

Die Vorinstanz ist auf eine Beweiserhebung rücksichtlich dieser Thatfache 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 Zinsforderung 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 zurückzuvorgüten. 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 tatsächlicher Beziehung ergibt sich aus den Akten: Die Beklagte M. Brehse betreibt unter dieser Firma in Zürich eine Verlagsbuchhandlung; ihr Ehemann Julius Brehse war darin bis zum 30. September 1898 als Prokurist thätig. 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 M. 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 M. Brehse“ statt der Firma oder deren Inhaberin genannt sei. Im Oktober 1897 setzte sich Jakob Emil Frey, Liegenschaftsagent in Zürich, mit

der Gesellschaft für graphische Industrie in Wien in Verbindung, damit diese ihm für fünf Jahre eine schweizerische Ausgabe ihres „Modensalon“ unter dem Titel „Neue Schweizer Mode“ überlasse. Dabei wurde Frey ermächtigt, seine Schwägerin, Fräulein Brassel in Zürich, als Herausgeberin dieses Blattes zu bestellen. „Mit Vollmacht der Regina Brassel“ schloß Frey mit G. Koppäckli aus Berlin in Zürich zwei Verträge ab, wonach dieser die Inseratenpacht des Blattes übernahm und ihm bezw. der Frä. Brassel als Betriebskapital 3000 Fr. vorschob; ein Verlust dieses Kapitals sollte den Koppäckli treffen, ihm dagegen beim Gedeihen des Unternehmens von Frä. Brassel eine „Extraprovision“ von 3000 Fr. bezahlt werden. Am 11. August 1898 wurde das Blatt an W. Thiele in Zürich angeblich für den „an Frey zu zahlenden“ Betrag von 1200 Fr., verkauft. Thatsächlich ist nun von der Vorinstanz in für das Bundesgericht verbindlicher Weise in Würdigung des Beweisverfahrens über die Hergänge bei der Gründung dieses Blattes und über dessen Betrieb folgendes festgestellt: Daß der Ehemann der Beklagten, Julius Brehse, den Frey zur Gründung der „Neuen Schweizer Mode“ angestiftet, daß er ihm hiezu die erforderlichen Mittel geliefert, namentlich das Betriebskapital in die Hände gegeben, auch den Koppäckli dem Frey zugeführt hat, und daß er, als das Unternehmen schlecht ging, für dessen Fortsetzung gesorgt hat, indem Frey die 1200 Fr. beim Verkauf an Thiele in der Weise erhielt, daß ihm Wechsel im genannten Betrag, die er aus andern Geschäften der Beklagten schuldete, von J. Brehse zurückerhielt. Und des fernern ist festgestellt, daß thatsächlich nicht J. Brehse, sondern die Beklagte die 3000 Fr. Gründungskapital und die 1200 Fr. bezahlt hat; sodann, daß sowohl J. Brehse als die Beklagte der Frä. Brassel die nötigen Instruktionen für den Betrieb des Blattes erteilt haben. Nach alledem steht fest, daß die Beklagte teils in eigener Person, teils durch Zustimmung zu den Handlungen ihres Ehemannes und in Mitbetheiligung bei denselben zu der Gründung der „Neuen Schweizer Mode“ Veranlassung gegeben, dem Frey das erforderliche Betriebskapital vorgeschossen und ihm die nötigen Instruktionen erteilt, sowie einen sachkundigen Inseratenpächter zugeführt, der Frä. Brassel mit Rat

