz (denen sich die II. Instanz ohne weiteres angeschlossen hat) fest, daß eine Verletzung von Kindern nur möglich war, wenn diese geradezu sich an das Zahnradgetriebe herandrängten, also mutwillig sich in die Gefahr begaben. Vom Setzen eines beliebigen, Dritte gefährbenden Zustandes kann unter diesen Umständen keine Rede sein, und es kann nicht anerkannt werden, daß der Beklagte die Rechtspflicht hatte, besondere Vorkehrungen dagegen zu treffen, daß nicht etwa unberechtigte Dritte in die Scheune hinein gehen und sich mutwillig mit der Obstmühle in Berührung setzen, wie das hier der Fall war. Damit ist aber auch schon gesagt, daß in der Unterlassung der Beaufsichtigung oder Absperrung der Obstmühle während der Betriebszeit keine Fahrlässigkeit zu erblicken ist. Die Verhältnisse liegen auch nicht so, daß der Beklagte eine Gefahr, daß Dritte, speziell spielende Kinder und besonders der Kläger als Nachbarsknabe, sich an der Obstmühle verletzen könnte, voraussehen konnte oder gar voraussehen mußte; der Kläger hat nicht einmal behauptet, daß Kinder, speziell der Kläger, die Gewohnheit hatten, in die Scheune zu gehen und sich während des Betriebes bei der Obstmühle aufzuhalten. Übrigens wäre fraglich, ob die Beaufsichtigung der Obstmühle während der Zeit, da sie von einem Dritten benutzt wurde, nicht vielmehr diesem und nicht dem Beklagten obgelegen hätte. Der Klage gebriecht es danach am notwendigen rechtlichen Fundamente, was die Abweisung der Berufung mit sich bringt. Die vom Vertreter des Klägers heute angerufenen und die oben zitierten Fälle lagen ganz anders: Im

Fall Ducret gegen Crochet (BGE 33 II S. 594 ff.) hatte ein Knabe einem andern mit einem Beil, das sich auf einem unbewachten Werkplatz befand, Finger ab, und nun wurde der Vater des Verletzenden auf Grund des Art. 61 OR haftbar erklärt; im Falle Gerisch gegen Anderhalt (33 II S. 564 ff.) wurde in der Nichtumfriedung eines Kellerhalses eine Widerrechtlichkeit und ein Verschulden erblickt; BGE 21 S. 625 (Erlösung gefälschter Wechsel) endlich hat tatsächlich mit dem heutigen Fall gar nichts gemein.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. Mai 1908 in allen Teilen bestätigt.

75. Urteil vom 24. Oktober 1908 in Sachen

Curti & Cie., Kl. u. Ber.-Kl.,

gegen **Mech. Seidenstoffweberei Zürich, Bekl. u. Ber.-Bekl.**

Kauf (von Seide). — Streitwert. Art. 67 Abs. 3 OG. Folgen der Nichtangabe in der Berufungserklärung. — Rechtsanwendung; Bedeutung der Zürcher Platzusancen. — Innehaltung der Lieferfrist?

A. Durch Urteil vom 22. Mai 1908 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil haben die Kläger rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Gutheißung der Klage.

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Kläger Gutheißung, der Vertreter der Beklagten prinzipiell Nichteintreten, eventuell Abweisung der Berufung beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Kläger verlangen Abnahme und Bezahlung eines Ballens Seide, welchen sie der Beklagten verkauft hatten und welchen die Beklagte refüsiert hat, weil nach ihrer Ansicht die Lieferungs-

frist nicht eingehalten worden war. Der über diesen und andere Ballen (insgesamt zirka 1000 Kg.) am 8./9. August 1907 in Zürich, und zwar unbestrittenermaßen auf Grund der „Zürcher Platz-Usancen für den Handel in roher Seide“ abgeschlossene Vertrag lautete wörtlich folgendermaßen:

zirka Kg. 500 18./20. ds. à Fr. 73 75 100 Tage

„ „ 500 20./22. ds. à „ 73 — 100 Tage

zirka Kg. 1000 Ital. Organzin „Alfo“ Extra,
wie gehabt.

Lieferung von jedem Liter:

je 2 Ballen verteilt auf erste und zweite Hälfte Oktober;
je 2 Ballen verteilt auf erste und zweite Hälfte November;
1 Ballen bis 15. Dezember.

Der streitige Ballen war der letzte der laut diesem Vertrag zu liefernden Ballen. Er wurde der Beklagten am 17. Dezember angeboten; diese hatte jedoch bereits am 16. abends den Rücktritt vom Vertrage erklärt. Der 15. war ein Sonntag gewesen.

Die einschlägige Bestimmung (§ 28) der erwähnten Platzusancen lautet:

„Nichteinhaltung der Lieferfristen berechtigt den Käufer zur Annullierung des auf den betreffenden Termin entfallenden Quantums, insoweit nicht nachgewiesene höhere Gewalt an der Verspätung schuld ist.

Höhere Gewalt vorbehalten, steht es dem Käufer frei, eine Entschädigung zu beanspruchen.

Ist die Lieferungsfrist nicht auf einen bestimmten Tag festgesetzt, so wird eine Überschreitung derselben von fünf Tagen toleriert.“

2. Mit Unrecht hat die Beklagte in der heutigen Verhandlung das Vorhandensein des zur Berufung erforderlichen Streitwertes sowie die Anwendbarkeit eidgenössischen Rechtes bestritten und eventuell geltend gemacht, es handle sich bei der Interpretation der Usancen um Feststellungen tatsächlicher Natur, welche das Bundesgericht nicht überprüfen könne.

Der Streitwert wurde zwar entgegen der Vorschrift von Art. 67 Abs. 3 OG in der Berufungserklärung nicht angegeben. Wie jedoch das Bundesgericht stets erkannt hat, ist trotz Nichtbefolgung obiger Vorschrift auf die Berufung einzutreten, sofern sich mit