Urteilskopf

103 II 102

16. Urteil der I. Zivilabteilung vom 17. Mai 1977 i.S. Kind gegen Neuhäusler
Regeste (de):
Art. 102 Abs. 1 und Art. 107 OR.

1. Der Gläubiger darf dem Schuldner schon mit der Mahnung eine Nachfrist zur Erfüllung ansetzen; Rechtsfolgen der Mahnung (E. 1a).

2. Fristansetzung und Ausübung des Wahlrechts durch den Gläubiger; Angemessenheit der Nachfrist (E. 1b).

3. Schweigen auf eine vorzeitige Kündigung darf nicht als Zustimmung ausgelegt werden, wenn der Empfänger einer Aufforderung, die in der Kündigung enthalten ist, nicht nachkommt (E. 2).

Regeste (fr):
Art. 102 al. 1 et art. 107 CO.

1. Le créancier peut fixer au débiteur un délai pour s'exécuter, déjà lors de l'interpellation; conséquences juridiques de l'interpellation (consid. 1a).

2. Fixation d'un délai et exercice du droit d'option par le créancier; délai convenable? (consid. 1b.)

3. Le silence gardé à la suite d'une résiliation anticipée ne peut pas être interprété comme un consentement, lorsque le destinataire ne se conforme pas à une sommation que renferme la résiliation (consid. 2).

Regesto (it):
Art. 102 cpv. 1 e art. 107 CO.

1. Il creditore può fissare al debitore un termine per l'adempimento già con l'interpellazione (consid. 1a).

2. Fissazione di un termine e esercizio del diritto di opzione da parte del creditore; termine congruo? (consid. 1b).

3. Il silenzio dopo una disdetta anticipata non può essere interpretato quale consenso, se il destinatario non si conforma a una richiesta contenuta nella disdetta (consid. 2).

Sachverhalt ab Seite 103

A.- Durch Vereinbarung vom 9. März 1973 räumte Max Neuhäusler gegen eine prozentuale Umsatzbeteiligung dem Felix Kind das ausschliessliche Recht ein, in der von ihm betriebenen Gaststätte in Rorschach eine Musikbox, einen Flipperkasten, ein Tischfussballspiel und einen Geldspielautomaten aufzustellen. Die Vereinbarung sollte fünf Jahre gelten. Mit Schreiben vom 29. November 1974 kündigte Neuhäusler den Vertrag auf

den 30. November des gleichen Jahres, weil Kind entgegen übernommener Verpflichtungen Betriebsstörungen in Apparaten nicht innert 24 Stunden beheben und sein Kundendienst angeblich auch sonst sehr zu wünschen übrig liess. Er fügte bei, dass sämtliche Apparate spätestens bis 31. Dezember 1974 zu entfernen seien. Kind liess in einem Schreiben seines Anwaltes vom 14. Januar 1975 die gegen ihn erhobenen Vorwürfe bestreiten. Zugleich forderte er Neuhäusler auf, die Apparate innert zwei Tagen wieder in Betrieb zu nehmen und die Erklärung abzugeben, den Vertrag künftig einzuhalten, ansonst er für die restliche Dauer von 39 Monaten rund Fr. 50'000.– Schadenersatz zahlen müsste. Da Neuhäusler der Aufforderung nicht nachkam, holte Kind die Apparate später ab.

B.- Im März 1975 klagte Kind gegen Neuhäusler auf Zahlung von Fr. 45'000.– nebst 5% Zins ab 4. Februar 1975. Das Bezirksgericht Rorschach und auf Appellation hin am

23. September 1976 auch das Kantonsgericht St. Gallen wiesen die Klage ab. Das Kantonsgericht führt insbesondere aus, die Frist zur nachträglichen Erfüllung gemäss Art. 107 Abs. 1 OR setze voraus, dass der Schuldner sich in Verzug befinde. Diese Wirkung sei hier erst zwei Tage nach dem Empfang des Mahnschreibens vom 14. Januar 1975 eingetreten. Auch liege kein besonderer Fall gemäss Art. 108 Ziff. 1 OR vor, wo die Nachfrist sich erübrige. Der Kläger habe den Beklagten daher nicht mahnen und ihm gleichzeitig eine Nachfrist ansetzen, sondern seinem Schreiben nur die Wirkung einer Mahnung geben können. Indem er dann die Apparate abholte, habe er der Auflösung des Vertrages durch den Beklagten zugestimmt.