beigestanden und im August 1898 durch Hingabe weiterer 1200 Fr. die Fortsetzung des Unternehmens ermöglicht hat. Ob dagegen die Beklagte das Blatt in That und Wahrheit für sich selbst gegründet und auf eigene Rechnung betrieben habe, erscheint der Vorinstanz als zweifelhaft, obschon sie hiefür eine Reihe von Indizien aufführt. Alle die eben aufgeführten thatsächlichen Feststellungen nun haben vom Vertreter der Beklagten in der heutigen Verhandlung mit Erfolg nicht angefochten werden können, da sie auf einer Würdigung des Beweisverfahrens beruhen, die ausschließlich den kantonalen Instanzen zusteht; die Glaubwürdigkeit des Zeugen Koppäckli insbesondere, die von der Beklagten bestritten worden ist, ist von der Vorinstanz bereits genügend kritisch betrachtet worden; es ist daher von diesem Thatbestande auszugehen. Der Kläger erblickte in dem Vorgehen der Beklagten eine Verletzung des vertraglichen Konkurrenzverbotes und klagte die Konventionalstrafe von 10,000 Fr. ein.

2. Die Beklagte wendet auch heute noch, wie vor der Vorinstanz, in erster Linie ein, das Konkurrenzverbot sei, weil zeitlich und örtlich unbeschränkt, als unsittlich und daher gemäß Art. 17 D.-R. ungültig anzusehen. Nun hat das Bundesgericht in ständiger Praxis den Grundsatz ausgesprochen, daß ein Konkurrenzverbot oder ein Konkurrenzverzicht dann unsittlich sei, wenn dadurch die wirtschaftliche Freiheit des sich Verpflichtenden geradezu aufgehoben, oder doch in dem Maße beschränkt werde, daß er von derselben nicht mehr gehörigen Gebrauch machen könne, und eine solche Beschränkung insbesondere dann angenommen, wenn die Verpflichtung nach Gegenstand, Zeit und Ort unbeschränkt, oder zeitlich und örtlich zu ausgedehnt war (vgl. zuletzt Urteil des Bundesgerichts vom 19. Februar 1898 in Sachen Ackermann gegen Hünervadel & Cie., Amtl. Samml., Bd. XXIV, 2. Teil, S. 123 f., Erw. 2). Allerdings sind diese Grundsätze bis anhin nur bezüglich der bei Dienstverträgen vorkommenden Konkurrenzkláuseln aufgestellt worden; aber sie haben, da sie sich auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz des Art. 17 D.-R., daß unsittliche Rechtsgeschäfte nichtig seien, stützen, auch auf alle übrigen Konkurrenzverbote und -Verzichte, wie überhaupt auf jede vertragliche Beschränkung der Gewerbefreiheit Anwendung zu finden (vgl.

Semberg, Vertragsmäßige Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit; Breslau 1888, S. 1 ff.); dabei werden allerdings jeweilen die Verhältnisse im einzelnen geprüft werden und wird man in der Regel bei Dienstverträgen, wo der wirtschaftlich schwächere dem wirtschaftlich stärkeren gegenübersteht, in der Auslegung strikter verfahren, als bei Kaufverträgen, wo es sich um wirtschaftlich gleich starke Parteien handelt. Im vorliegenden Falle nun ist der Konkurrenzverzicht schon nach seinem Gegenstande ganz bestimmt begrenzt: er betrifft eine Modenzeitung oder ein „ähnliches Unternehmen.“ Diese Beschränkung würde bei der Natur des Geschäftes der Beklagten eine unzulässige Einschränkung ihrer wirtschaftlichen Freiheit selbst dann nicht bilden, wenn sie, was nach dem Wortlaute der Konkurrenzklausele allerdings der Fall ist, zeitlich und örtlich unbegrenzt wäre; denn die Beklagte betreibt ganz allgemein ein Verlagsgeschäft und kann sich in diesem Gewerbe nach mannigfachen Richtungen hin bethätigen; ihre wirtschaftliche Freiheit ist nur bezüglich eines bestimmten, genau begrenzten Gebietes eingeschränkt, und hiesfür hat sie überdies — wie später noch näher auszuführen sein wird — einen Gegenwert erhalten. Von einer Unsitlichkeit des fraglichen Konkurrenzverbotes kann demnach schon aus diesem Grunde keine Rede sein, und es ist somit auf die Frage einzutreten, ob die Beklagte dasselbe übertreten habe.

