

handelt es sich nicht; denn die Eröffnung eines Konkurrenzgeschäftes war nicht schon an sich, sondern nur aus dem Grunde eine unerlaubte Handlung, weil sich Beklagter durch den Vertrag verpflichtet hatte, dem Kläger keine Konkurrenz zu machen. Es kann daher der Beklagte nur zum Ersatz des wirklich eingetretenen Vermögensschadens, und nicht etwa darüber hinaus noch zu einer angemessenen Geldsumme, wie dies nach Art. 55 D.-R. zulässig wäre, verurteilt werden. Immerhin unterliegt die Schätzung des Schadens dem freien richterlichen Ermessen, wobei alle Umstände, also auch das Maß des Verschuldens, in Betracht zu ziehen sind. In dieser Richtung fällt in's Gewicht, daß der Beklagte arglistig gehandelt hat; sein Vorgehen ist um so weniger entschuldigbar, als er sich einerseits für die Abtretung seiner Lokalitäten und im Zusammenhang damit auch für das Konkurrenzverbot ein nach der Feststellung der ersten Instanz geradezu „horrend“ hohes Entgelt hat versprechen lassen, und als andererseits die von ihm eingegangene Wartefrist verhältnismäßig kurz bemessen war, indem er selbst den Vertrag und damit dem benannten Verbot durch Kündigung schon auf den 1. Juli 1894 ein Ende machen konnte. Als Anhaltspunkte für die Schadensbemessung ergeben sich aus den kantonalrichterlichen Feststellungen, daß Kläger zu Anfang des Pachtverhältnisses monatlich 18 bis 20 Stück Vieh, seit der Konkurrenzöffnung aber in den Monaten April bis Juni 1893, nach dem Urteil des Bezirksgerichtes, nur noch 13, 12 und 9 Stück schlachtete (nach der Bescheinigung des Schlachthausaufsehers 16, 11 und 6 Stück), während der Verbrauch des Beklagten in diesen letztern Monaten bereits 15, 24 und 21 Stück ausmachte. Es ist aber ebenfalls festgestellt, daß Kläger das Metzgereigewerbe nicht mit der Gewandtheit und Kenntnis des Beklagten ausübte, und daß die Rechnungsführung des erstern, eine derart mangelhafte war, daß sie unmöglich als sichere Grundlage zur Schadensberechnung genommen werden dürfte. Dazu kommt, daß im Februar 1893 in Sursee noch ein weiteres Metzgereigewerbe eröffnet worden war; auch ist durch das Zeugnis des Klosterknechts Zneichen festgestellt, daß Kläger im Frühjahr 1893, auch ohne die Eröffnung des beklaglichen Konkurrenzgeschäftes, dem Kloster, also einem wichtigen Kunden, ohnehin kein

Fleisch mehr hätte liefern müssen. Daß dagegen, wie Beklagter behauptete, in jener Zeit durch die landwirtschaftliche Notlage überhaupt, ein Rückgang im Fleischkonsum eingetreten sei, hat die erste Instanz auf Grund attemmäßiger Feststellung verneint.

Ist hienach eine genaue Festsetzung des Schadens an sich, und des Umfanges, in welchem dieser auf dem vertragswidrigen Verhalten des Beklagten beruht, nicht möglich, so erscheint es als richtig, in Übereinstimmung mit der Vorinstanz, bei dem Ausmaß der Entschädigung auszugehen von dem Entgelt, welches für die Verhinderung der Konkurrenz durch den Kläger zu leisten war. Dieses ist in dem auf 2000 Fr. angesetzten jährlichen Pachtzins enthalten, aber nicht besonders beziffert. Mit Rücksicht darauf, daß der Schaden erheblich größer sein kann, als das für das Konkurrenzverbot gewährte Äquivalent, und in Anbetracht der dolosen Handlungsweise des Beklagten rechtfertigt es sich, die Entschädigungssumme auf den vollen Betrag des jährlichen Pachtzinses festzusetzen, in der Meinung, daß dieselbe zahlbar sei pro rata temporis seit der Konkurrenzöffnung bis zum Aufhören des Konkurrenzbetriebes, aber jedenfalls nur bis zu dem Termin, auf welchen der zwischen den Litiganten abgeschlossene Vertrag erstmals kündbar ist, d. h. bis zum 1. Juli 1894.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Weiterziehung der beiden Parteien wird als unbegründet erklärt und daher das Urteil des Obergerichtes des Kantons Luzern in allen Teilen bestätigt.

