

wesend gewesen sei und sich vom Gange und der Ausführung derselben habe überzeugen können, eine Rüge aber niemals erhoben habe. Zuzugeben ist nun allerdings, daß auch vor der Vollenbung des Werkes der Besteller auf Mängelrügen verzichtet und sein Einverständnis mit den Arbeiten bezeugen kann; allein zur Annahme eines solchen Einverständnisses genügt das bloße Stillschweigen des Bestellers und das Unterlassen von Reklamationen nicht, da der Besteller vor Ablieferung des Werkes zur Prüfung nicht verpflichtet ist. Gegen den Beklagten liegt nun aber höchstens dieses Stillschweigen vor, wenn man nicht sogar annehmen will, er habe mehrfach reklamiert; gegen die dem Kläger geschuldete Redlichkeit verstößt seine Handlungsweise jedenfalls nicht. Nach dem Gesagten muß auch die zweite Gegeneinrede des Klägers als unbegründet erklärt und der Lohnabzug grundsätzlich gutgeheißen werden.

4. Hinsichtlich des Quantitativen der dem Beklagten kompensationsweise zuzusprechenden Summe für Entschädigung wegen Verspätung und Abzug wegen Minderwertes ist die Vorinstanz offenbar ohne Verletzung von Bundesrecht über den Ansatz der Experten hinausgegangen, indem sie sich hierbei auf anderweitige Beweismittel, insbesondere Zeugeneinvernahme und Augenschein, gestützt hat; für das Bundesgericht liegt kein Grund vor, an der von der Vorinstanz auf Grund der Beweisergebnisse und in Anwendung des freien Ermessens festgesetzten Summe eine Änderung vorzunehmen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen und somit das Urteil des Kantonsgerichtes von St. Gallen vom 15. September 1899 in allen Teilen bestätigt.

105. Urteil vom 9. Dezember 1899
in Sachen Nordostbahngesellschaft gegen Kummer.

Klage auf Rückzahlung einer freiwillig bezahlten Nichtschuld. Art. 72 O.-R. Expropriation eines Grundstückes, richterliche Festsetzung der Entschädigung unter Vorbehalt des Nachmasses. Bezahlung der Entschädigung ohne vorheriges Nachmass und ohne Vorbehalt, spätere Verifikation und demzufolge Klage auf Rückzahlung des zu viel Geleisteten.

A. Durch Urteil vom 14. Juli 1899 hat das Obergericht des Kantons Schaffhausen die Klägerin mit ihrer Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und beantragt, es sei in Aufhebung desselben der Berufungsbeflagte zu verpflichten, ihr 3306 Fr. samt Zins zu 5 % seit dem 1. November 1893 zu bezahlen. Der Berufungsbeflagte beantragt in seiner Antwortschrift Abweisung der Berufung und sämtlicher Rechtsbegehren der Klägerin; eventuell: Rückweisung der Sache an die kantonalen Instanzen zum Zwecke materieller Instruktion auf dem Boden des eidgenössischen Rechtes und unter Vorbehalt aller prozessualischen und materiellrechtlichen Standpunkte des Beklagten auf dem durch das Bundesgericht festgestellten Rechtsboden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In dem Expropriationsprozeß zwischen Martin Kummer in Schaffhausen und der schweizerischen Nordostbahn hat die Instruktionskommission des Bundesgerichtes in ihrem am 25. April 1894 erlassenen Urteilsantrag bestimmt, die Schweiz. Nordostbahn habe dem Expropriaten Kummer zu bezahlen: „für 2041 Quadratmeter Garten, Wege und Gemüseland, Nachmaß vorbehalten, 9 Fr. 50 Cts. per Quadratmeter, 19,389 Fr. 50 Cts.“ nebst Zins zu 5 % vom Tage der Inanspruchnahme an. Nachdem beide Parteien den Urteilsantrag angenommen hatten, wurde derselbe durch Urteil des Bundesgerichtes vom 21. Mai 1894 als in Rechtskraft erwachsen erklärt. Dem angegebenen Maß waren, wie nicht bestritten ist, die Einträge im Grundbuch der