3. Nach dem Wortlaute des Übereinkommens nun verpflichtete sich die Beklagte, eine Modenzeitung oder ein ähnliches Unternehmen weder zu gründen noch zu betreiben. Nach dem in Erwägung 1 mitgetheilten und gemäß dem dort gesagten als festgestellt zu erachtenden Thatbestande ist allerdings nicht festgestellt, daß die Beklagte die „Neue Schweizer Mode“ — das Konkurrenzunternehmen, um das es sich handelt — selbst, auf eigene Rechnung, und für sich selbst, gegründet und betrieben habe; festgestellt ist nur, daß sie die Gründung und den Betrieb teils selbst, durch Hingabe der nötigen Mittel, teils durch ihren Ehemann, mit Rat und That ermöglicht und unterstützt hat. Allein das Konkurrenzverbot ist unbedenklich in dem Sinne auszulegen, daß auch diese Thätigkeit als Verletzung desselben aufzufassen ist. Zweck des Konkurrenzverbotes war, dem Kläger den Betrieb der

von ihm gekauften Zeitung zu ermöglichen, soweit es in den Mitteln der Beklagten lag, d. h. wenigstens diesem Betrieb nicht hindernd in den Weg zu treten. Unter diesem Gesichtspunkte aber durfte die Beklagte auch nicht durch Dritte dem Kläger Konkurrenz bereiten, Dritte in den Stand setzen, dem Kläger als Konkurrenten gegenüberzutreten; schon dieses Gebahren verstieß gegen die dem Kläger von der Beklagten geschuldete Treue; und nach den Grundsätzen von Treu und Glauben, nach denen jedes Konkurrenzverbot, namentlich ein solches, das der Käufer eines Unternehmens mit dem Verkäufer zum ungestörten Genusse des gekauften Unternehmens abschließt, beurteilt werden muß, liegt daher in der That eine Verletzung des Konkurrenzverbotes durch die Beklagte vor. Zu diesem Ergebnisse führt übrigens noch eine weitere Erwägung: Der Verkauf eines Zeitungsunternehmens umfaßt in der Hauptsache nicht bestimmte körperliche Gegenstände, — diese erscheinen nur als Accessorien, — sondern er betrifft die Möglichkeit des Gewerbes durch das Zeitungsunternehmen; hiesfür hauptsächlich, für den Vermögenswert des Unternehmens als solchen — wofür namentlich in Betracht fallen die Zahl der Abonnenten und die Möglichkeit der Verwertung der Zeitung durch Inserate — wird der Kaufpreis gezahlt; es verhält sich sonach hier ähnlich, wie beim sog. Verkauf eines Geschäftes „mit der Kundschaft.“ Wie bei letzterem die Verpflichtung des Verkäufers darin besteht, nichts zu thun, was den Übergang seiner Kundschaft auf den Käufer hindern könnte, also namentlich nicht ein Konkurrenzunternehmen in derartiger Lage zu gründen, daß es geeignet wäre, dem Käufer Kunden zu entziehen (vgl. Untl. Samml. der bundesger. Entsch., Bd. XXIV, 2. Teil, S. 864), so besteht schon die vertragliche Verpflichtung des Verkäufers eines Zeitungsunternehmens darin, dem Käufer den Fortbetrieb des Unternehmens zu ermöglichen und ihm nicht hindernd in den Weg zu treten (vgl. Entsch. des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 37, S. 176 ff.). Auch aus diesem Gesichtspunkte gelangt das Bundesgericht zu einer weitgehenden Auslegung des Konkurrenzverbotes und damit zu dem Ausspruche, daß die Beklagte ihre vertragliche Verpflichtung in der That verletzt habe.