143. Urteil vom 23. Dezember 1893

in Sachen Leihkasse Stammheim gegen Rudolf.

A. Mit Urteil vom 26. September 1893 hat die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt:

1. Vom Rückzug des Rechtsbegehrens 2 der Weisung wird Vorwerk genommen.

2. Der Beklagte ist verpflichtet, der Klägerin 6500 Fr. nebst Zins à 5 % seit 5. Juli 1891, abzüglich 1950 Fr. als Erlös der Faustpfänder zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urteil ergriff der Beklagte die Weiterziehung an das Bundesgericht und beantragte zu erkennen: Der Klageanspruch der Leihkasse Stammheim gegenüber J. J. Rudolf auf Bezahlung von 6500 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 5. Juli 1891 abzüglich 1950 Fr. als Erlös der Faustpfänder, sei als unbegründet erklärt und abgewiesen. In der heutigen Verhandlung wiederholte der beklagte Vertreter diese Anträge. Der Vertreter der Klägerschaft beantragte Bestätigung des kantonalen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Leihkasse Stammheim hatte am 5. Juli 1890 der Firma Klinger & Rudolf in Winterthur ein Darlehen von 6500 Fr. gegen Hinterlage von 7 Obligationen (zu 1000 Fr.) der Leihkasse Uster als Faustpfand gemacht. Inhaber dieser Firma waren Rechtsagent Klinger und der heutige Beklagte. Das Darlehen war erstmals rückzahlbar auf 5. Januar 1891. Am 30. Juni 1891 löste sich die Kollektivgesellschaft Klinger & Rudolf in Winterthur auf; ihre Aktiven und Passiven wurden übernommen von der neuen Firma Klinger & Benninger in Winterthur, bestehend aus Rechtsagent Klinger, dem Anteilhaber der Firma Klinger & Rudolf, und dem bisherigen Prokuristen derselben, Rechtsagent Benninger von Embrach. Diese Änderung wurde durch Circulare, datiert 1. Juli 1891, bekannt gegeben. Auch der Leihkasse Stammheim kam ein solches Circular zu. Am 3. September 1891 zahlte nun die Firma Klinger & Benninger, nachdem sie am 23. August von der Klägerschaft gemahnt worden war, an dieselbe den mit 5. Juli 1891 verfallenen Jahreszins des Darlehens von 6500 Fr. Diese Zinszahlung quittierte die Klägerschaft der Firma Klinger & Benninger mit der Bemerkung, es bleibe noch ein Kapitalrest von 6500 Fr. Bald darauf kam die Firma Klinger & Benninger infolge eingetretener Banktrache in Konkurs. Die Versteigerung der Faustpfänder für das in Frage stehende Darlehen ergab einen Erlös von 1950 Fr. Nunmehr machte die Klägerschaft den frühern Socius

