

zieren müssen, den vielleicht darüber hinaus ohne Not abgeschriebenen Betrag in Form einer übermässigen Dividende von 26 % verschleudern würde. Nachdem einmal zuviel abgeschrieben ist, muss der frei gewordene Betrag vernünftigerweise als Reserve Verwendung finden, was auch den Statuten nicht widerspricht. Verlangen könnte der Kläger vielleicht höchstens, dass dieser Betrag aus einer stillen in eine offene Reserve umgewandelt werde. Ein dahingehendes Begehren hat er jedoch nicht gestellt.

Ist darnach aber das Eventualbegehren 2, b abzuweisen, so wird damit die Frage nach der Höhe der stillen Reserven und ihrer Zulässigkeit gegenstandslos, da, wie ausgeführt dem Klagebegehren 2, a keine selbständige Bedeutung zukommt.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 27. November 1924 bestätigt.

**68. Urteil der I. Zivilabteilung vom 27. Oktober 1925**

**i. S. Barquet gegen Fuster.**

Konkurrenzverbot bei einem Mietverhältnis. Kriterien für die Beurteilung der Gültigkeit: Nichtanwendbarkeit der Vorschriften in OR 356 ff. Übertretung des Verbots durch indirekte Anteilnahme an einem Konkurrenzunternehmen. Herabsetzung der für den Fall der Übertretung vereinbarten Konventionalstrafe nach OR 163 Abs. III.

A. — Durch Vertrag vom 30. Oktober 1918 vermietete der Kläger Barquet die ihm gehörende Spanische Weinhalle in Biel an den Beklagten Fuster. Im Hinblick darauf hatte der Beklagte vier Tage vorher mit dem Kläger eine weitere Vereinbarung abgeschlossen, aus welcher folgende Bestimmung hervorzuhelien ist (Art. 3 Abs. III):

« Il est interdit pour tous les temps à M. Fuster d'ouvrir et de gérer un Café ou un commerce de concurrence, ou de s'intéresser à un commerce pareil sur la place de Bienne et des environs. S'il ne tiendrait pas cette défense, il serait tenu à payer sans autre une indemnité de 20 000 fr. »

Am 28. Juni 1922 kündigte der Kläger den Mietvertrag auf den 1. Februar 1923. Der Beklagte erwarb hierauf die Weinhandlung Sellares in Aarberg, die er seit dem 1. Februar 1923 unter der Firma Fuster & Müller mit Walter Müller, einem ehemaligen Reisenden des Klägers, betreibt.

Die Firma Fuster & Müller lieferte Getränke an mehrere Bieler Wirte, u. a. an Walter Simon, einen früheren Angestellten des Beklagten, dem Sellares durch Gewährung eines Darlehens von 10,000 Fr., für das Fuster & Müller Bürgschaft leisteten, beim Erwerb des Cafés « Fleur de Lys » in Biel behilflich gewesen war, gegen Eingehung der Verpflichtung durch Simon, den ganzen Wein- und Likörbedarf der Wirtschaft auf die Dauer von 10 Jahren von Fuster & Müller zu beziehen.

B. — Der Kläger erblickte im Gebaren des Beklagten eine Zuwiderhandlung gegen das vereinbarte Konkurrenzverbot und belangte ihn vor dem bernischen Handelsgericht auf Bezahlung der Konventionalstrafe von 20,000 Fr., eventuell eines richterlich zu bestimmenden Betrages.

C. — Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage, indem er in erster Linie bestritt, das Konkurrenzverbot verletzt zu haben; eventuell machte er geltend, das Verbot sei nichtig, ferner, der Kläger könne infolge der Kündigung des Mietvertrages nicht wegen Übertretung des Verbots klagen.