Stadt Schaffhausen zu Grunde gelegt worden. Am 20. Juni 1894 fand die gemeinderätliche Zufertigung des Grundstückes an die Nordostbahn statt, und am gleichen Tage bezahlte sie dem Expropriaten die vom Bundesgericht festgesetzte Entschädigungssumme aus. Im Frühjahr 1898 ließ die Nordostbahn eine Nachmessung vornehmen, welche einen um 3 Nr 48 Quadratmeter geringeren Flächeninhalt ergab. Gestützt auf diese Thatsache, und unter dem Hinweis auf den im Urteilsantrag gemachten Vorbehalt des Nachmaßes erhob sie nun gegen Nummer beim Bezirksgericht Schaffhausen Klage auf Rückzahlung von 3306 Fr. samt Zins zu 5 % seit dem 1. November 1893, indem sie behauptete, in diesem Betrage irrtümlich eine Nichtschuld bezahlt zu haben. Der Beklagte machte dagegen geltend, die Klägerin habe dadurch auf das Nachmaß verzichtet, und die Einträge im Grundbuch anerkannt, daß sie das Grundstück ohne jeden Vorbehalt und ohne von dem gerichtlichen Vorbehalt des Nachmaßes rechtzeitig Gebrauch zu machen, in Anspruch genommen und total verändert habe, so daß der frühere Umfang desselben gar nicht mehr festgestellt werden könne. Übrigens sei gegenüber den öffentlichen Grundbüchern ein Nachmaß gar nicht zulässig. In rechtlicher Beziehung könne von der Anwendung der Bestimmungen des eidgenössischen Obligationenrechtes über ungerechtfertigte Bereicherung nicht die Rede sein, da es sich in That und Wahrheit um eine Klage aus Nachwährschaft handle; diese sei aber verfehrt. Eventuell läge keine ungerechtfertigte Bereicherung vor, da der Beklagte seinerzeit das Grundstück mit demselben Flächenmaß erworben habe, und zudem das behauptete Mindermaß gar nicht bestehe.

Die Vorinstanz hat die Klage mit der Begründung abgewiesen: Um eine *condictio indebiti* könne es sich nicht handeln, weil von der Klägerin in Wahrheit nicht eine Nichtschuld bezahlt worden sei; denn nach dem Entscheide des Bundesgerichtes habe sie wirklich so viel zu bezahlen gehabt, als sie bezahlt habe. Ihre Forderung könne nur darauf gegründet werden, daß der Beklagte nicht richtig erfüllt habe, und da für diesen die Möglichkeit, besser zu erfüllen, nicht gegeben sei, so stelle sich der klägerische Anspruch als ein solcher auf Entschädigung aus

Nachwährschaft dar. Bei Beurteilung dieses Anspruches falle entscheidend in Betracht, daß die Klägerin von dem vom Bundesgericht ausgesprochenen Vorbehalt des Nachmaßes erst nach Verfluß von 4 Jahren Gebrauch gemacht habe, während dies spätestens bei der Fertigung des Grundstückes, eventuell bei der Auszahlung des Preises hätte geschehen müssen. Der Umstand, daß die Klägerin unterlassen habe, vor diesem Zeitpunkt die Nachmessung zu bewerkstelligen, und das Grundstück in Besitz genommen und den Preis dafür bezahlt habe, ohne irgend welchen weiteren Vorbehalt zu machen, berechtige zu der Annahme, daß die Klägerin auf das Recht der Verifikation des Maßes verzichtet und das vom Bundesgericht zu Grunde gelegte Flächenmaß mit dem daraufhin ausgerechneten Preis definitiv für sich verbindlich anerkannt habe.

2. Die Frage nach der rechtlichen Natur der Klage ist (abgesehen von der hier nicht weiter in Betracht kommenden prozeßrechtlichen Qualifikation) gleichbedeutend mit der Frage, aus welchem Rechtsgrund geklagt werde. Maßgebend für deren Beantwortung ist deshalb der Inhalt der Klagebegründung. Nach dieser handelt es sich aber im vorliegenden Falle in der That um eine *condictio indebiti*, denn die Klägerin stützt ihren Anspruch auf die Behauptung, sie habe dem Beklagten mit den 3306 Fr. irrtümlich eine Nichtschuld bezahlt. Ob diese Behauptung thatsächlich richtig oder unrichtig sei, ändert an der Natur der Klage nichts. Stellt sich die Klage aber als *condictio indebiti* dar, so ist damit auch die Kompetenz des Bundesgerichtes, über dieselbe zu entscheiden, gegeben; denn die Ansprüche wegen ungerechtfertigter Bereicherung sind Ansprüche eidgenössischen Rechtes; Voraussetzung und Inhalt derselben bestimmen sich nach dem eidgenössischen Obligationenrecht, und zwar auch in den Fällen, bei denen die in Frage kommende causa der Bereicherung von diesem Bundesgesetz selbst nicht beherrscht wird.

