

Übrigens handelt es sich bei der Lösung dessen zunächst um eine Tatfrage, nämlich darum, welche Umstände erwiesen und für den Schluß geeignet seien, daß der Beklagte die Vermögenslage gekannt habe oder hätte kennen sollen. Die Feststellungen der Vorinstanz hierüber sind nirgends aktenwidrig. Namentlich sind sie es nicht, wie heute behauptet worden ist, soweit die Vorinstanz hinsichtlich des Zeugen Buchhalter Kradolfer dessen Aussagen im Prozesse selbst, und nicht die weitergehenden im Konkursverfahren, berücksichtigt hat. Man steht vielmehr auch in diesem Punkte einer ausschließlich nach kantonalem Rechte zu beurteilenden Beweisfrage gegenüber. Von einer unzutreffenden Auffassung der Rechtsbegriffe der „Absicht“ oder der „Fahrlässigkeit“ des Art. 50 OR kann endlich nicht die Rede sein.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und damit das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 24. September 1910 in allen Teilen bestätigt.

## 27. Urteil vom 26. Mai 1911 in Sachen

**Köpf**, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen **Gräfflein**, Kl. u. Ber.-Bekl.

**Konkurrenzverbot mit Konventionalstrafklausel. Auslegung des Verbots, abweichend von seinem blossen Wortlaut, nach dem wirklichen, in Berücksichtigung aller Umstände zu ermittelnden Vertragswillen der Parteien. (Verpflichtung des Verkäufers eines Metzgereigeschäfts, in bestimmten zeitlichen und räumlichen Schranken « kein Metzgerei- oder Wurstereigeschäft zu betreiben », bezogen nicht nur auf die selbständige Ausübung des Metzgereiberufes, sondern auch auf die Tätigkeit als « Bankknecht » eines dritten Metzgereiinhabers.) — Richterliche Herabsetzung des Strafbetrages (Art. 182 OR)? Hiegegen sprechende Tatumstände; Bedeutung des dem Berechtigten aus der Verbotsübertretung erwachsenen Schadens (Art. 180 OR).**

A. — Durch Urteil vom 23. Februar 1911 hat die II. Appellationskammer des zürcherischen Obergerichts in vorliegender Rechtsstreitsache erkannt:

„Der Beklagte ist schuldig, an den Kläger 5000 Fr. nebst 5 % Zins seit 5. Juli 1910 zu zahlen.“

B. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrage: Es sei in Gutheißung der Berufung die Klage abzuweisen.

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Berufungsklägers den gestellten Berufungsantrag erneuert und eventuell richterliche Ermäßigung der Konventionalstrafe verlangt. Daneben hat er auf Aktenvervollständigung im Sinne der vor der Vorinstanz gestellten Begehren angetragen. Der Vertreter des Berufungsbeklagten hat auf Abweisung der Berufung geschlossen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Der Kläger und Berufungsbeklagte, Metzgermeister Hermann Gräfflein in Zürich, hat am 1. November 1907 die Liegenschaft Klossbachstraße Nr. 106 am Römerhofplatz, in der vorher der Beklagte Georg Köpf eine Metzgerei betrieben hatte, von diesem käuflich erworben und sich dabei im Kaufbrief folgendes Konkurrenzverbot ausbedungen: „Der Verkäufer darf während der Dauer von fünf Jahren, vom 1. November 1907 an gerechnet, bei einer Konventionalstrafe von 5000 Fr. in Zürich V kein Metzgerei- oder Wurstereigeschäft betreiben oder betreiben lassen.“ Seit Mitte Juni 1910 ist nun der Beklagte in der im Hause Mhylstraße 60 am Römerhofplatz eingerichteten Filiale von Metzger Ruff als Bankknecht tätig. Der Kläger verlangt infolgedessen mit der vorliegenden Klage die bedungene Konventionalstrafe samt Verzugszins und ist von beiden kantonalen Instanzen mit diesem Begehren geschützt worden.

2. — Dem Beklagten ist zuzugeben, daß das streitige Konkurrenzverbot seinem bloßen Wortlaute nach auf den vorliegenden Tatbestand nicht zutrifft, indem es nur von den Fällen spricht, wo der Beklagte selbst ein Konkurrenzgeschäft betreiben oder ein solches von einem Dritten für seine Rechnung betreiben lassen würde. Und ferner sind freilich im allgemeinen Konkurrenzverbote als Einschränkungen der persönlichen Bewegungsfreiheit im wirtschaftlichen Leben nicht ausdehnend auszulegen (vergl. z. B. NS 26 II S. 44). Allein dieser Grundsatz geht andererseits in seiner Bedeutung nicht so weit, daß bei solchen Verboten, im Gegensatz zu andern