C.- Der Kläger hat gegen dieses Urteil Berufung eingelegt. Er beantragt, es aufzuheben und die Klage gutzuheissen oder die Sache zur neuen Beurteilung an das Kantonsgericht zurückzuweisen. Der Beklagte verweist auf die Entscheide der kantonalen Gerichte und beantragt, die Berufung abzuweisen.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger wirft dem Kantonsgericht vor, es nehme zu Unrecht an, die in seinem Schreiben vom 14. Januar 1975 enthaltene Frist zur nachträglichen Erfüllung sei wirkungslos geblieben; die Annahme der Vorinstanz verletze Bundesrecht, insbesondere Art. 102 Abs. 1 und 107 Abs. 1 OR. Das Kantonsgericht wertet die Vereinbarung der Parteien vom 9. März 1973 zutreffend als Vertrag eigener Art, der den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes untersteht. Es anerkennt sodann, dass der Kläger den Beklagten am 14. Januar 1975 nicht bloss gemahnt, sondern ihm gleichzeitig eine Nachfrist zur Erfüllung des Vertrages angesetzt hat. Das Kantonsgericht hält das Vorgehen der Klägerin mit Bezug auf die Frist aber für unwirksam, weil diese erst angesetzt werden könne, wenn der Schuldner sich in Verzug befinde, der hier zwei Tage nach dem Empfang des Mahnschreibens eingetreten sei.
a) Diese Auffassung ist schon im Ausgangspunkt richtigzustellen. Gewiss bedingt die Ansetzung einer Nachfrist gemäss

Art. 107 Abs. 1 OR in der Regel, dass die Leistung fällig ist und der Schuldner sich in Verzug befindet. Das hindert den Gläubiger jedoch nicht daran, die Fristansetzung mit der Mahnung zu verbinden. Das versteht sich schon deshalb, weil auch in der Fristansetzung eine Mahnung liegt und der Gläubiger den Schuldner im einen wie im andern Fall zur Erfüllung anhalten will, also den gleichen Zweck verfolgt. Die beiden Rechtsbehelfe können nicht bloss zeitlich zusammenfallen, sondern der Fälligkeit sogar vorausgehen, wenn deren Termin bereits feststeht (OSER/SCHÖNENBERGER, N. 13 zu Art. 107 OR; VON TUHR/ESCHER, OR II S. 137 und 149; GUHL/MERZ/KUMMER, OR S. 228). Dass der Schuldner durch die Mahnung in Verzug gesetzt wird, und bei Geldforderungen nachher Verzugszins schuldet, sind vom Willen des Gläubigers unabhängige Rechtsfolgen;, sie brauchen vom Gläubiger weder gewollt zu sein noch sich aus seiner Erklärung zu ergeben. Die Mahnung bedarf auch keiner Befristung; sie wird mit ihrem Eintreffen beim Schuldner wirksam, wenn die Leistung bereits fällig ist (VON TUHR/ESCHER, a.a.O. S. 136 und 138). Diese Voraussetzung war hier erfüllt. Gemäss dem Mahnschreiben des Klägers hatte der Beklagte die Erfüllung des Vertrages seit dem 1. Januar 1975 unterbrochen. Seine Verpflichtung, die Apparate während der Öffnungszeiten der Gaststätte dauernd eingeschaltet zu lassen, blieb aber fällig. Die Vorinstanz nimmt denn auch selber an, der Kläger habe den Beklagten mit seiner Aufforderung vom 14. Januar 1975, die Apparate als Einnahmequelle wieder in Betrieb zu setzen, wirksam gemahnt. Fehl geht das Kantonsgericht dagegen mit der weiteren Erwägung, durch die Mahnung sei der Beklagte erst zwei Tage nach Erhalt des Schreibens in Verzug gesetzt worden. Dafür ist weder dem Wortlaut, noch dem Sinn und Zweck des Schreibens etwas zu entnehmen. Insbesondere ist nicht zu ersehen, welches Interesse oder welchen Anlass der Kläger gehabt haben könnte, die Vertragserfüllung durch den Schuldner selber noch weiter zu verzögern. Er forderte den Beklagten übrigens nicht auf, die Apparate erst nach Ablauf, sondern "innert zwei Tagen" wieder in Betrieb zu nehmen. Sein Schreiben kann nach Treu und Glauben nur dahin verstanden werden, dass er den Schuldner mahnen und ihm gleichzeitig für die gewünschte Vertragserfüllung eine äusserste Nachfrist