des Klinger, J. J. Rudolf, für das erwähnte Darlehen, abzüglich der aus den Faustpfändern erlösten 1950 Fr. haftbar, mit Hinweis darauf, daß seine Haftbarkeit für Schulden der Firma noch fünf Jahre nach seinem Austritt dauere. Sie behauptete, eine Entlassung desselben habe nicht stattgefunden, in den klägerischen Büchern figuriere immer noch die Firma Klinger und Rudolf als Schuldnein; eine Anerkennung der neuen Firma als nunmehrige Schuldnerin sei nie erfolgt. Der Beklagte begaupnete dagegen, unter Berufung auf Art. 589 D.-R., er sei tatsächlich aus der Schuldpflicht entlassen worden; eine solche Entlassung brauche nicht ausdrücklich zu geschehen; es genüge, wenn aus den Umständen auf eine solche geschlossen werden müsse. Diesfalls komme nun in Betracht, daß das Darlehen halbjährlich verzinsbar war und daß jeweilen beim Verfall des Zinses auch das Kapital fällig geworden sei. Am 5. Juli 1891 seien nun Zins und Kapital fällig gewesen. An diesem Tage habe die Klägerschaft bereits Kenntniß von der Änderung der Firma gehabt und wäre somit veranlaßt gewesen, das Kapital zurückzufordern; daß sie dies nicht getan, sei ein Beweis, daß sie unter Entlassung des Beklagten die neue Firma habe als Schuldnerin annehmen wollen. Diese Willensmeinung ergebe sich auch daraus, daß Klägerschaft den am 5. Juli 1891 verfallenen Zins von der Firma Klinger & Benninger reklamiert und ihn am 4. September 1891 von derselben angenommen habe. Im weitern führt der Beklagte zu seinen Gunsten an, daß die Klägerschaft das Circular, womit die Auflösung der Firma Klinger & Rudolf und der Übergang ihrer Aktiven und Passiven an die neue Firma Klinger & Benninger angezeigt wurde, unbeantwortet gelassen habe, sowie daß die Klägerin der Firma Klinger & Rudolf neben dem fraglichen Darlehen einen bedeutenden Kredit durch Acceptation von Wechseln gewährt habe, ohne dafür irgendwelche Sicherheit zu haben und daß dieser Kredit ohne jegliche Änderung der neuen Firma prolongiert worden sei.

2. Das Bezirksgericht Zürich wies die Klage ab. Der Entscheid darüber, ob aus den Umständen auf eine Entlassung des ausgeschiedenen Gesellschafters zu schließen sei, unterliege der freien Würdigung des Richters, woraus hervorgehe, daß es mit

dem Beweise der Entlassung nicht allzu strenge zu nehmen sei. Ein genügender Beweis in dieser Richtung liege nun darin, daß Klägerschaft der neuen Firma das Darlehen ohne irgendwelchen Vorbehalt weiter kreditiert habe, während doch wenige Tage, nachdem sie die Anzeige von dem Übergang der Aktiven und Passiven auf die neue Firma erhalten hatte, das Kapital nebst Zins fällig gewesen sei, sowie in der Tatsache, daß Klägerschaft den Zins von der neuen Firma angenommen habe; wenn nämlich nach konstanter zürcherischer Gerichtspraxis die vorbehaltlose Empfangnahme eines Zinses vom neuen Erwerber des Grundpfandes die Entlassung des bisherigen Schuldners in sich schliesse, (vgl. § 362 des zürcherischen privatrechtl. Gesetzbuches), so müsse auch im vorliegenden Falle die Annahme des Zinses vom Delegaten des Schuldners als Befreiung des letztern aufgefaßt werden.

Die zweite Instanz trat dieser Auffassung nicht bei. Zunächst konstatierte sie, daß der streitige Schuldposten von 6500 Fr. unterm 5. Juli 1890 auf „Klinger & Rudolf“ im Darlehensbuch der Klägerin eingetragen wurde und daß sich weder eine Übertragung der Schuld auf Klinger & Benninger, noch eine Erneuerung derselben notiert findet, sondern lediglich eine Zinszahlung von 325 Fr. d. d. 4. September 1891 und eine Kapitalzahlung von 1950 Fr. durch die Notariatskanzlei Winterthur als Konkursbetreffniß d. d. 9. Mai 1893. Ferner stellte sie fest, daß Klinger & Rudolf noch weitere Darlehen von der Klägerin erhalten haben, welche zum Teil in der Weise scheinen gemacht worden zu sein, daß die Leihkasse Stammheim der Firma Klinger & Rudolf Tratten acceptierte, welche bei der Bank in Winterthur zahlbar waren und daß Klinger & Rudolf dann diese Tratten für sich verwendeten. In rechtlicher Hinsicht führte sie im wesentlichen aus: Eine Rechtspflicht zur Beantwortung des Circulars, worin der Übergang der alten Firma auf die neue angezeigt wurde, habe für Klägerschaft nicht bestanden und es habe dieselbe angesichts Art. 585 D.-R. auch keine Veranlassung gehabt, ausdrücklich zu erklären, daß sie den Beklagten auch fernerhin als ihren Schuldner betrachten werde. Aus dem Umstand, daß die Schuld von 6500 Fr. nach Empfang dieser Anzeige nicht sofort eingefordert worden sei, könne nichts zu Gunsten des Be-

