

der Forderung auffassen und kann es nun den Beklagten nicht gestattet werden, nachträglich hierauf zurückzukommen und der Klägerin angebliche Zahlungen an den Cedenten entgegenzusetzen. Das ganze Vorbringen der Beklagten erscheint überdem an sich als unglaubwürdig und es ist ihr Beweisangebot völlig unbestimmt, so daß es schon aus diesem Grunde zurückgewiesen werden könnte. Denn rücksichtlich der einen der behaupteten Zahlungen ist das genaue Datum nicht angegeben; bestimmte Beweismittel (wie Postbescheinigungen, Quittungen, u. s. w.) sind nicht benannt worden, obschon doch die Beklagten als Geschäftsleute Zahlungen gewiß nicht werden geleistet haben, ohne sich dafür den Beweis durch leicht namhaft zu machende, insbesondere urkundliche Beweismittel zu sichern.

4. Bezüglich der weitem, gegen die in Rede stehende Forderung in den bundesgerichtlichen Rekursanträgen der Beklagten erhobenen Einwendungen, es habe sich die Klägerin vorerst an das Depositum von 15,003 Fr. 50 Cts. zu halten, eventuell habe dieselbe vorerst eine Generalabrechnung aufzustellen, so ist nicht klar, ob die Beklagten diese Einwendungen vor den kantonalen Instanzen auch dieser und nicht vielmehr nur der ersten klägerischen Forderung gegenüber geltend gemacht haben. Nimmt man indeß auch an, diese Einwendungen seien bereits vor den kantonalen Instanzen auch gegen die hier in Rede stehende Forderung regelrecht vorgebracht worden und daher zulässig, so sind dieselben doch jedenfalls vollständig unbegründet. Die Klägerin hat die Forderung des J. Keller an die Beklagten von sich aus, ohne Auftrag, Wissen und Willen der Beklagten erworben; die Sicherheit von 15,003 Fr. 50 Cts., welche unbefristeternmaßen zunächst für den Abtretungskonto der Beklagten bestellt war, konnte daher auf diese Forderung offensichtlich nur durch spätere besondere Vereinbarung der Parteien (nach Erwerb der abgetretenen Forderung) übertragen werden. Eine solche spätere Vereinbarung haben aber die Beklagten in ihrem fraglichen Beweisangebot gar nicht behauptet und es hat übrigens eine solche auch gewiß nicht stattgefunden, wie sich am besten daraus ergibt, daß die Beklagten sich gegenüber den Zahlungsaufforderungen der Klägerin niemals auf eine solche berufen haben. Das Begehren, es müsse vorerst

eine Generalabrechnung aufgestellt werden, sodann ermangelt jeder rechtlichen Begründung, da, wie bereits oben bemerkt, die Beklagten den Bestand und Abschluß eines Kontokorrentvertrags zwischen den Parteien gar nicht behauptet haben. Was endlich die in letzter Linie noch geltend gemachte Kompensationseinrede anbelangt, so ist dieselbe vor den kantonalen Instanzen nicht erhoben worden und daher unstatthaft; dieselbe müßte übrigens auch materiell ohne weiteres verworfen werden, da die Beklagten es gänzlich unterlassen haben, ihre angebliche Gegenforderung zu substantiieren.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Auf die Beschwerde wird, soweit es die Forderungspost von 4080 Fr. anbelangt, wegen Inkompetenz des Gerichtes nicht eingetreten; im Uebrigen wird dieselbe als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Thurgau vom 28. Mai 1889 sein Bewenden.

85. Urtheil vom 20. Juli 1889 in Sachen  
Schönholzer gegen

Schweizerische Mobiliarversicherungsgesellschaft.