4. Danach erscheint denn die eingeklagte Conventionalstrafe als

grundsätzlich verfallen, und kann es sich nur fragen, ob eine Ermäßigung derselben einzutreten habe, da sie im Sinne des Art. 182 O.-R. als übermäßig zu bezeichnen sei. Mit Recht hat jedoch die Vorinstanz auch diesen Antrag der Beklagten abgewiesen. Zunächst ist der Vorinstanz darin beizutreten, daß der von der Beklagten beantragte Beweis dafür, daß dem Kläger ein Schaden nicht entstanden sei, unerheblich ist (vgl. z. B. das angeführte Urteil des Bundesgerichts in Sachen Ackermann gegen Hünerwadel & Cie., Amtl. Samml., Bd. XXIV, 2. T., S. 125 f. Erw. 4). Sodann ist in Übereinstimmung mit den von der Vorinstanz angeführten Urteilen des Bundesgerichts zu sagen, daß Art. 182 O.-R. dem Richter nicht etwa ein schrankenloses freies Ermessen giebt, eine Konventionalstrafe herabzusetzen, sondern daß eine Reduktion der Konventionalstrafe nur dann einzutreten hat, wenn die stipulierte Strafe in gar keinem Verhältnisse zu der begangenen Vertragsverletzung mehr steht; dabei ist insbesondere auch das Verschulden des Übertreters zu berücksichtigen. In Anwendung dieser Grundsätze kann hier von einer Herabsetzung der Konventionalstrafe keine Rede sein. Zunächst ist schon nach dem in Erwägungen 2 und 3 Ausgeführten davon auszugehen, daß der Kaufpreis von 16,000 Fr. im wesentlichen den Gegenwert für die Überlassung des Betriebes der „Modenzzeitung“ und damit für die Unterlassung der Konkurrenz bildete — was denn auch überdies von der Vorinstanz gemäß dem Urteile eines ihrer sachmännischen Mitglieder in für das Bundesgericht verbindlicher Weise festgestellt wird. Sodann ist das Verschulden der Beklagten als ein sehr schweres zu bezeichnen, indem sie das Konkurrenzverbot in raffinierter, verborgener Weise überschritten hat.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen und somit das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich in allen Teilen bestätigt.

107. Urteil vom 22. Dezember 1899 in Sachen  
Kaiser gegen C. Uhlmann & Cie.

*Zahlungsversprechen; eventuell unerlaubte Handlung, Art. 50 ff. O.-R.  
Mitverschulden der Kläger?*

A. Mit Urteil vom 13. Juli 1899 hat das Obergericht des Kantons Luzern erkannt:

1. Der Beklagte habe den Klägern die Summe von 2620 Fr. nebst Zins zu 5 % seit Fälligkeit der einzelnen Wechsel d. h. von 800 Fr. seit 31. Dezember 1897, von 970 Fr. seit 20. Januar 1898, von 850 Fr. seit 31. Januar 1898 zu bezahlen.

2. Die Kläger haben dem Beklagten einen diesem Betrage entsprechenden Teil der Konkursdividende aus dem Konkurse Schlesinger abzutreten.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht eingelegt, mit dem Antrage: die Klage sei gänzlich abzuweisen.

C. Die Kläger tragen auf Abweisung der Berufung an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 7. Oktober 1897 zog der Handelsreisende Schlesinger in Lugano auf den Beklagten C. U. Kaiser in Zug, mit Zweigniederlassung in Luzern, drei Tratten an eigene Ordre, fällig wie folgt: eine Tratte von 800 Fr. am 31. Dezember 1897, eine solche von 970 Fr. am 20. Januar 1898 und eine solche von 850 Fr. am 31. Januar 1898. Der Beklagte schrieb an Schlesinger am 13. Oktober 1897: er habe von diesen drei Wechseln Kenntnis genommen und sie werden beim Verfall bezahlt werden « au cas préalable que les trois traites sur vous seront aussi payées, sans prolongation...; du moment que toutes les traites sur vous seront toujours payées à l'échéance, je pourrai aussi accepter, mais en attendant la chose est assez neuve pour moi et je préfère à ne pas m'engager dans une affaire que je ne connais pas assez. Vous aussi ne devez pas accepter,