D. — Durch Urteil vom 3. Juli 1925 hat das Handelsgericht des Kantons Bern die Klage abgewiesen.

E. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung

an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag, die Klage sei «grundsätzlich zuzusprechen», sei es im ganzen Umfang der stipulierten Konventionalstrafe von 20,000 Fr, sei es für einen richterlich zu bestimmenden Betrag.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Was zunächst die Frage anbetrifft, ob das Konkurrenzverbot gültig sei, so hat die Vorinstanz zutreffend darauf hingewiesen, dass es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, wie übrigens schon nach dem Wortlaut des Gesetzes, nicht angeht; die den vertraglichen Konkurrenzausschluss einschränkenden Bestimmungen des Dienstvertragsrechts ohne weiteres auf Konkurrenzverbote bei anderen Vertragsarten als anwendbar zu erklären. Das Bundesgericht hat wiederholt ausgesprochen, dass derartige Konkurrenzverbote nur dann ungültig sind, wenn sie gegen die allgemeinen Grundsätze über Einschränkung der Vertragsfreiheit (Art. 19 und 20 OR, 27 Abs. II ZGB) verstossen, insbesondere wenn die Beschränkung im Freiheitsgebrauch der Aufhebung der ganzen wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des sich Verpflichtenden gleichkommt, oder die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet (vgl. BGE 50 II 486 ff.; 51 II 222 f.; Pr 14 Nr. 123). Zwar handelte es sich in jenen Fällen nicht, wie hier, um ein Konkurrenzverbot bei einem Mietverhältnis, sondern bei Geschäftsverkäufen, wo der Kaufpreis auch als eine Gegenleistung für die Unterwerfung des Verkäufers unter das Konkurrenzverbot angesehen werden konnte. Wenn auch dieser Gesichtspunkt hier ausser Betracht fällt, so würde es sich doch nicht rechtfertigen, die speziell für den Dienstvertrag aufgestellten Bestimmungen der Art. 356 ff. OR, die der Eigenart der Leistungen des Dienstpflichtigen als persönlicher Leistungen Rechnung tragen und auch sonst den besonderen Verhältnissen und Bedürfnissen desselben angepasst sind, auf den vorliegenden Fall analog anzuwenden.

Ist also über die Gültigkeit des Konkurrenzverbots auf Grund der allgemeinen Bestimmung von Art. 20 OR bzw. 27 Abs. II ZGB zu entscheiden, so kann nicht gesagt werden, dass durch die in Frage stehende Klausel die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Beklagten aufgehoben oder in einem Masse eingeengt worden sei, dass er davon nicht mehr einen gehörigen Gebrauch machen könne und seine wirtschaftliche Existenz als gefährdet erscheine. Das Konkurrenzverbot ist, wenn nicht zeitlich beschränkt, so doch in örtlicher Beziehung sehr begrenzt, und der Grund, weshalb der Beklagte seine Tätigkeit u. a. gerade in Biel entfalten möchte, liegt nicht in seiner Befähigung, in persönlichen Eigenschaften, sondern in dem offenbaren Bestreben, die dank der Führung der Spanischen Weinhalle auf dem Platze Biel gewonnenen Beziehungen auszunützen.

2. — Auch die weitere Einrede, der Kläger könne nach Art. 360 Abs. II OR wegen Übertretung des Verbots nicht klagen, weil er den Vertrag mit dem Beklagten ohne wichtigen, von diesem zu verantwortenden Grunde aufgehoben habe, scheidet an der Tatsache, dass der Beklagte zum Kläger nicht in einem Dienst-, sondern in einem Mietverhältnis stand, welches auch nicht etwa als ein dienstvertragsähnliches Verhältnis angesehen werden kann, sodass für eine, auch nur analoge Anwendung jener Bestimmung kein Raum ist.

3. — Das Schicksal der Berufung hängt also einzig davon ab, ob der Beklagte das Konkurrenzverbot übertreten habe.

Eine solche Übertretung liegt nicht schon darin, dass der Beklagte zusammen mit Müller die Weingrosshandlung des Sellares in Aarberg übernommen hat und weiter betreibt. Denn abgesehen davon, dass nach vorinstanzlicher Feststellung, gegen die sich vom bundesrechtlichen Standpunkt aus nichts einwenden lässt, Aarberg nicht zu dem Umkreis von «Biel und Umgebung» gehört, kann der Betrieb einer Weinhandlung

schon an und für sich nicht als Führung eines « commerce de concurrence » zu einem Gastwirtsgeschäft nach Art der Spanischen Weinhalle in Biel angesehen werden, indem beide Geschäfte sich begrifflich wesentlich von einander unterscheiden und sich nicht an die nämliche Kundschaft wenden.