A. Durch Urtheil vom 26. Juni 1889 hat das Obergericht des Kantons Thurgau über die Rechtsfrage: Ist die Appellatin verpflichtet, an die Appellantin eine Entschädigung von 8948 Fr., resp. eine solche in einem vom Gerichte zu bestimmenden, immerhin 3000 Fr. übersteigenden Betrag sammt Zins zu bezahlen? erkannt:

1. Sei die Rechtsfrage verneinend entschieden;
2. Bezahle Appellantin ein zweitinstanzliches Gerichtsgeld von 40 Fr. und habe sie die Appellatin an deren Appellationskosten mit 30 Fr. zu entschädigen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff die Klägerin die Weiterziehung an das Bundesgericht, indem sie den Antrag anmeldet: Es möchte

ihr eine nach richterlichem Ermessen festzusetzende, immerhin 3000 Fr. übersteigende, Entschädigung zugesprochen werden, unter Kostenfolge für die Gegenpartei.

Die Rekursbeklagte meldete in schriftlicher Eingabe den Antrag auf Bestätigung des angefochtenen Urtheils an.

Auf die mündliche Verhandlung haben beide Parteien verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Ehemann der Klägerin hatte sein Mobiliar bei der (auf Gegenseitigkeit beruhenden) schweizerischen Mobiliarversicherungs-gesellschaft in Bern gegen Brandschaden versichert. Nach einem am 11. September 1888 stattgehabten Brandfalle machte derselbe zugeständenermaßen wissentlich falsche Angaben über den Betrag des erlittenen Schadens, indem er Gegenstände als verbrannt bezeichnete, welche nicht verbrannt waren. Als nun die Klägerin als Rechtsnachfolgerin ihres inzwischen verstorbenen Ehemannes aus dem Versicherungsvertrage auf Ersatz des erlittenen Schadens klagte, wendete die Versicherungsgesellschaft (neben andern, hier nicht weiter in Betracht fallenden, Einreden) ein: Der Rechtsvorgänger der Klägerin habe jeden Anspruch aus dem Versicherungsvertrage verwirkt, da § 80 der Gesellschaftsstatuten (enthalten unter Titel III „Strafbestimmungen“) vorschreibe: „Es wird von allem Rechte auf Entschädigung und von der Theilnahme an der Gesellschaft ausgeschlossen.... 2. Wer über den Betrag eines Brandschadens, den er selbst oder ein anderer erlitten, falsche Angaben gemacht.“ Die Klägerin erwiderte hierauf, die erwähnte Bestimmung des § 80 der Statuten enthalte die Stipulation einer Konventionalstrafe, welche nach Art. 182 O.-R. dem richterlichen Ermäßigungsrechte unterliege; es müsse daher unter allen Umständen etwelche, nach richterlichem Ermessen festzusetzende, Entschädigung an die Klägerin geleistet werden. Die beiden Vorinstanzen (Bezirksgericht Frauenfeld und Obergericht des Kantons Thurgau) haben die Klage des gänzlichen abgewiesen. Die erste Instanz bemerkt: Die Strafbestimmung des § 80 Ziffer 2 cit. sei keine, dem richterlichen Ermäßigungsrechte unterstehende, Konventionalstrafe. Die Konventionalstrafe sei ein nebensächliches Bestärkungsmittel des Vertrages; Bestimmungen eines Versicherungsvertrages von der Art der in Frage liegenden da-

