

## **BGE 103 II 102**

Bundesgericht (BGE), 1977-05-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_103 II 102](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_103_II_102)

FR: ATF 103 II 102

IT: DTF 103 II 102

### **Regeste**

Regeste 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).

### **Erwägungen**

#### **E. 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 BGE 103 II 102 S. 105 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 in 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 BGE 103 II 102 S. 106 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 unbenützttem Ablauf auf die weitere Erfüllung des Vertrages im Sinne von Art. 107 Abs. 2 OR verzichtet. Das ergibt sich BGE 103 II 102 S. 107 aus dem Wortlaut und Zweck seines Schreibens vom 14. Januar 1975, wonach er vom Beklagten für den Fall der Nichterfüllung Schadenersatz verlangen wollte.

## E. 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 Schadenersatzpflichtig. 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

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.