rechtlichen Willenserklärungen, die Frage außer Betracht siele, ob der Wortlaut der Erklärung überhaupt den wirklichen Willen der Parteien wiedergebe, also das, was man sonst bei Berücksichtigung aller Umstände des Falles nach Treu und Glauben als die übereinstimmende Absicht der Parteien ansehen müsste (vergl. z. B. *US 21 S. 616*). Geht man aber hievon aus, so kann es auf die Fassung der streitigen Konkurrenzklausele nicht ankommen: Der Kläger hat seinerzeit das Haus des Beklagten käuflich erworben, um das bisher von diesem darin betriebene Metzgereigeschäft weiter zu betreiben. Es wird auch dieser Zweck, wenigstens zum Teil, der Grund gewesen sein, warum der Kläger für die Liegenschaft bedeutend mehr (135,000 Fr.) bezahlt hat als einige Jahre vorher der Beklagte (96,000 Fr.), wenn auch dem letztern zugegeben sein mag, daß er selbst bedeutende Aufwendungen für das Haus gemacht hat. Jedenfalls aber steht außer Zweifel, daß es dem Kläger mit Wissen des Beklagten wesentlich darum zu tun gewesen ist, sich die bisherige Kundschaft des fraglichen Metzgereigeschäftes möglichst zu sichern und daß gerade in Hinsicht darauf der Kläger ein vertragliches Konkurrenzverbot ausbedungen und der Beklagte sich einem solchen unterzogen hat. Nach der Bedeutung dieser klägerischen Interessen und nach dem Zwecke, dem das vereinbarte Konkurrenzverbot diene, kann sich also dessen rechtlicher Inhalt nicht damit erschöpfen, dem Beklagten — innert den gesetzten zeitlichen und örtlichen Schranken — die selbständige Ausübung des Metzgereiberufes zu untersagen; sondern es soll überhaupt jede Ausübung verboten sein, die ihrer Natur nach geeignet wäre, dem klägerischen Geschäfte Kunden zu entziehen (im gleichen Sinne schon *US 25 II Nr. 106 Erw. 3*).

Daß letzteres hinsichtlich der Stellung eines Bancknechtes, die der Beklagte im Metzgereigeschäfte Ruff einnimmt, zutrifft, läßt sich nach der für das Bundesgericht maßgebenden tatsächlichen Würdigung dieses Punktes durch die Vorinstanzen nicht bezweifeln. Danach muß die Stelle des Bancknechtes, was das Verhältnis zum kaufenden Publikum anlangt, als die wichtigste im Metzgereibetriebe gelten, der gegenüber sogar die des Betriebsinhabers in den Hintergrund treten kann, indem es beim Fleischverkauf mehr als anderswo eines besonderen Verständnisses und Geschickes bedarf,

jeden Kunden zu seiner Zufriedenheit zu bedienen, und indem so der gute Gang des Geschäftes hauptsächlich davon abhängt, ob der Bancknecht, sei er Meister oder Geselle, die Wünsche des Publikums kennt und zu befriedigen weiß.

Da im weitern die beanstandete Berufsausübung im vertraglich vorgesehenen Zeitraume und örtlichen Rayon stattgefunden hat, sind alle Voraussetzungen für die grundsätzliche Anwendbarkeit der Konventionalstrafklausele gegeben. Vom Beklagten ist freilich noch die Behauptung zum Beweise verstellt worden, der Kläger habe die Wursterei aufgegeben, während sich der Beklagte vorzugsweise mit dieser Branche befaße. Ob aber die Vorinstanz diese Behauptung bei der gegebenen Aktenlage als beweisbedürftig zu berücksichtigen hatte, ist im wesentlichen eine Frage des kantonalen Prozeßrechtes, und auf alle Fälle bleibt die Tatsache einer erfolgten vertragswidrigen Konkurrenzthätigkeit des Beklagten bestehen.

3. — Ein Begehren um richterliche Ermäßigung der Strafe nach Art. 182 *OR* ist in der Berufungserklärung nicht mehr gestellt worden, und es scheint daher zweifelhaft, ob der in der heutigen Verhandlung in diesem Sinne gestellte Antrag noch berücksichtigt werden dürfe. Jedenfalls ist aber dieser Antrag sachlich ungerechtfertigt, indem keine hinreichenden Gründe vorliegen, um von dem außerordentlichen Rechtsbehelfe einer richterlichen Korrektur der bedungenen Strafhöhe Gebrauch machen zu können. Im Gegenteil ist die Übertretung des Konkurrenzverbotes sowohl nach ihrer subjektiven als nach ihrer objektiven Seite eine recht schwere: Der Beklagte muß sich der Vertragswidrigkeit seines Vorgehens wohl bewußt gewesen sein, wie sich übrigens gerade auch aus seinem Beweisangebot ergibt, daß er seinen Geschäftsherrn wiederholt um die Veretzung in eine andere seiner sechs Filialen ersucht habe; auch hat er einer der Klageanhebung vorausgegangenen Aufforderung zur Einstellung seiner Thätigkeit keine Folge gegeben. Sodann liegt das Geschäft, in das er eintrat, in nächster Nähe des klägerischen, und demnach hat der Beklagte die ihm verbotene Thätigkeit in einer Art und Weise ausgeübt, bei der die verhältnismäßig größte Schädigung des Klägers zu gewärtigen stand. Ob diese Schädigung den Betrag der Konventionalstrafe erreiche, ist nach Art. 180 *OR* nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Ebensovienig läßt sich,

wenigstens unter den gegebenen Verhältnissen, auf die behauptete schlechte Vermögenslage des Verpflichteten Rücksicht nehmen.