von zwei Tagen einräumen wollte. Die Mahnung wurde daher schon wirksam, als der Beklagte sie erhielt.
b) Die Ansetzung der Nachfrist gemäss Art. 107 Abs. 1 OR hat für sich allein keine Wirkung. Sie ist bloss Voraussetzung dafür, dass der Gläubiger nach fruchtlosem Ablauf der Frist zwischen den in Art. 107 Abs. 2 OR aufgezählten Möglichkeiten wählen darf. Dazu gehört auch, dass er selbst nachher noch auf der Erfüllung des Vertrages beharren und dem Schuldner neuerdings eine Nachfrist im Sinne von Art. 107 Abs. 1 OR ansetzen kann. Das gilt sogar für Fälle gemäss Art. 108 OR, da der Gläubiger diesfalls wohl berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, von der Ansetzung einer Nachfrist abzusehen (BGE 76 II 303 E. 1 mit Zitaten). Anders verhält es sich, wenn die Fristansetzung - was zulässig ist (BGE 86 II 235 Nr. 37, 50 II 19, 44 II 174 mit Hinweisen) - mit der Erklärung verbunden wird, der Gläubiger werde auf die Erfüllung des Vertrages verzichten und Schadenersatz verlangen, falls der Schuldner die Frist nicht einhalten sollte. Eine solche Erklärung lag hier vor. Der Kläger liess in seinem Mahnschreiben vom 14. Januar 1975 beifügen, dass der Beklagte für die restliche Vertragsdauer Schadenersatz zu leisten habe, wenn er sich weigere, die Apparate innert zwei Tagen wieder in Betrieb zu nehmen. Das konnte nur heissen, dass der Kläger nach fruchtlosem Ablauf der Frist auf die Erfüllung des Vertrages verzichte und Ersatz des Vertragsinteresses verlangen werde.
Fragen kann sich bloss, ob die dem Beklagten angesetzte Frist von zwei Tagen als angemessen im Sinne von Art. 107 Abs. 1 OR gelten darf. Das entscheidet sich nicht allgemein, sondern hängt von den Umständen des einzelnen Falles, namentlich von der Art der Leistung und dem Interesse des Gläubigers an der baldigen Erfüllung ab. Je grösser dieses Interesse und je leichter die Leistung zu erbringen ist, um so kürzer darf die Frist bemessen sein, und umgekehrt (VON TUHR/ESCHER, a.a.O. S. 149; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 14 zu Art. 107 OR). Danach ist hier die Angemessenheit der Frist ohne weiteres zu bejahen, ging es doch einzig darum, die aufgestellten Apparate wieder einzuschalten. Ist die angesetzte Frist aber nicht zu beanstanden, so

hat der Kläger nach deren unbenütztem Ablauf auf die weitere Erfüllung des Vertrages im Sinne von Art. 107 Abs. 2 OR verzichtet. Das ergibt sich

aus dem Wortlaut und Zweck seines Schreibens vom 14. Januar 1975, wonach er vom Beklagten für den Fall der Nichterfüllung Schadenersatz verlangen wollte.

2. Das Kantonsgericht übergeht die vom Bezirksgericht aufgeworfene Frage, ob die vorzeitige Kündigung des Vertrages durch den Beklagten am 29. November 1974 als vom Kläger genehmigt zu betrachten sei, weil dieser längere Zeit geschwiegen habe. Das ist zu verneinen. Der Kläger hat vor dem 14. Januar 1975, wenn nicht mündlich oder schriftlich so jedenfalls in der Weise reagiert, dass er dem Verlangen des Beklagten, die Apparate bis spätestens 31. Dezember 1974 zu entfernen, nicht entsprochen hat; er hat sie erst nach dem fruchtlosen Ablauf der Nachfrist abgeholt. Sein Verhalten kam einer Weigerung gleich, weshalb der Beklagte aus seinem Schweigen nicht in guten Treuen schliessen durfte, die Gegenpartei habe sich mit der Kündigung abgefunden; er durfte dies um so weniger tun, als ihm auch die Unzulässigkeit des eigenen Vorgehens nicht entgehen konnte. Hat er aber den Vertrag gebrochen, so ist er grundsätzlich Schadenersatzpflicht. Das Urteil des Kantonsgerichts, das die Haftung des Beklagten zu Unrecht verneint hat, ist daher gestützt auf Art. 64 Abs. 1 OG aufzuheben und die Sache zur Ermittlung und Berechnung des Schadens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird dahin gutgeheissen, dass das Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 23. September 1976 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.