Andrerseits reicht auch die Tatsache, dass die Firma Fuster & Müller unbestrittenermassen Wein und Liköre an Bieler Wirte liefert, an sich nicht hin, um eine Verletzung des Konkurrenzverbots anzunehmen. Hätten die Parteien jeden Wettbewerb ausschliessen wollen, der den Kläger in seinem Gewerbe schädigen könnte, so hätte das (die Gültigkeit einer solchen Vereinbarung vorausgesetzt) ausdrücklich festgelegt werden sollen. Die Frage ist die, ob in dem Gebaren des Beklagten ein Interessenehmen (« s'intéresser ») an einem Konkurrenzgeschäft erblickt werden könne, wobei als solches nur eine Wirtschaft in Betracht fällt, wie der Beklagte sie in Biel betrieben hatte, d. h., wie die Vorinstanz feststellt, eine Wirtschaft vorwiegend mit Weinausschank und etwas Weinverkauf über die Gasse, wie denn auch der Kläger in der Berufungsinstanz sozusagen ausschliesslich auf das besondere Verhältnis des Beklagten zu dessen früherem Angestellten, dem Wirt Simon zur « Fleur de Lys » in Biel, abstellt.

4. — Dass die von Simon betriebene Gastwirtschaft ein ausgesprochenes Konkurrenzgeschäft der Spanischen Weinhalle in Biel ist, kann nicht bestritten werden. Ferner steht in tatsächlicher Hinsicht fest, dass der Rechtsvorgänger der Firma Fuster & Müller, Sellares, dem Simon anlässlich der Übernahme der Wirtschaft « Fleur de Lys » ein Darlehen von 10,000 Fr. gewährt hat, für das Fuster & Müller Bürgschaft leisteten. Schon dadurch hat der Beklagte seine Interessen in gewissem Sinne mit denjenigen seines früheren Angestellten verknüpft — wenn er diesem nicht geradezu durch sein Eingreifen zur Übernahme der Konkurrenzwirtschaft

verholfen hat —, da ja die Firma Fuster & Müller Gefahr lief, bei schlechtem Geschäftsgang selbst den Darlehensbetrag an Sellares zurückzahlen zu müssen. Dazu kommt weiter, dass Simon die Verpflichtung übernommen hat, seinen ganzen Bedarf an Weinen und Likören auf volle 10 Jahre ausschliesslich von der Firma Fuster & Müller zu beziehen. Durch Eingehung dieser Verpflichtung wurde ein Abhängigkeitsverhältnis Simons gegenüber Fuster & Müller geschaffen, und vollends eine dauernde Interessengemeinschaft zwischen ihnen begründet. Denn in ihrer doppelten Eigenschaft als Alleinlieferant und Bürge gegenüber Sellares musste der Firma Fuster & Müller in hervorragendem Masse daran gelegen sein, dass Simon seinen Zahlungspflichten nachkommen könne, und sein Umsatz, und damit sein Bedarf an Weinen und Likören, einen hohen Betrag erreiche, da ja die Rentabilität ihres eigenen Geschäfts hievon direkt betroffen wird; infolge dieser Wechselwirkungen hat sie tatsächlich an dem Gedeihen der von Simon betriebenen Konkurrenzwirtschaft der Spanischen Weinhalle ein ebenso erhebliches, wenn nicht ein noch grösseres Interesse, als wenn ihr ein bestimmter Anteil am Reingewinn vertraglich zugesichert, oder eine Haftung für die Verpflichtungen aus dem Wirtschaftsbetrieb vereinbart worden wäre. Darauf, dass Simon die Pflicht zum Alleinbezug nicht direkt gegenüber Fuster & Müller, oder gar dem Beklagten persönlich, sondern gegenüber Sellares eingegangen hat, kann sowenig etwas ankommen, als der Beklagte aus dem Umstand, dass die Firma Fuster & Müller, nicht er persönlich, für das Darlehen Bürgschaft geleistet hat, etwas zu seinen Gunsten herleiten kann. Es könnte jene eigentümliche Regelung höchstens die Vermutung wecken, als ob der Beklagte bestrebt gewesen sei, die dem Simon zu Teil gewordene Unterstützung nach Möglichkeit zu verschleiern. Wie dem auch sein mag, so hat er dadurch, dass er seine eigenen geschäftlichen Interessen mit