3. Da die Zahlung, auf welche die Klägerin ihre Rückforderung stützt, zum Zwecke der Tilgung einer Schuld und freiwillig erfolgt ist, findet im vorliegenden Falle Art. 72 D.-R. Anwendung. Nach diesem Artikel hat die Klägerin darzuthun, daß die Schuld thatsächlich nicht bestanden, und daß sie sich über-

dies bei der Zahlung über ihre Schuldpflicht im Irrtum befunden habe. Was nun zunächst die Frage anbelangt, ob die Klägerin eine Nichtschuld bezahlt habe, so hat die Vorinstanz sie mit Unrecht aus dem Grunde verneint, weil die Klägerin nach dem bundesgerichtlichen Urteil wirklich so viel geschuldet habe, als sie bezahlt hat. Das bundesgerichtliche Urteil (bzw. der durch dasselbe als in Rechtskraft erwachsen erklärte Urteilsantrag der Instruktionskommission) geht dahin, die Nordostbahn sei unter Vorbehalt des Nachmaßes zur Bezahlung der im Urteil bezeichneten Summe verpflichtet, und gibt darum auch ausdrücklich den für den abzutretenden Quadratmeter zu bezahlenden Einheitspreis, 9 Fr. 50 Cts., an. Die durch das Urteil der Nordostbahn auferlegte Verpflichtung besteht somit darin, den Beklagten für das in Abtretung fallende Land mit 9 Fr. 50 Cts. per Quadratmeter zu entschädigen, und die auf 2041 Quadratmeter berechnete Gesamtsumme ist nur in der Meinung ausgesetzt, daß sie gelten solle, wenn eine beiden Parteien freistehende Nachmessung nicht einen andern Flächeninhalt ergebe. War die abzutretende Fläche kleiner als 2041 Quadratmeter, so schuldete sonach die Nordostbahn auf Grund dieses Urteils auch einen entsprechenden, nach dem ausgesetzten Einheitspreis zu berechnenden Betrag weniger und sie zahlte also, wenn die Fläche, wie sie behauptet, bloß 1693 Quadratmeter maß, mit dem Betrag von 3306 Fr. in der That eine Nichtschuld. Die Einwendung des Beklagten, daß das in dem bundesgerichtlichen Urteil angegebene Flächenmaß dem öffentlichen Grundbuch entnommen, und dessen Angaben gegenüber ein Nachmaß nicht zulässig sei, kann nicht gehört werden, nachdem einmal das bundesgerichtliche Urteil dieses Nachmaß den Parteien ausdrücklich vorbehalten hat.

4. Da in der freiwilligen und vorbehaltlosen Zahlung einer geltend gemachten Schuld an sich eine Anerkennung derselben liegt, und diese Anerkennung einen rechtmäßigen Grund für die mit der Zahlung bewerkstelligte Vermögenszuwendung bildet, so hat der die *condictio indebiti* anstellende Kläger außerdem die in der Zahlung liegende Anerkennung zu entkräften. Er hat zu dem Zwecke, sofern nicht die Zahlung unter Vorbehalt geschah, darzuthun, daß er sich über seine Zahlungspflicht im Irrtum befunden

den habe. Dieser Nachweis ist im vorliegenden Falle als erbracht anzusehen, sobald sich ergibt, daß das exproprierte Grundstück wirklich weniger als 2041 Quadratmeter maß; denn es ist nicht daran zu zweifeln, daß die Klägerin die volle, dem angegebenen Flächenmaß entsprechende Summe dem Beklagten nur aus dem Grunde ausbezahlt hat, weil sie glaubte, daß jenes Maß mit der Wirklichkeit übereinstimme, und sie daher in der That den Beklagten für 2041 Quadratmeter zu entschädigen habe. Dieser Irrtum würde nun allerdings dann nicht mehr in Betracht fallen können, wenn in der Zahlung zugleich die Erklärung zu erblicken wäre, daß es auf ein allfälliges Mehr- oder Mindermaß überhaupt nicht mehr ankommen solle. Auf diesem Standpunkt steht die Vorinstanz, indem sie annimmt, die Klägerin habe dadurch, daß sie die vorbehaltene Nachmessung nicht bereits vor der Zahlung vornahm, auf eine Verifikation des Flächenmaßes verzichtet, und damit anerkannt, daß die im Urteilsantrag festgesetzte Gesamtsumme den Betrag ihrer Schuld ausmache. Nun hatte allerdings die Klägerin, obschon im Urteilsantrag das Nachmaß vorgesehen war, die Zahlung geleistet, ohne hievon Gebrauch zu machen, und sich bei der Zahlung nicht ausdrücklich vorbehalten, später darauf zurückzukommen. Allein für die Vornahme der Nachmessung war im Urteilsantrag keine Frist gesetzt, und es läßt sich auch nicht etwa behaupten, daß Treu und Glauben erfordert hätten, den Flächeninhalt bereits vor der Zahlung zu verifizieren. Die Nordostbahn durfte daher bei der Zahlung davon ausgehen, daß ihr die Nachmessung auch nachträglich noch zustehe, und brauchte sich dieselbe, nachdem sie bereits im Urteilsantrage vorbehalten war, bei der Zahlung nicht noch einmal ausdrücklich vorzubehalten. Es geht somit nicht an, in der Zahlungsleistung der Klägerin die Erklärung zu erblicken, daß es bei der Annahme eines Flächenmaßes von 2041 Quadratmeter, unbekümmert um deren Richtigkeit, sein endgültiges Bewenden haben solle. Unter diesen Umständen kann aber von einem Verzicht auf das Recht einer allfälligen Rückforderung wegen irrtümlicher Annahme des Flächenmaßes nicht gesprochen werden, und ist die Klägerin mit ihrer Behauptung, daß das abgetretene Grundstück weniger als 2041 Quadratmeter gemessen habe, in der That zu hören.