klagten gefolgert werden; denn diese Schuld sei nicht erst am 5. Juli, sondern schon am 5. Januar 1891 fällig gewesen und von da an einfach fällig geblieben; Beklagter könne keine Erneuerung derselben nachweisen. Auch aus der vorbehaltlosen Entgegennahme des am 5. Juli fällig gewordenen Zinses von Klinger & Benninger und aus der Anmerkung in der Quittung, es restiere noch das Kapital von 6500 Fr., könne eine Entlassung nicht gefolgert werden; damit, daß die neue Firma als Schuldnerin angenommen worden war, sei der Beklagte seiner Haftung nicht entlassen worden, und die von der ersten Instanz erwähnte zürcherische Gerichtspraxis betreffend Befreiung eines Grundpfandschuldners müsse im vorliegenden Falle ohne Einfluß bleiben; denn sie habe ihren Grund in dem Bestreben, eine Trennung von Schuld und Unterpfand im Hypothekarwesen möglichst zu vermeiden, aus Gründen, welche im Faustpfandschuldverkehr weniger zutreffen. Aus einem der vorliegenden Buchauszüge scheine zwar hervorzugehen, daß Klägerin den Beklagten aus einer andern, als der heute eingeklagten Schuld (8000 Fr. Darlehen vom 1. April 1891) entlassen habe; es stehe aber dem Gläubiger zweifellos frei, bei einer Mehrzahl von Forderungen nur einzelne gegen den ausgeschiedenen Gesellschafter geltend zu machen.

3. Es ist vom Beklagten nicht bestritten worden, daß er als Socius der Firma Klinger & Rudolf der Klägerin aus dem Darlehen vom 5. Juli 1890 solidarer Schuldner geworden ist; seine Bestreitung der Zahlungspflicht gründet sich auf die Behauptung, nach Art. 589 D.-R. sei er von seiner Haftung frei geworden, indem von Seite der Gläubigerschaft eine aus den Umständen zu schließende Entlassung stattgefunden habe. Die Vorinstanz verneinte eine solche Entlassung; da indessen diese Feststellung nicht eine rein tatsächliche ist, sondern sich auf rechtliche Erwägungen, insbesondere auf die Auslegung des Art. 589 D.-R. gründet, so ist das Bundesgericht an dieselbe nicht ohne weiteres gebunden. Vorerst erscheint nun die Berufung auf den erwähnten Art. 589 D.-R. deshalb unzutreffend, weil darin nur von der Haftung eines ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Gesellschafters die Rede ist und es sich im vorliegenden Prozesse gar nicht um

diesen Fall, sondern um die Haftbarkeit eines Gesellschafters nach erfolgter Auflösung der Gesellschaft handelt. Am 30. Juni 1891 ist nicht etwa in der Firma Klinger & Rudolf eine Änderung bloß insoweit eingetreten, daß ein Gesellschafter ausgetreten, und die Firma nachher weiter geführt worden wäre, welchen Fall Art. 589 O.-R. im Auge hat, sondern es fand eine Auflösung derselben statt, wobei Aktiven und Passiven von der neuen Firma übernommen wurden, welche der frühere Associé Rudolf's, Klinger, mit dem frühern Prokuristen Benninger gegründet hatte. Daß aber der Fall der Auflösung einer Firma von dem Falle, wo aus einer weiterbestehenden Firma ein Gesellschafter ausscheidet oder ausgeschlossen wird, auseinanderzuhalten ist, ergibt sich schon aus dem Wortlaute des Art. 585 O.-R., wo von der Verjährung der Klagen gegen einen Gesellschafter „nach Auflösung der Gesellschaft oder nach seinem Ausscheiden oder seiner Ausschließung aus derselben“ die Rede ist. Es mag übrigens bemerkt werden, daß Art. 589 O.-R. nichts weiteres statuiert, als was das Obligationenrecht allgemein für die Aufhebung einer Schuld vorschreibt, denn nach Art. 1 u. 140 ibidem ist es zweifellos, daß die gänzliche oder teilweise Aufhebung einer Forderung auch stillschweigend, durch konkludente Handlungen, erfolgen kann. Es sind also die allgemeinen Grundsätze über Novation zur Anwendung zu bringen, und dabei ist die Bestimmung des Art. 143 O.-R. maßgebend, daß die Neuerung nicht vermutet wird, sondern der Wille, sie zu bewirken, aus dem Geschäfte klar hervorgehen muß. Ist aber hiernach die Frage so zu stellen, ob aus den vom Beklagten angeführten Thatfachen unzweideutig der Wille der Klägerschaft, ihn von seiner Schuldpflicht zu entlassen, hervorgehe, so muß in Übereinstimmung mit der Vorinstanz ein solcher Schluß als unzulässig abgewiesen werden.

