

hoch, und namentlich ist in keiner Weise erstellt, daß sie in dem angedeuteten Verhältnis zum Erfüllungsinteresse des Beklagten stehen. Auch kann nicht etwa gesagt werden, schon der Umstand, daß es sich um Angestellte auf der einen und den Arbeitgeber auf der andern Seite handelt, berechtige zu der Annahme, daß es sich um eine Wandelpön handle. Allerdings hat das neue D. S.-G.-B. in § 75 Abs. 2 im Verhältnis von Prinzipal und Handlungsgehilfen beim Versprechen einer Konventionalstrafe seitens des letztern das Wahlrecht des erstern ausgeschlossen und ihn auf die Forderung der Strafe beschränkt, und zwar mit zwingender Kraft. Allein das Schweiz. Oblig.=Recht kennt eine derartige Vorschrift nicht, und ihr Hineininterpretieren in einen Vertrag widerspricht nicht nur dem Art. 179 D.-R., sondern dem dem ganzen Gesetze zu Grunde liegenden Prinzipie der Vertragsfreiheit überhaupt.

6. Der Beklagte kann daher vorliegend die Erfüllung des Vertrages fordern oder, anders ausgedrückt, den Klägern die Ausübung des unterjagten Berufes verbieten. Inwieweit ihm hiebei Zwangsmittel zu Gebote stehen, und inwieweit insbesondere der Befehl des Audienzrichters vom 5. Mai 1898 dem Gesetze entsprach, ist deshalb nicht zu untersuchen, weil dieser Befehl nach dem Ausspruche der Vorinstanz, die sich hiebei auf das kantonale Prozeßrecht stützt, mit der Einleitung der Klage dahingefallen ist; an seine Stelle ist nun Dispositiv 1 des angefochtenen Urteils getreten, das nach dem Gesagten, in Abweisung der Berufung der Kläger, zu bestätigen ist.

7. Auch dem Anschlußberufungsbegehren des Beklagten kann keine Folge gegeben werden. Wenn das angefochtene Urteil in Erwägung 5 ausspricht, es werde Sache eines weitem Vollstreckungsverfahrens sein, für die Durchführung des auch zweitinstanzlich geschützten Konkurrenzverbotes die nötigen Androhungen zu erlassen, so beruht dieser Entscheid auf dem kantonalen Prozeßrecht, das vom Bundesgericht nicht nachgeprüft werden kann. Und was das zweite Begehren betrifft, so bedarf es eines besondern Spruches des Gerichtes über die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit seines Urteils nicht, da das Org.-Ges. in Art. 101 und 45 hierüber klare und unzweideutige Bestimmungen trifft.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Kläger sowohl wie die eventuelle Anschlußberufung des Beklagten werden als unbegründet abgewiesen und es wird somit das Urteil der Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. Dezember 1899 in allen Teilen bestätigt.

15. Urteil vom 10. März 1900 in Sachen
Brauerei Tiefenbrunnen gegen Gut bezw. Ketscher.

Verpflichtung des Eigentümers einer Wirtschaft, « für sich und seine Rechtsnachfolger » Bier während einer bestimmten Zeit nur von einer gewissen Brauerei zu beziehen. Auslegung. Vertrag zu Gunsten Dritter, Art. 128 O.-R., spez. Abs. 2 eod. (Stellung des Dritten). — Versprechen der Leistung eines Dritten, Art. 127 O.-R. Der Versprechende ist gegebenenfalls auch zur Leistung einer Konventionalstrafe verpflichtet.

A. Durch Urteil vom 7. November 1899 hat die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich die Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht erklärt, und beantragt, dasselbe sei aufzuheben, und der Beklagte Gut gemäß dem Urteile des Bezirksgerichtes Zürich zu verpflichten, an den Kläger Mayer, Brauerei Tiefenbrunnen, vom 1. März 1899 an bis nach erfolgter Abzahlung des 6000 Fr.-Briefes, oder bis zum Wiederbeginn der Deckung des Bierbedarfes der Wirtschaft zur „Gans“ beim Kläger an letztern monatlich eine Konventionalstrafe von 100 Fr. zu zahlen.

