

lastung erschöpfe den Wert der Beszung. Das einer Ordensniederlassung zugewiesene Eigentum schaffe nur die Voraussetzung für die Erfüllung der Auflagen. Die von den Nutzniesserinnen getroffene Wahl bedeute also keine Begünstigung der Klägerin, sondern die Zuweisung einer Aufgabe im Sinne einer unselbständigen Stiftung.

Auch diese Argumentation vermag die den Nutzniesserinnen übertragene Wahlbefugnis (« faculté d'élire » nach Ausdrucksweise der französischen Lehre vom Vermächtnis, vgl. PLANIOL et RIPERT, traité pratique, tome V n° 600) nicht gültig zu machen. Es steht nicht einmal fest, wie weit der Wert der Beszung durch die Auflagen aufgewogen wäre (vgl. oben Erw. 3). Aber auch abgesehen davon untersteht ein mit Auflagen beschwertes Vermächtnis den gewöhnlichen Regeln, insbesondere dem Erfordernis der Bezeichnung des Vermächtnisnehmers durch den Erblasser selbst. Für eine Ausnahme, wie sie die Klägerin für sich in Anspruch nehmen möchte, besteht im ZGB kein Anhaltspunkt.

Der auf ein unvollständiges Testament und eine ungültige Wahl durch Beauftragte des Erblassers gestützte Anspruch der Klägerin auf Eigentumserwerb ist demnach abzuweisen.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 18. Dezember 1941 bestätigt.

## V. OBLIGATIONENRECHT

### DROIT DES OBLIGATIONS

26. Urteil der I. Zivilabteilung vom 24. Juni 1942

i. S. Hug & Co. A.-G. gegen Holzschuhfabriken A.-G. Lotzwil.

*Leistungsunmöglichkeit* (Art. 119 Abs. 1 OR); *veränderte Verhältnisse*.

Keine Unmöglichkeit bei blosser Erschwerung der Leistung infolge kriegswirtschaftlicher Massnahmen; eine durch sie notwendig werdende Umstellung eines Teils eines Fabrikationsbetriebes kann auch nicht zur Aufhebung oder Abänderung der Vereinbarung wegen veränderter Verhältnisse führen (Erw. 1 und 2).

*Übermässigkeit der Konventionalstrafe* (Art. 163 Abs. 3 OR).

Dafür fällt ausser dem Interesse der Parteien an Bestand und Aufrechterhaltung der Vereinbarung, dem Verschulden sowie dem eingetretenen Schaden auch in Betracht, ob die Strafe nur einmal oder nach jeder Übertretung neu gefordert werden kann (Erw. 3).

*Impossibilité d'exécuter* (art. 119 al. 1 CO); *modification des circonstances*.

Il n'y a pas impossibilité lorsque l'exécution est simplement devenue plus onéreuse par suite de mesures d'économie de guerre. La nécessité pour l'entreprise de transformer de ce fait une branche de sa fabrication ne justifie pas l'annulation ou la modification du contrat du chef de circonstances nouvelles (consid. 1 et 2).

*Peine conventionnelle excessive* (art. 163 al. 3 CO).

Il faut prendre en considération, outre l'intérêt des parties à la conclusion et au maintien de la convention, outre la faute commise et le dommage causé, le fait que la peine est due une seule fois ou qu'au contraire elle est encourue à chaque nouvelle infraction à l'engagement (consid. 3).

*Impossibilità dell'adempimento* (art. 119 cp. 1 CO); *mutamento delle circostanze*.

Non esiste impossibilità, quando l'adempimento è diventato più oneroso semplicemente a motivo di misure dell'economia di guerra. La necessità da esse imposta di trasformare una parte della fabbricazione di un'azienda non giustifica l'annullamento o la modifica del contratto per mutate circostanze (Consid. 1 e 2).

*Pena convenzionale eccessiva* (art. 163 cp. 3 CO).

Oltre l'interesse delle parti alla conclusione e al mantenimento del contratto, oltre la colpa commessa e il danno causato, devesi considerare se la pena è dovuta una volta sola oppure ad ogni nuova infrazione (Consid. 3).