denjenigen Simons auf die geschilderte Weise dauernd verknüpft hat, dem Konkurrenzverbot zuwidergehandelt. Denn die Konkurrenzklausel bezweckte ihrem Wortlaut, wie ihrem Sinne nach, gerade, zu verhindern, dass der nämliche wirtschaftliche Erfolg der Konkurrenzierung der Spanischen Weinhalle, wie durch Eröffnung oder Führung einer eigenen Konkurrenzwirtschaft durch den Beklagten, auf solchem indirektem Weg erreicht werde, wie ja das OR selbst in Art. 356 bei Umschreibung der Grenzen, innert deren ein vertraglicher Konkurrenzausschluss bei Dienstverhältnissen statthaft ist, nicht nur von einer Beteiligung des Dienstpflichtigen als « Anteilhaber » an einem Konkurrenzgeschäft spricht, sondern auch eine solche erwähnt, die auf « andere Weise » erfolgt. Der Auffassung, dass die indirekte Anteilnahme des Beklagten am Simon'schen Konkurrenzunternehmen sich mit den Anforderungen an die Vertragstreue nicht vereinbaren lässt, kann auch nicht mit dem Hinweis darauf begegnet werden, dass Verpflichtungen, die eine Beschränkung im Freiheitsgebrauche in sich schliessen, nicht ausdehnend ausgelegt werden dürfen, und der Kläger die Folgen von Ungenauigkeiten der Konkurrenzklausel zu tragen habe, weil er einen Notar mit deren Abfassung beauftragt und die Vereinbarung vorwiegend in seinem Interesse gelegen habe. Demgegenüber ist zu bemerken, dass wenn den Parteien bei Eingehung des Konkurrenzverbotes die Frage vorgelegt worden wäre, ob eine derartige indirekte Beteiligung an einem Konkurrenzgeschäft, die offensichtlich geeignet ist, die Interessen des Klägers zu schädigen, unter das Verbot falle, sie in guten Treuen diese Frage hätten notwendig bejahen, und die Klausel also anders hätte gefasst werden müssen, wenn eine solche offenbare Mitwirkung an einem Konkurrenzunternehmen hätte zugelassen werden wollen. Endlich ist das Bundesgericht nicht etwa an die im Urteil der Vorinstanz wiedergegebene Auffassung ihrer fach-

männischen Mitglieder gebunden, da es sich um eine Frage der Auslegung des Parteiwillens und der rechtlichen Würdigung der Handlungsweise des Beklagten handelt, deren Beantwortung keine besonderen Fachkenntnisse voraussetzt.

5. — Erscheint danach die Klage grundsätzlich als begründet, so fragt sich nur noch, in welchem Betrag sie gutzuheissen sei. Dass der vertraglich auf 20,000 Fr. festgesetzte Betrag der Konventionalstrafe als übermässig hoch im Sinn von Art. 163 Abs. III OR erscheint, gibt im Grunde der Kläger selber zu, indem er das Hauptgewicht auf die Feststellung zu legen erklärt, dass das Konkurrenzverbot vom Beklagten übertreten worden sei, und die Bestimmung der zuzusprechenden Summe dem richterlichen Ermessen überlässt. Nach feststehender Praxis ist bei der Herabsetzung übermässig hoher Konventionalstrafen in erster Linie auf das Verhältnis der Strafe zu dem durch sie zu schützenden Interesse abzustellen (vgl. BGE 39 II 585; 40 II 232, 477). Trotzdem den Akten in dieser Hinsicht nur wenig Anhaltspunkte entnommen werden können, und sich an Hand derselben nicht beurteilen lässt, welchen Gewinn Fuster & Müller aus den Lieferungen an Simon erzielt haben, und inwieweit dem Kläger nach dem ordentlichen Gang der Dinge ein Gewinn entgangen sein dürfte, ist von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz aus praktischen Gründen abzusehen. In Würdigung der gesamten Sachlage, u. a. auch der Höhe des von Fuster & Müller verbürgten Darlehens, und in Anbetracht des Umstandes, dass nach Art. 4 ZGB der Richter in derartigen Fällen seine Entscheidung nach « Recht und Billigkeit » zu treffen hat, erscheint die Festsetzung der vom Beklagten zu bezahlenden Summe auf 5000 Fr. als angemessen.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird in dem Sinne gutgeheissen und

das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 3. Juni 1925 dahin abgeändert, dass der Beklagte zur Zahlung von 5000 Fr., nebst 5 % Zins seit dem heutigen Tage, an den Kläger verurteilt wird.