In der heutigen Hauptverhandlung erneuert der Anwalt der Berufungsklägerin diesen Antrag. Rechtsanwalt W. beantragt namens des Litisdenunziaten Ketscher Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 15. Oktober 1896 hat K. Mayer, Brauerei Tiefenbrunnen, mit E. Helbock, damaligem Eigentümer der Wirtschaft

zur „Gans“ im Niederdorf Zürich, folgenden Vertrag abgeschlossen: „K. Mayer, Brauerei Tiefenbrunnen, übergibt heute an Herrn „Helbock auf zwei zu errichtende Schuldbriefe 8000 Fr. (Achttausend Franken), welche zu $4\frac{1}{2}\%$ zu verzinsen sind. Auf „das Haus zur „Gans“, Niederdorf, 6000 Fr. mit Vorgang „80,000 Fr. sind auf fünf Jahre fest mit nachherig gegenseitig „freistehender vierteljährlicher Kündigung. Dagegen verpflichtet sich „Herr Helbock für sich und seine Rechtsnachfolger, ebensolange „und ausschließlich den ganzen Bierbedarf für das Restaurant „zur „Gans“, Niederdorf, in welchem das ganze Jahr offenes „Bier gewirkt werden muß, von der Brauerei Tiefenbrunnen zu „decken, oder für allfällig anderweitig bezogenes Bier pro Hekto „4 Fr. Schadenersatz zu zahlen, was bei einem monatlichen „Durchschnittsverbrauch von 25 Hekto einer monatlichen Konventionalsstrafe von 100 Fr. gleichkommt, so lange dieser Vertrag besteht. Bei unpünktlicher Verzinsung dessen, sowie der „Vorbrieife ist der Kreditor berechtigt, jederzeit ohne Kündigung „3000 Fr. zurückzuverlangen und bleibt der Rest bei obigen „Bedingungen fest stehen.“ Im November 1896 verkaufte Helbock die Liegenschaft zur „Gans“ an den Beklagten Gut, und überband ihm gleichzeitig den mit der Brauerei Tiefenbrunnen abgeschlossenen Vertrag. Der Beklagte seinerseits verkaufte die Liegenschaft sodann dem Titissdenunziaten Netscher, ebenfalls unter Überbindung des genannten Vertrages, und dieser verkaufte sie, mit Antritt auf 1. März 1899, an den jetzigen Eigentümer Eggmann, der jedoch die Verpflichtung zum Bierbezug von der Brauerei Tiefenbrunnen nicht übernahm, und auch tatsächlich das Bier nicht von ihr bezog. Die Bierbrauerei Tiefenbrunnen trat deshalb, unter Berufung auf den mit Helbock abgeschlossenen, und vom Beklagten seinem ganzen Inhalte nach übernommenen Vertrag, gegen den Beklagten klagend auf, indem sie von demselben Schadenersatz im Betrage von 120 Fr. per Monat seit 1. März 1899 bis zur Beendigung des „Brieifschuldbverhältnisses“ verlangte. Der Beklagte verkündete seinem Rechtsnachfolger Netscher den Streit und überließ ihm die Führung des Prozesses. Netscher beantragte Abweisung der Klage, eventuell erhebliche Herabsetzung der eingeklagten Forderung und machte geltend: Der Beklagte