gegen seien wesentliche Theile des Hauptvertrages; sie enthalten Vorbehalte und Bedingungen, durch welche der Versicherer seine Haftpflicht für einen fremden Schaden in einer Weise einschränke, welche der Natur der Versicherung als eines in eminentem Sinne auf Treu und Glauben gestellten Geschäftes entspreche. Derartige sogenannte Strafbestimmungen seien in That und Wahrheit keine Strafen. Der Begriff der Strafe setze voraus, daß der den Fehlbaren treffende Nachtheil ihm erst durch Anwendung der vertraglichen Strafbestimmung erwachse; dagegen treffe er nicht zu, wenn der Nachtheil den Fehlbaren auch ohne Vertrag und Strafgebing getroffen hätte und es sich nur darum handle, ob nicht der Schaden vertragsmäßig von einem Dritten, den derselbe an sich nicht berühre, ersetzt werden müsse. Wer sich verpflichte, einen einem andern möglicherweise entstehenden Nachtheil zu vergüten, könne seine Verpflichtung an beliebige Bedingungen knüpfen; die in Folge Eintrittes einer Bedingung entstandene Modifikation der Verpflichtung sei nicht als Konventionalstrafe zu betrachten. Eine Strafe für den Versicherten könnte höchstens darin gefunden werden, daß die bezahlten Prämien zu Gunsten des Versicherers verloren gehen. Die hieraus entstehenden Nachtheile wären aber im vorliegenden Falle jedenfalls keine übermäßigen. Uebrigens sei wohl zu beachten, daß bis zur Auflösung des Vertrages der Versicherer das Risiko allfälligen Brandschadens getragen habe. Wie wenig Art. 182 O.-R. auf den Versicherungsvertrag angewendet sein wolle, zeige der Vorbehalt des kantonalen Rechts in Art. 896 O.-R. Allerdings besitze der Kanton Thurgau kein geschriebenes Recht über Versicherungsverträge. Allein es dürfe wohl gesagt werden, daß die Gerichtspraxis eine Ausnahmebestimmung wie sie Art. 182 O.-R. aufstelle, hinsichtlich des Versicherungsrechtes nicht gekannt habe. Schließlich gelte im Kanton Thurgau vor 1883 subsidiär das zürcherische Obligationenrecht. Aus den in §§ 1711, 1716, 1717, 1727 und 1730 dieses Gesetzbuches enthaltenen Bestimmungen ergebe sich, daß dasselbe, obschon es im Uebrigen hinsichtlich der Konventionalstrafen die gleichen Bestimmungen enthalte wie das eidgen. Obligationenrecht, beim Versicherungsvertrage die Verletzung der guten Treue verschiedentlich mit dem Verluste des Entschädigungsanspruches bestrafe. Daraus gehe her-

vor, daß das zürcherische Recht den Art. 182 O.-R. auf die Versicherungsverträge nicht für anwendbar erachte. Wenn aber das Gesetz selbst solche strenge Normen hinsichtlich der Verwirkung von Versicherungsverprechen aufstelle, so sei der Versicherer ebenfalls berechtigt, durch ausdrückliche Vereinbarung seine Haftpflicht an gewisse Vorbehalte zu knüpfen. Das Obergericht führt aus: Der Umstand, daß der Versicherungsvertrag durch das Obligationenrecht nicht speziell normirt und daher zur Zeit nach den kantonalen Rechten zu beurtheilen sei, schließe die Anwendbarkeit des Art. 182 O.-R. nicht aus; sofern es sich um eine eigentliche Konventionalstrafe handelte, käme es daher allerdings darauf an, ob nicht der in § 80 der Statuten der beklagten Gesellschaft angeordnete Nachtheil ein übermäßiger sei. Allein die Strafbestimmungen des § 80 der citirten Statuten seien nun mit der ersten Instanz nicht als Konventionalstrafen im Sinne des Art. 182 O.-R. aufzufassen, sondern als wesentliche Bestandtheile des Versicherungsvertrages; sie enthalten juristisch eine Resolutivbedingung. Der Umstand, daß die Prämien nicht zurückerstattet werden, ändere hieran nichts; es entspreche den Verhältnissen, daß der Versicherer, der das übernommene Risiko thatsächlich bis zum Eintritt der Resolutivbedingung getragen habe, die für die betreffende Zeit verfallenen Prämien beanspruchen könne.