4. Mit Recht führt die Appellationskammer aus, daß Beklagter nichts für sich aus der Thatfache herleiten kann, daß Klägerschaft das vom 1. Juli 1891 datierte Cirkular unbeantwortet gelassen, in welchem die Auflösung der bisherigen Gesellschaft Klinger & Rudolf und der Übergang ihrer Aktiven und Passiven auf die neue Gesellschaft Klinger & Benninger gemeldet wurde; denn in der bloßen Kenntnißnahme dieses Vorganges konnte in

keiner Weise die stillschweigende Erklärung gefunden werden, daß der Empfänger des Cirkulars die frühere Gesellschaft ihrer Schuldpflicht entlassen wolle; eine Rechtspflicht für die Klägerin zur Rückäußerung gegenüber diesem Cirkular bestand nach keiner Richtung, und so konnte derselben ihr Stillschweigen auch nicht schaden. Ebenso kann sich Beklagter mit Recht nicht darauf berufen, daß unmittelbar nach der Auflösung der Firma Klinger & Rudolf die Schuld von 6500 Fr. fällig geworden und auf eine Entlassung des Beklagten deswegen zu schließen sei, weil derselbe damals nicht zur Zahlung angehalten, sondern das Kapital der neuen Firma weiter kreditiert worden ist. Die Vorinstanz stellt fest, daß die 6500 Fr. nicht erst einige Tage nach der Auflösung der Firma Klinger & Rudolf, sondern schon am 5. Januar 1891 fällig geworden sind und von da an einfach fällig blieben, und fügt bei, der Beklagte sei nicht im Stande nachzuweisen, daß eine Erneuerung der Schuld stattgefunden habe, die Klägerin bestreite dies des Entschiedensten, unter Verweisung auf ihr Darlehensbuch, in welchem sich in der That keine Anhaltspunkte für eine Schulberneuerung finden.

5. Unter Hinweis auf die zürcherische Gerichtspraxis betreffend Befreiung eines Grundpfandschuldners bei vorbehaltloser Annahme eines Zinses vom neuen Erwerber des Grundpfandes durch den Gläubiger, will Beklagter sodann weiter seine Entlassung daraus herleiten, daß Klägerschaft den am 5. Juli 1891 verfallenen Zins nicht nur von der neuen Gesellschaft angenommen, sondern ihn von derselben auch ausdrücklich, mit Schreiben vom 23. August 1891, verlangt habe. Die erste Instanz hat dieser Ausführung beigepflichtet, aber mit Unrecht. Zunächst ist zu entgegnen, daß sich die erwähnte Gerichtspraxis auf die Auslegung kantonalen Rechtes bezieht und schon aus diesem Grunde nicht als Indizium bei der Anwendung eidgenössischen Rechtes verwendet werden darf, und sodann ist eine analoge Ausdehnung dieser Praxis deswegen durchaus unzulässig, weil sie eine singuläre, von dem allgemeinen Grundsätze, daß Verzichte nicht zu präsumieren seien, und speziell auch von dem Art. 143 O.-R. abweichende Rechtsanschauung enthält. Das Vorgehen der Klägerschaft mit Bezug auf die Reklamation und Empfangnahme dieses Zinses erklärt sich aber auf