**69. Extrait de l'arrêt de la 1<sup>re</sup> Section civile du 9 novembre 1925 dans la cause Velocitas S. A. contre Freixedas.**

*Compensation* (art. 120 et 125 chif. 1 CO) : S'agissant de deux prestations qui ne se peuvent compenser parce que n'étant pas de même espèce, ni l'un ni l'autre débiteur n'est en droit de transformer par un acte unilatéral la nature de l'une des prestations de manière à rendre la compensation possible.

A. — Au cours de l'année 1919, Cristòbal Freixedas a passé avec un sieur Périès, à Genève, un marché de 35 wagons de vin à livrer par envois échelonnés. Pour garantir l'exécution du marché, Périès déposa en mains du vendeur une somme de 21 541,10 pesetas, qui ne devait servir qu'au paiement du prix des derniers wagons.

Cristòbal Freixedas chargea la S. A. Velocitas du transport de la marchandise avec ordre de ne la livrer à Périès que contre paiement comptant.

En janvier 1920, le vendeur expédia par les soins de Velocitas trois wagons de vin, en renouvelant l'ordre ci-dessus. Il tirait en même temps sur Velocitas un effet de change de 16 445 fr. suisses, prix de son envoi.

Périès, ne pouvant payer, ne prit pas livraison. Débiteur de Velocitas, il lui céda sa créance contre Cristòbal Freixedas, basée sur les versements effectués en mains de ce dernier. Velocitas disposa du vin destiné à Périès.

Périès tomba en faillite. Velocitas proposa un concordat à ses créanciers. Cristòbal Freixedas produisit pour le montant de la traite restée impayée. Le 5 janvier 1923, il fut avisé que sa production était écartée. Le Tribunal homologua le concordat le 13 février et

impartit un délai de 15 jours aux créanciers pour faire valoir en justice les prétentions contestées.

B. — Par exploit du 14 mars 1923, Cristòbal Freixedas actionna Velocitas, en demandant que sa créance fût admise au passif concordataire de la Société défenderesse et celle-ci condamnée à s'acquitter conformément aux conditions du contrat.

La défenderesse a conclu au débouté du demandeur, en faisant valoir que, cessionnaire de Périès, elle était en droit d'opposer en compensation à Cristòbal Freixedas une créance de 2998,64 pesetas, établie par un compte que le vendeur avait dressé lui-même le 20 février 1920.

Le Tribunal de première instance a, par jugement du 17 décembre 1924, condamné la Société Velocitas en liquidation à payer au demandeur en monnaie de dividendes concordataires la somme de 16 445 fr., plus 232 fr. 05 frais de commissions, escomptes et protêt et 6 fr. 60 frais de poursuite.

C. — La Cour de Justice civile a confirmé ce jugement par arrêt du 16 juin 1925, motivé en résumé comme suit :

Contrairement aux instructions formelles de son mandat, la défenderesse a pris livraison du vin et en a disposé pour son propre compte. Elle doit supporter le préjudice ainsi causé au mandant (art. 397 CO), et elle n'est pas en droit de compenser la somme qu'elle doit au demandeur avec la somme déposée par Périès, aux droits duquel elle se trouve en vertu de la cession. Le dépôt était en effet affecté d'une « condition d'indisponibilité » jusqu'à complète exécution du marché de 35 wagons. Or, le contrat n'a pas été exécuté ; au contraire, Périès l'a résilié en ne payant pas comptant et en refusant les trois wagons litigieux. D'où il suit que la défenderesse, n'ayant pas plus de droits que le cédant, ne saurait compenser sa dette avec une créance qui n'était pas exigible.

D. — La défenderesse a recouru contre cet arrêt au