

**22. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung
vom 27. April 1937 i. S. Berli gegen Locher.**

Alternative Konventionalstrafe, Art. 160 OR, bei Konkurrenzverbot. Mit der Wahlerklärung des Gläubigers, dass er die Strafe wähle, nicht erst mit der Erlegung der Strafsumme, wird der Schuldner von der Pflicht zur weiteren Einhaltung des Konkurrenzverbotes frei.

Die Vorinstanz hat den Beklagten unter Androhung einer Ungehorsamsstrafe verpflichtet, bis zur vollständigen Bezahlung der Konventionalstrafe das Konkurrenzverbot weiter einzuhalten. Diese Lösung ist jedoch unvereinbar mit dem Begriff der hier in Frage stehenden alternativen Konventionalstrafe, wie er sich aus Art. 160 OR ergibt. Nach dieser Bestimmung hat der Gläubiger die Wahl im Sinne einer alternativen Ermächtigung zwischen dem Anspruch auf die Erfüllung, hier also auf Einhaltung des Konkurrenzverbotes, und der Ersatzleistung, nämlich der Bezahlung der Strafsumme (OSER-SCHÖNENBERGER, Anm. 5 zu Art. 160 OR; v. TUHR OR II S. 668). Die Wahlerklärung des Gläubigers ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung von rechtsgestaltender Wirkung und ist deshalb unwiderruflich. Mit der Abgabe der Wahlerklärung hat der Gläubiger sein Wahlrecht konsumiert (BECKER, Anm. 16 zu Art. 160 OR). Wählt er die Strafe, so verzichtet er damit endgültig auf die Hauptleistung (OSER-SCHÖNENBERGER, Anm. 5, BECKER Anm. 16 zu Art. 160 OR; ebenso v. TUHR OR II S. 668, im Widerspruch zu den allgemeinen Erörterungen über die alternative Ermächtigung, OR I S. 67, wo die Auffassung vertreten wird, dass die Wahlerklärung kein gestaltendes Rechtsgeschäft und daher nicht unwiderruflich sei). Ob im umgekehrten Falle der Gläubiger, der die Realerfüllung gewählt hat, nachträglich auf die Strafe zurückgreifen darf (wie sowohl OSER-SCHÖNENBERGER a. a. O. als auch v. TUHR, S. 668, im Anschluss an die im deutschen Recht herrschende Ansicht: STAUDINGER, 9. Auflage, Anm. II

I zu § 340 BGB, S. 592, annehmen), kann dahingestellt bleiben, da sich diese Frage hier nicht stellt; es sei lediglich darauf hingewiesen, dass diese Lösung sich nicht wohl vereinbaren lässt mit dem Grundsatz der Unwiderruflichkeit der rechtsgestaltenden Willenserklärung und auch für den Erklärungsempfänger eine schwer wiegende Unsicherheit der Rechtslage mit sich bringt.

Die empfangsbedürftige Willenserklärung, die in der Wahlerklärung des Gläubigers liegt, entfaltet ihre Wirkungen mit dem Eintreffen beim Schuldner. Mit dem Empfang der Erklärung des Gläubigers, dass er die Strafe wähle, wird der Schuldner bezüglich der Hauptverpflichtung frei. Lautete die durch die Konventionalstrafe gesicherte Verpflichtung auf ein Unterlassen, so gewinnt er die Handlungsfreiheit zurück. Dass bei der Konventionalstrafe entgegen den vorstehenden allgemeinen Grundsätzen über die rechtsgestaltenden Willenserklärungen die Wahlerklärung ihre befreiende Wirkung für den Schuldner hinsichtlich der andern Möglichkeit erst später, mit der Erfüllung des vom Gläubiger gewählten Anspruchs entfalten soll, findet im Gesetz keinen Anhaltspunkt. Zu Unrecht glaubt die Vorinstanz, dass die von ihr vorgeschlagene Lösung sich deshalb aufdränge, weil der Gläubiger sonst Gefahr laufe, weder die Realerfüllung noch die Strafe zu erhalten und damit eines Teils der Gegenleistung für den Kaufpreis verlustig zu gehen. Dieses Risiko hinsichtlich der Einbringlichkeit einer Forderung besteht bei der Konventionalstrafforderung nicht in höherem Masse als bei jeder andern Forderung auch und vermag daher keine besondere Regelung zu rechtfertigen. Der Gläubiger hat sich eben vor der Abgabe der Wahlerklärung gleich wie beispielsweise bei der Ausübung des Wahlrechts nach Art. 107 OR darüber schlüssig zu machen, welche der verschiedenen ihm zu Gebote stehenden Möglichkeiten für ihn vorteilhafter ist.