habe nicht, wie Helbock, auch für seine Rechtsnachfolger, und sei der, der Klägerin gegenüber eingegangenen Verpflichtung in vollem Umfange nachgekommen, indem er, so lange er die Wirtschaft zur „Gans“ betrieb, den ganzen Bierbedarf ausschließlich bei der Klägerin gedeckt, und diese Verpflichtung auch seinem Rechtsnachfolger Netscher übertragen habe. Unter keinen Umständen könnte der Beklagte zur Bezahlung von mehr als 100 Fr. monatlich verurteilt werden, da in dem Vertrage selbst diese Summe als Konventionalstrafe festgesetzt sei. Diese Konventionalstrafe könne aber auch schon deshalb nicht gefordert werden, weil damit ein unsittliches Versprechen, als welches eine so weitgehende Verpflichtung, wie die in dem genannten Vertrag enthaltene, sich darstelle, habe bekräftigt werden sollen. Überdem ließe sich fragen, ob es sich in concreto nicht um einen versteckten Wucher handle. Die erste Instanz, das Bezirksgericht Zürich, fand, daß der Vertrag zwischen Helbock und der Klägerin, in den der Beklagte eingetreten sei, für diesen nicht nur die Verpflichtung in sich geschlossen habe, selbst das Bier von der Klägerin zu beziehen, sondern außerdem die Haftung mit der vereinbarten Konventionalstrafe für den Fall des Nichtbezuges von Seiten seiner Rechtsnachfolger. Sie erkannte deshalb dahin, der Beklagte sei verpflichtet, an die Klägerin bis nach erfolgter Abzahlung des 6000 Franken-Briefes, oder bis zu dem Wiederbeginn der Deckung des Bierbedarfes der Wirtschaft zur „Gans“ bei der Klägerin monatlich eine Konventionalstrafe von 100 Fr. zu bezahlen. Die Mehrforderung der Klägerin sei abgewiesen. Die zweite Instanz nahm dagegen an, der Beklagte Gut habe dadurch, daß er, so lange er Eigentümer der Wirtschaft gewesen, das Bier von der Klägerin bezog, und den seiner Zeit zwischen dieser und Helbock abgeschlossenen Vertrag seinem Rechtsnachfolger Netscher überband, seine vertraglichen Verpflichtungen erfüllt, und wenn Netscher es unterlassen habe, seinerseits den Vertrag seinem Rechtsnachfolger Eggmann zu überbinden, so habe sich die Klägerin deshalb an ihn zu halten.

2. Grundlage der mit vorliegender Klage geltend gemachten Forderung bildet der zwischen E. Helbock und dem Beklagten abgeschlossene Vertrag, durch den der Beklagte sich dem Helbock

gegenüber zu gewissen Leistungen an die Klägerin verpflichtet hat, und es ist nicht bestritten, daß diese zu Gunsten der Klägerin vom Beklagten eingegangene Verpflichtung wörtlich mit derjenigen übereinstimmt, welche Helbock selbst der Klägerin gegenüber durch den Vertrag vom 15. Oktober 1896 übernommen hatte. Die Klägerin stützt sich somit nicht auf einen zwischen ihr und dem Beklagten, sondern auf einen zwischen diesem und einem Dritten, aber zu ihren Gunsten abgeschlossenen Vertrag; sie ist jedoch gemäß Art. 128 Abs. 2 D.-R. berechtigt, selbständig vom Beklagten dessen Erfüllung, bezw. Schadenersatz oder Konventionalstrafe wegen Nichterfüllung zu fordern, wenn dieses die Willensmeinung der Kontrahenten war. Daß letztere Voraussetzung in casu zutrefte, kann nach Zweck und Inhalt des in Rede stehenden Vertrages nicht zweifelhaft sein, und ist auch nicht bestritten. Die Aktivlegitimation der Klägerin ist demnach vorhanden.

3. Mit Recht hat sodann der Beklagte heute die Gültigkeit der vereinbarten Konventionalstrafe nicht mehr bestritten. Als zu weit gehende Bindung der persönlichen Freiheit müßte allerdings die in dem streitigen Vertrag enthaltene Verpflichtung, in einem bestimmten Gebäude eine Wirtschaft zu betreiben, und darin das ganze Jahr Bier von einem bestimmten Lieferanten auszuschenken, dann betrachtet werden, wenn diese Verpflichtung ohne zeitliche Beschränkung, oder für eine unverhältnismäßig lange Dauer eingegangen worden wäre. Hier ist dieselbe jedoch zeitlich beschränkt, und zwar auf die nicht übermäßig lange Dauer des zwischen der Klägerin und Helbock abgeschlossenen Darlehensvertrages, so daß von einer mißbräuchlichen Ausübung der Vertragsfreiheit mit Grund nicht gesprochen werden kann.