4. — Was endlich noch die übrigen, nicht schon oben erwähnten Beweisangebote des Beklagten anbetrifft (daß er seinen Geschäftsherrn nicht darauf aufmerksam gemacht habe, er könne ihm in der Filiale am Römerhof besonders nützlich sein; daß ihm sein Geschäftsherr die Veretzung in eine andere Filiale in Aussicht gestellt habe; daß nicht mehr die nämlichen Köchinnen und Dienstmädchen, wie vor drei Jahren, die beiden Konkurrenzgeschäfte frequentierten; daß sein Geschäftsherr selbst bei der Gewinnung von Kunden tätig sei), so ändern sie an dem bisher Gesagten nichts und sind für die Entscheidung der Sache bedeutungslos, wofür es eines nähern Nachweises nicht bedarf und wie übrigens schon die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung des Beklagten wird abgewiesen und damit das angefochtene Urteil der II. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich in allen Teilen bestätigt.

28. Urteil vom 26. Mai 1911 in Sachen  
Gheleute Geith und Schnell, Kl. u. Ber.=Kl., gegen  
Troxler, Bekl. u. Ber.=Bekl.

**Art. 486 OR. Haftung des Gastwirts für eingebrachte Sachen des Gastes** (Verlust von Schmuckgegenständen zweier Gäste zufolge Diebstahls und Beschädigung eines Handkofferchens durch den Dieb). Für das Bundesgericht verbindliche Feststellung dieses Schadenstatbestandes (Art. 81 OG). — **Entlastungsbeweis des Wirtes? Angebliches Verschulden der Gäste:** a) wegen Nichtübergabe der Schmuckgegenstände an den Wirt zur Aufbewahrung (Art. 486 Abs. 2 OR)? Erörterung der Frage, ob es sich um «Sachen von bedeutendem Werte» handle. — b) wegen ungenügender Verwahrung der gestohlenen Gegenstände? — c) wegen Aufhängens des Zimmerschlüssels am Kleiderhaken der Türe während eines Ausgangs? Nicht erwiesener Kausalzusammenhang dieses Verschuldensmomentes mit der Begehung des Diebstahls. — **Nichthaftung für anderweitigen Schaden.** (Auslagen

einer angeblich durch den Diebstahl veranlassten Reise; darauf zurückgeführte Gesundheitsstörungen). — Nichtberücksichtigung des Affektionswertes der gestohlenen Gegenstände.

A. — Durch Urteil vom 19. Januar 1911 hat das Obergericht des Kantons Luzern in vorliegender Streitsache erkannt:  
„Die Klage sei abgewiesen.“

B. — Gegen dieses Urteil haben die Kläger die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und die Anträge gestellt und begründet: „Es sei die Klage im vollen Umfange gutzusprechen und es habe demnach der Beklagte den Klägern zu bezahlen: a) An „Herrn und Frau Geith 631 Fr. b) An Frau Zenta Schnell „406 Fr. c) An alle drei Kläger zusammen 1006 Fr. 10 Cts.“

C. — Der Beklagte hat in seiner Berufungsantwort den Antrag gestellt und begründet: Es sei die Berufung im ganzen Umfange abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen:

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Klägerin Frau Fanny Geith aus München und ihre Mutter, die Klägerin Witwe Zenta Schnell, sowie das sechsjährige Töchterchen der Frau Geith, stiegen am 15. Juni 1909 in dem vom Beklagten Kaspar Troxler betriebenen «Hotel des Alpes» in Luzern ab. Am Nachmittag des folgenden Tages machten sie einen Ausflug. Vor dem Weggehen schlossen sie die Türe des Hotelzimmers ab und hingen den Schlüssel an einen am Türpfosten angebrachten Kleiderhaken auf. Während ihrer Abwesenheit wurden ihre in verschlossenem Zustande zurückgelassenen Handkofferchen erbrochen und daraus Geld und Schmucksachen entwendet. Die alsbald eingeleitete polizeiliche Untersuchung blieb erfolglos. Mit der vorliegenden, von den beiden Vorinstanzen abgewiesenen Klage wird nunmehr der Beklagte als Gastwirt auf Ersatz des durch den Diebstahl entstandenen Schadens belangt. Frau Geith und ihr Ehemann Emil Geith fordern zusammen 631 Fr., nämlich 310 Fr. für gestohlenen Bargeld, 154 Fr. für gestohlene Schmucksachen und ein goldenes Bleistift, und 167 Fr. an Auslagen, die dem Ehemann Geith dadurch entstanden seien, daß er sich zum Beistande der Damen und um die entwendeten Vermögensstücke wieder zu erlangen, nach Luzern begeben habe. Frau Schnell verlangt für entwendete Armbänder, Broschen u. s. w. zusammen