2. Das Bundesgericht ist zu Beurtheilung der Beschwerde kompetent. Der gesetzliche Streitwerth ist gegeben und es ist die Sache nach eidgenössischem Rechte zu beurtheilen. Art. 896 O.-R. behält nur besondere Bestimmungen des kantonalen Rechts über Versicherungsverträge vor; insoweit solche besondere Bestimmungen nicht bestehen, gelten für die Versicherungsverträge die allgemeinen Grundsätze des eidgenössischen Obligationenrechtes. Im Kanton Thurgau existiren nun besondere kantonalrechtliche Vorschriften über Versicherungsverträge nicht; es kommen daher lediglich die Bestimmungen des Obligationenrechtes zur Anwendung. Die Vorschriften des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches, welches übrigens eine speziell die vorliegende Frage entscheidende Bestimmung ebenfalls nicht enthält, fallen gänzlich außer Betracht. Denn es erhellt nicht, daß dessen Bestimmungen, speziell diejenigen über Versicherungsverträge, jemals im Kanton Thurgau als kan-

tonales Gesetz, als *lex scripta*, wären eingeführt worden; vielmehr scheint das zürcherische Gesetzbuch in der thurgauischen Praxis lediglich in freier Weise als *ratio scripta* benützt worden zu sein.

3. In der Sache selbst dagegen ist die Beschwerde unbegründet und daher die Klage in Uebereinstimmung mit den Vorinstanzen abzuweisen. Auf eigentliche Konventionalstrafen zwar, welche in Versicherungsverträgen ausbedungen werden sollten, findet Art. 182 O.-R., nach dem Bemerkten, zweifellos Anwendung; wenn z. B. in einem Versicherungsvertrage dem Versicherten bei verspäteter Prämienzahlung oder dem Versicherer bei verspäteter Auszahlung der Versicherungssumme eine Strafleistung in Geld auferlegt wird, so ist auf diese Stipulation Art. 182 O.-R. gewiß anwendbar. Allein die in Rede stehende Bestimmung des Art. 80 der Statuten der beklagten Gesellschaft enthält nun, wie mit den Vorinstanzen anzuerkennen ist, keine Vereinbarung einer Konventionalstrafe, sondern eine, von der Konventionalstrafe im eigentlichen, gesetzlichen Sinne verschiedene Verwirkungsklausel. Derartige Verwirkungsklauseln, welche an vertragswidriges Verhalten einer Partei die Aufhebung des betreffenden Rechtsverhältnisses zu deren Nachtheil knüpfen und welche nicht nur bei Versicherungsverträgen, sondern auch bei andern Verträgen, wie bei Miethverträgen, zc., nicht selten vorkommen, sind zwar ihrem Zwecke und ihrer Wirkung nach mit der Konventionalstrafe verwandt, allein doch nicht identisch (s. u. a. Dernburg, Pandekten II, 2. Auflage, S. 126). Die Konventionalstrafe im eigentlichen Sinne des Wortes setzt, worauf auch der Wortlaut des Art. 179 u. ff. O.-R. hindeutet, die Vereinbarung einer Strafleistung des Fehlbaren an den Gläubiger voraus, welche an Stelle der oder neben die vertraglich bedungene Hauptleistung tritt (für welche Strafleistung aber allerdings auch Zahlung durch Verrechnung von vornherein vorgesehen sein kann). Durch Verwirkungsklauseln der in Rede stehenden Art dagegen wird eine solche Strafleistung, eine Konventionalstrafe im eigentlichen Sinne des Wortes, nicht ausbedungen, sondern vielmehr die Aufhebung des Hauptrechtsverhältnisses zum Nachtheile des Fehlbaren für einen bestimmten Fall vereinbart. Die Spezialbestimmungen des Gesetzes über

Konventionalstrafen finden daher auf solche Verwirkungsklauseln keine Anwendung; es ist denn auch bei denselben, da es sich eben nicht um eine dem Schuldner auferlegte, der quantitativen Ermäßigung fähige, Leistung, sondern schlechthin um Aufhebung eines Rechtsverhältnisses handelt, für Ausübung des richterlichen Ermäßigungsrechtes des Art. 182 D.-R. kein Raum.