4. Dagegen muß sich fragen, ob der Beklagte eine Verpflichtung von dem Umfange übernommen habe, wie die Klage voraussetzt. Angesichts der unbestrittenen Thatsache, daß der Beklagte, so lange er Eigentümer der Wirtschaft zur „Gans“ war, ohne Unterbruch und ausschließlich Bier aus der Brauerei Tiefenbrunnen gewirkt, und seine Verpflichtung hiezu auch seinem Rechtsnachfolger Nettscher überbunden hat, besteht kein Zweifel, daß er die von der Klägerin geforderte Konventionalstrafe nur

schuldet, wenn er durch den mit Helbock zu Gunsten der Klägerin abgeschlossenen Vertrag nicht nur eine eigene Leistung (den ununterbrochenen und ausschließlichen Ausschank von Bier aus der klägerischen Brauerei, und die Überbindung der Verpflichtung hiezu an einen allfälligen Rechtsnachfolger), sondern dazu noch die Leistung eines Dritten, d. h. die Erfüllung der gedachten Verpflichtung durch seinen Rechtsnachfolger und allfällige spätere Eigentümer der Wirtschaft, versprochen hat. Ist sein Vertrag mit Helbock in diesem Sinne auszulegen, so wurde der Beklagte allerdings gemäß Art. 127 D.-R. zum Schadenersatz und daher auch zur Zahlung der vereinbarten Konventionalstrafe verpflichtet, wenn jener Verpflichtung durch einen seiner Nachmänner zuwider gehandelt wurde. Die Vorinstanz hat nun einer andern Auslegung des Vertrages den Vorzug gegeben, und angenommen, der Beklagte habe durch den mehrerwähnten Vertrag mit Helbock zwar eine Verpflichtung nicht nur für sich, sondern auch für seine Rechtsnachfolger begründen wollen, aber ohne eine Haftung für die Erfüllung derselben durch letztere zu übernehmen, was natürlich vorausgesetzt habe, daß er durch notariellen Vormerk oder auf andere Weise dafür zu sorgen gehabt habe, daß die betreffende Verpflichtung auch auf seine Rechtsnachfolger überging. Für diese Interpretation führt die Vorinstanz an, daß sie nicht nur an sich ebenso möglich und naheliegend sei, wie die von der Klägerin und der ersten Instanz vertretene, sondern daß sie auch durchaus mit dem übereinstimme, was bei den häufig vorkommenden notariell gefertigten sogenannten Bierfervituten der Willensmeinung der Beteiligten entspreche, nämlich, ähnlich wie bei den Realkaften, eine dem jeweiligen Eigentümer der betreffenden Liegenschaft obliegende Verpflichtung zu begründen. Wäre der in Rede stehende Vertrag so gefaßt, daß er nach seinem Wortlaute Zweifel über die wahre Willensmeinung offen ließe, so müßte unbedingt der Interpretation der Vorinstanz beigetreten werden. Denn soweit sich aus den Willenserklärungen der Parteien oder aus besondern Umständen nichts anderes ergibt, hat der Richter bei der Feststellung des Vertragsinhaltes davon auszugehen, daß die Parteien das im Verkehr allgemein übliche gewollt haben. Nun