Dass die Lösung der Vorinstanz nicht richtig sein kann, zeigen schliesslich auch die Konsequenzen, die sich

unter Umständen im Falle einer Zwangsvollstreckung für die Strafforderung ergeben könnten: Bis zum Abschluss des Vollstreckungsverfahrens, das längere Zeit in Anspruch nehmen könnte, wäre möglicherweise die vertraglich vereinbarte Dauer des Konkurrenzverbotes abgelaufen. Dann hätte der Gläubiger, da der Schuldner während der ganzen Zeit an das Konkurrenzverbot gebunden gewesen wäre, die Realerfüllung erhalten, und dazu erhielte er nun noch die Konventionalstrafe nebst Verzugszinsen. Das würde praktisch eine Kumulation der Ansprüche bedeuten, die nach der klaren Regelung des Gesetzes nur dort anzunehmen ist, wo sie ausdrücklich vereinbart worden ist.

23. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 27. April 1937 i. S. Heller gegen Walther A.-G.

Der Beschluss eines Verbandes, keine Mitgliederbeiträge mehr zu erheben, ist auf die Ansprüche der Gläubiger ohne Einfluss. Er bedeutet lediglich eine Zahlungsverweigerung, also eine Vertragsverletzung, und ist daher keine unerlaubte Handlung, weshalb eine Schadenersatzpflicht der Verbandsmitglieder persönlich nicht in Frage kommt.

Aus dem Tatbestand:

Der Verband Schweizerischer Bürsten- und Pinselfabrikanten, ein Verein nach ZGB, der auch die Beklagte, die Firma Walter A.-G., angehört, hatte im Zusammenhang mit der Prüfung der Frage, ob eine Trustgesellschaft gegründet werden solle, den Kläger, Ing. Heller, mit der Ausarbeitung von Expertisen über die einzelnen Betriebe beauftragt. Die Kosten derselben sollten durch die Erhebung von Mitgliederbeiträgen nach einem bestimmten Verteilungsschlüssel aufgebracht werden. Die Honorarforderung des Klägers für diese Arbeiten, die sich in die Länge zogen und zufolge Fallenlassens der Idee einer

Trustgründung gegenstandslos wurden, gab zu Differenzen Anlass. Durch ein Schiedsgerichtsurteil wurde die Honorarforderung des Klägers auf Fr. 19,000.— festgesetzt. Im Anschluss an dieses Urteil beschloss der Verband, keine Mitgliederbeiträge mehr zu erheben. In diesem Beschluss erblickte der Kläger eine unerlaubte Handlung des Verbandes und belangte die Beklagte als Organmiträger, der nach Art 55 Abs. 3 ZGB persönlich und nach Art. 50 OR neben dem Verband solidarisch haftbar sei, auf Schadenersatz.

Das Bundesgericht hat die Klage in Bestätigung des Urteils des Handelsgerichts des Kantons Aargau abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

2. — Im weiteren ist nun zu untersuchen, welche rechtliche Bedeutung und welche Folgen der Beschluss des Verbandes vom 26. Juni 1934 hatte, keine Mitgliederbeiträge mehr zu erheben.

a) An der Schuldpflicht des Verbandes gegenüber dem Kläger auf Zahlung der schiedsgerichtlich festgestellten Honorarsumme konnte dieser Beschluss überhaupt rechtlich nichts ändern. Dieser Beschluss, mag er internvereinsrechtlich so oder anders zu beurteilen sein, blieb auf das Recht des Gläubigers Heller unwirksam. Denn selbst ein vereinsrechtlich korrekter Beschluss bleibt dann unwirksam, wenn er in die Rechtssphäre Dritter eingreift. Ein Verein kann nicht durch eine Beschlussfassung die Rechte seiner Gläubiger schmälern. Er kann nicht Verträge abändern oder aufheben, die er mit Dritten abgeschlossen hat. (Vgl. EGGER, Personenrecht Art. 75, Note 11).

Mit dem Beschluss, keine Mitgliederbeiträge mehr zu bezahlen, wollte die Vereinsversammlung ohne allen Zweifel die Zahlungen des Verbandes an den Experten ausschliessen und verunmöglichen oder zum mindesten den Gläubiger zu einem Entgegenkommen und zu einem Vergleich zwingen.