4. Handelt es sich also nicht um eine Konventionalstrafe, so ist die vorinstanzliche Entscheidung einfach zu bestätigen. Denn daß etwa die in Rede stehende Verwirkungsklausel gesetzlich ungültig sei, ist weder von der Partei behauptet worden, noch anzunehmen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Weiterziehung der Klägerin wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Thurgau vom 26. Juni 1889 sein Bewenden.

### 86. Urtheil vom 13. September 1889 in Sachen Franke gegen Dietschy.

A. Durch Urtheil vom 31. Mai 1889 hat das Obergericht des Kantons Aargau erkannt: Beide Parteien sind mit ihrer Appellation abgewiesen und die Kosten der Appellationsinstanz unter den Litiganten wettgeschlagen. Das erstinstanzliche Urtheil des Bezirksgerichtes Rheinfelden vom 21. Dezember 1888 ging dahin: Der Beklagte J. G. Franke sei als fahrlässiger Verbreiter des unwahren Gerüchtes von der Insolvenz des Klägers J. W. Dietschy schuldig, diesem letztern eine Entschädigung von 10,000 Fr. sowie die Kosten dieses Rechtsstreites in richterlich festgesetztem Betrage von 443 Fr. 85 Cts. zu bezahlen.

B. Gegen das obergerichtliche Urtheil ergriff der Beklagte J. G. Franke die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt sein Anwalt: 1. Es sei in Abänderung des obergerichtlichen Urtheils die Entschädigung auf

500 Fr., eventuell jeden geringern Betrag als 10,000 Fr. zu reduzieren. 2. Der Beklagte vom Kostenersatz an den Kläger freizusprechen, d. h. es seien auch die Kosten der ersten Instanz unter den Parteien wettzuschlagen, Alles unter Kostenfolge. Dagegen trägt der Anwalt des Klägers und Refersbeklagten auf Abweisung der gegnerischen Beschwerde und Bestätigung des angefochtenen Urtheils unter Kostenfolge an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger ist Eigenthümer der beiden ersten Rheinspülbäder und Fremdenhotels in Rheinfelden; gegen Ende November 1886 tauchte nun in Rheinfelden und Umgebung das Gerücht auf, derselbe sei gezwungen, seine Zahlungen einzustellen und seinen Gläubigern einen Nachschußvertrag anzubieten. Dieses, jeder tatsächlichen Grundlage entbehrende, Gerücht verbreitete sich rasch nicht nur in Rheinfelden sondern auch in den Nachbarkantonen und dem benachbarten Ausland und fand theilweise Glauben, so daß dadurch der Kredit des Klägers zeitweilig erschüttert wurde. Der Kläger hatte im September 1886 der Bäloise in Basel ein zu  $4\frac{1}{4}\%$  verzinsliches hypothekarisch versichertes Kapital zur Abzahlung gekündigt, nachdem ihm die Hypothekenbank in Viestal zugesichert hatte, ihm den gleichen Betrag gegen die gleiche hypothekarische Sicherheit ohne Bürgschaft und mit beliebiger Amortisation zu  $4\%$  darleihen zu wollen. Als nun aber die ungünstigen Gerüchte über die ökonomische Lage des Klägers auftauchten, zog die Hypothekenbank in Viestal ihre Offerte zurück; die Bäloise, welche um Stehenlassen des Kapitals angegangen wurde, erklärte, hierauf nicht eingehen zu können, weil sie über das Geld bereits disponirt habe; um das Anleihen zu erhalten, war der Kläger daher genöthigt, der Hypothekenbank in Viestal neben der hypothekarischen Sicherheit noch Bürgschaft zu bestellen und sich überdem zu einer jährlichen Amortisation von 20,000 Fr. zu verpflichten. Erst nachdem der Gemeinderath von Rheinfelden in einer Publikation die über die ökonomischen Verhältnisse des Klägers verbreiteten ungünstigen Gerüchte als absolut grundlos und jene als sehr gut bestellt bezeichnet hatte, begannen die Gerüchte zu verstummen und stellte sich das allgemeine Vertrauen in die ökonomische Leistungsfähigkeit des Klägers rasch und vollständig