natürliche Weise dadurch, daß eben Klinger auch als Anteilhaber der neuen Firma Schuldner dieses Darlehens geblieben war, und daß diese Firma durch Circular bekannt gegeben, daß sie die Passiven von Klinger & Rudolf übernommen habe. Ist nun auch zuzugeben, daß unter besondern Verhältnissen, wie z. B. wenn ein Kontokorrentvertrag bestanden hat und nach dem bekannt gewordenen Ausscheiden eines Gesellschafters das Kontokorrentverhältnis durch Übertragung des Saldos auf neue Rechnung und Salbierung dieser Rechnung, vorbehaltlos fortgesetzt worden ist, eine Entlassung des Ausgeschiedenen Gesellschafters angenommen werden darf (vgl. Amtliche Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheidungen XIX, S. 408, Urteil in Sachen Bündel & Cie. gegen Zollinger, Erw. 5), so beruht eine derartige Annahme auf den eigenartigen Verumständen des speziellen Falles und darf keineswegs dahin verallgemeinert werden, daß mit der Acceptation des neuen Schuldners der bisherige ohne weiters entlassen sein soll. Auf den erwähnten Entscheid in Sachen Bündel & Cie. gegen Zollinger kann im vorliegenden Falle auch deswegen nicht abgestellt werden, weil dort das Verhältniß so lag, daß lediglich ein Gesellschafter ausgeschieden war und die Firma weiter geführt wurde, während hier eine Auflösung der schulnerischen Firma stattgefunden hatte.

6. Beizupflichten ist der Vorinstanz schließlich auch in der Erwägung, daß es dem Gläubiger freistehe, bei einer Mehrzahl von Forderungen nur einzelne derselben gegen den ursprünglichen Schuldner geltend zu machen, woraus sich ergibt, daß eine Entlassung des Beklagten nicht etwa darin erblickt werden könnte, daß Klägerschaft denselben, wie die Vorinstanz annimmt, aus einer andern, als der eingeklagten Schuld entlassen hat.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Weiterziehung wird als unbegründet abgewiesen und demnach das Urteil der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 26. September 1893 in allen Teilen bestätigt.

144. Urteil vom 29. Dezember 1893 in Sachen Dreyfus Frères gegen Egli-Reinmann & Cie.

A. Mit Urteil vom 23. Oktober 1893 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt: Es wird das erstinstanzliche Urteil bestätigt. Das erstinstanzliche Urteil des Civilgerichtes des Kantons Baselstadt vom 26. September 1893 ging dahin: Die Beklagten werden zur Zahlung von 7913 Fr. 40 Cts. samt Zins à 5 % seit 15. Januar 1892 an die Kläger verurteilt.

B. Gegen dieses Urteil ergriffen die Beklagten die Weiterziehung an das Bundesgericht mit dem Antrag, es sei die Klage gänzlich abzuweisen. In der heutigen Verhandlung wiederholte der beklagte Vertreter diesen Antrag, indem er eventuell den weitem Antrag beifügte, die Akten dem kantonalen Gerichte zurückzuweisen, zur Feststellung des Schadens durch Expertise, wobei nicht der 15., sondern der 8. Januar 1893 maßgebend sein und lediglich auf die Preisstände der fraglichen Weizensorte Azima Cupatoria Rücksicht genommen werden solle; der Schaden solle festgestellt werden an Hand des noch vorhandenen Musters.

Der Vertreter der Rekursbeklagten beantragt Verwerfung dieser Anträge und Bestätigung des kantonalen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Kläger, Getreidehändler in Paris, welche schon im April 1891 mit den Beklagten einen Weizenhandel durchgeführt hatten, suchten im November 1891 neuerdings mit demselben in Verbindung zu treten, indem sie ihnen ein Muster einer auf dem Dampfer Mimosa befindlichen von Cupatoria nach Rotterdam schwimmenden Ladung russischen Weizen (Cupatoria Azima) übersandten, von welcher sie 5000 Meterzentner zu 24 Fr. 26 1/2 Cts. per 100 Kilogramm cif Rotterdam an die Beklagten verkaufen wollten (cif. = cost insurance freight bedeutet, daß der Käufer die Fracht und Assuranzkosten der gekauften Ware bis zum Lössungshafen zu tragen hat). Auf eine telegraphische Anfrage der Beklagten vom 23. November 1891, wann die betreffende Ware in Rotterdam erwartet werde, antworteten die Kläger am gleichen Tage ebenfalls telegraphisch, daß das Schiff, welches den Cupatoria-Weizen