Die Vorinstanz ist auf eine Beweiserhebung rücksichtlich dieser Thatsache nicht eingetreten, und zwar, wie sich aus ihrem Urteil ergibt, nicht etwa aus prozessualen Gründen, sondern lediglich deshalb, weil sich von ihrem Standpunkt aus die klägerische Behauptung als unerheblich darstellte. Dieser Standpunkt erweist sich jedoch, wie bemerkt, als unhaltbar; danach bedarf der in dem angefochtenen Urteil festgestellte Thatbestand der Vervollständigung und es sind deshalb die Akten zur Vornahme derselben, und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5. Über die Zinsenforderung der Klägerin ist endlich zu bemerken: Soweit sich auf Grund der von der Vorinstanz vorzunehmenden Beweiserhebung ein Mindermaß ergibt, hat der Beklagte neben dem von der Klägerin zu viel bezahlten Kapital auch den entsprechenden, von ihr bezahlten Betrag an Zinsen zurückzuerstatten. Im übrigen aber schuldet der Beklagte, da nichts dafür vorliegt, daß er beim Empfang der Zahlung nicht im guten Glauben gewesen sei, eventuell lediglich Verzugszinsen vom Tage der Mahnung an, als welche die Mitteilung von dem Resultat der von der Nordostbahn vorgenommenen Nachmessung zu betrachten ist.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Klägerin wird in dem Sinne als begründet erklärt, daß das angefochtene Urteil des Obergerichtes des Kantons Schaffhausen vom 14. Juli 1899 aufgehoben und die Sache zur Aktenvervollständigung und neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

106. Urteil vom 22. Dezember 1899 in Sachen Brehse gegen Knappe.

*Konkurrenzverbot unter Konventionalstrafe. Unsittlichkeit des Verbotes?
Art. 17 und 181 O.-R. — Uebertretung des Verbotes? — Mass der
Konventionalstrafe. Art. 182 O.-R.*

A. Durch Urteil vom 25. August 1899 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Beklagte verpflichtet, dem Kläger 10,000 Fr. zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht eingelegt, mit dem Antrage: in Aufhebung des angefochtenen Urteils sei die Klage abzuweisen, eventuell die dem Kläger zugesprochene Summe erheblich zu reduzieren.

C. In der heutigen Verhandlung wiederholt der Vertreter der Beklagten diesen Berufungsantrag und beantragt weiter eventuell Rückweisung der Akten an die Vorinstanz zur Abnahme der von ihm daselbst beantragten Beweise.

Der Vertreter des Klägers trägt auf Abweisung der Berufung an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In thatsächlicher Beziehung ergibt sich aus den Akten: Die Beklagte W. Brehse betreibt unter dieser Firma in Zürich eine Verlagsbuchhandlung; ihr Ehemann Julius Brehse war darin bis zum 30. September 1898 als Prokurist tätig. Durch Vertrag vom 13. Januar 1896 verkaufte die Beklagte dem Kläger Otto Knappe die in ihrem Verlage erscheinende „Schweizerische Wochenzeitung“ für den Preis von 16,000 Fr., die bezahlt wurden. § 6 des Vertrages bestimmte: „Verkäufer Herr W. Brehse verpflichtet sich, weder eine Wochenzeitung, noch ein ähnliches Unternehmen zu gründen oder zu betreiben, gegen eine Konventionalstrafe von 10,000 Fr.“ Die Parteien sind darüber einig, daß hierbei lediglich aus Irrtum „Herr W. Brehse“ statt der Firma oder deren Inhaberin genannt sei. Im Oktober 1897 setzte sich Jakob Emil Frey, Viegenschaftsagent in Zürich, mit