bringt aber die Fassung des Vertrages die Willensmeinung der Kontrahenten unzweideutig zum Ausdruck: Helbock, und nach ihm der Beklagte, verpflichteten sich ausdrücklich bei Konventionalstrafe für sich und ihre Rechtsnachfolger während der Dauer des Darlehensverhältnisses und ausschließlich den ganzen Bierbedarf der Wirtschaft zur „Gans“ bei der Klägerin zu decken. Sie versprachen also nicht etwa bloß, diese Verpflichtung selbst, so lange sie Eigentümer der Wirtschaft blieben, zu erfüllen, und sie bei einem allfälligen Verkaufe dem Käufer zu überbinden, sondern sie gingen die Verpflichtung auch für diesen und dessen eventuelle Nachmänner, d. h. allgemein für ihre Rechtsnachfolger ein. Der Vertrag enthält demnach in der That das Versprechen der Leistung eines Dritten im Sinne des Art. 127 O.-R., wegen deren Nichterfüllung der Beklagte gemäß dieser Gesetzesbestimmung auf Schadenersatz haftet.

5. Als Schadenersatz kommt, nachdem die Klägerin das Urteil der ersten Instanz gegen sich hat gelten lassen, lediglich der Betrag der von dieser zugesprochenen Konventionalstrafe in Betracht. Nun ist allerdings in Art. 127 O.-R., auf den die Klageforderung sich gründet, als Folge der Nichterfüllung des Versprechens auf Leistung eines Dritten nur von Schadenersatz schlecht hin, und nicht speziell auch von der Verpflichtung zur Zahlung einer allfällig vereinbarten Konventionalstrafe die Rede. Allein hieraus folgt nicht, daß da, wo Art. 127 Anwendung findet, der Gläubiger eine Konventionalstrafe nicht doch fordern könne, sondern auf den Nachweis des erlittenen Schadens angewiesen sei. Denn aus der Verpflichtung zu Schadenersatz folgt grundsätzlich auch die Verpflichtung zur Leistung einer an Stelle des Schadenersatzes vereinbarten Konventionalstrafe, und es liegt nichts dafür vor, daß etwa der Gesetzgeber einer derartigen Vereinbarung, durch welche das Versprechen der Leistung eines Dritten bekräftigt werden sollte, seinen Schutz hätte versagen wollen. Es könnte sich daher nur fragen, ob die im konkreten Falle bestimmte Konventionalstrafe nicht wegen Übermaßes zu reduzieren sei; hiezu ist jedoch kein Grund vorhanden angesichts der nicht aktenwidrigen tatsächlichen Feststellung der ersten Instanz, daß jedenfalls ein erheblicher Unterschied zwischen dem in

der Konventionalstrafe festgesetzten und dem Betrag des wirklichen Schadens der Kläger nicht bestehe.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Klägerin wird als begründet erklärt, und in Abänderung des angefochtenen Urteils der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich das Urteil der ersten Instanz wieder hergestellt.

16. Urteil vom 17. März 1900
in Sachen Fabrique de tresses et lacets Torley
gegen Charbonnet = Seidenfabrik.

Kauf. Schadenersatzklage des Käufers wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung, Art. 122, 123, 124, 234 Abs. 1 O.-R. Nachweis des Verschuldens. Berechnung des Schadens.

A. Durch Urteil vom 29. November 1899 hat das Handelsgericht des Kantons Aargau erkannt:

Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin den Betrag von 1342 Fr. zu bezahlen, d. h. die unter den Parteien bestehenden Ansprüche werden gegenseitig als aufgehoben erklärt.

B. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien die Berufung an das Bundesgericht erklärt.

Die Klägerin beantragt:

1. Der Klägerin sei ihr ganzer, in der Replik reduzierter Klageschluß zuzusprechen.

2. Eventuell sei vor Ausfällung und als Grundlage des Endurteils ein Gutachten von Sachverständigen einzuholen über den der Klägerin aus der Nichtlieferung von 347 $\frac{1}{4}$ Kilo Kunstseide entstandenen Schaden, unter Berücksichtigung des eingetretenen Preisausschlages der Seide und der klägerischen Anbringen sub IV der Klage und in Replikbeilage 6.

Die Beklagte beantragt, es sei die Klage abzuweisen und die Widerklage gutzuheißen, die gegnerische Schadenersatzforderung also in allen Teilen zu verwerfen.