A. — Am 20. Februar 1926 kam zwischen den Holzschuhfabriken A.G. Lotzwil (Klägerin) und deren Verwaltungsräten einer- und der Firma Hug & Co., A.G. in Herzogenbuchsee (Beklagte) und deren einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsräten Alfred und Franz Hug anderseits eine Übereinkunft zustande, die Bestimmungen enthält betreffend Übernahme von Aktien und Obligationen der aus dem Verwaltungsrat der Klägerin ausscheidenden Herren Hug, betreffend die Auseinandersetzung der beiden vertragschliessenden Firmen und dieser mit einzelnen Verwaltungsräten, und in deren Ziffer 7 die Klägerin und deren Verwaltungsräte sich verpflichteten

« während der Dauer der Hug & Co. A.-G. weder die Fabrikation noch den Verkauf von Artikeln der Lederschuhbranche auf eigene oder fremde Rechnung, noch durch Dritte oder als Teilhaber in irgend einem Gesellschaftsverhältnis zu übernehmen, oder sich an andern Aktiengesellschaften oder Genossenschaften etc. der Lederschuhbranche zu beteiligen. »

In gleicher Weise verpflichteten sich die Beklagte sowie die Herren Hug bezüglich der Fabrikation und des Verkaufs von Artikeln der Holzschuhbranche für die Dauer der Holzschuhfabriken A.G. Lotzwil. Beide Verpflichtungen enthalten ein Konventionalstrafversprechen, das bestimmt:

« Im Widerhandlungsfalle hat der Fehlbare ... eine Konventionalstrafe von Fr. 40,000.— zu bezahlen. Bei der Aufstellung dieser Konventionalstrafe wird ebenfalls vereinbart, dass gegen Erlegung derselben das Verbot nicht einseitig aufgehoben werden kann. Die Konventionalstrafe verfällt auch, wenn dem Gläubiger kein Schaden erwächst; übersteigt der erlittene Schaden aber den Betrag der Strafe, so kann der Gläubiger den Mehrbetrag nur insoweit einfordern, als er ein Verschulden nachweist. »

B. — Am 7. April 1941 eröffnete die Beklagte der Klägerin unter Hinweis auf eine Mitteilung des Kriegs-, Industrie- und Arbeitsamtes (KJAA) vom 4. April 1941, dass sie der in Ziffer 7 des Vertrages von 1926 abgeschlossenen Übereinkunft nicht mehr nachkommen könne, sondern sie während der Dauer der Anordnungen des KJAA als suspendiert betrachte, soweit sie das Konkurrenzverbot betreffe. In der erwähnten Mitteilung wies das KJAA auf die Weisungen hin, die es (am 1. März 1941) an die Schuh-

fabriken erlassen hatte, und die bezüglich der Herstellung von (punktfreien) Sandaletten vorschreiben, dass deren Laufsohle aus Ersatz- oder Altmaterial hergestellt werden müsse und dass Lederlaufsohlen verboten seien. Die Weisung stützt sich auf den BRB vom 25. Juni 1940 über die Sicherstellung von Volk und Heer mit technischen Rohstoffen, Halb- und Fertigfabrikaten, sowie auf eine Ermächtigung des eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes vom 20. November 1940 an das KJAA, den Betrieben der Leder- und Kautschukindustrie alle Massnahmen vorzuschreiben, die im Interesse einer sparsamen und zweckmässigen Verwendung von Leder und Kautschuk sowie der zugehörigen Hilfsstoffe als notwendig erscheinen könnten, insbesondere die Verwendung der in Betracht fallenden Rohstoffe zu untersagen und deren Ersatz durch andere Materialien vorzuschreiben. Als die Klägerin auf die Mitteilung der Beklagten hin antwortete, dass sie sich ihrerseits an das Konkurrenzverbot für solange nicht mehr gebunden erachte, als die Beklagte dies tue, widersprach diese mit der Erklärung, dass die Klägerin an das Verbot uneingeschränkt gebunden bleibe, die Beklagte aber sich insoweit davon befreit betrachte, als dies durch die Anordnungen des KJAA bedingt sei.

Mit Klage vom 30. August 1941 belangte darauf die Klägerin die Beklagte vor dem Handelsgericht des Kantons Bern auf Bezahlung der Konventionalstrafe von Fr. 40,000.— nebst 5 % Zins seit Zustellung der Vorladung zum Aussöhnungsversuch; eventuell verlangte sie, dass das Konkurrenzverbot als dahingefallen zu erklären sei. Mit Urteil vom 23. Februar 1942 hat das Gericht die Klage für den Betrag von Fr. 20,000.— nebst Zinsen gutgeheissen, für den Mehrbetrag dagegen abgewiesen.

Dagegen richteten sich die Berufung der Beklagten mit dem Antrag auf Abweisung der Klage in vollem Umfang, sowie die Anschlussberufung der Klägerin, mit der diese Verurteilung der Beklagten zu Bezahlung einer Konventionalstrafe von Fr. 40,000.— nebst Zinsen verlangt.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Die Beklagte hält der Klägerin zunächst entgegen, sie habe das Konkurrenzverbot nicht übertreten können, weil es durch die genannten kriegswirtschaftlichen Erlasse ausser Kraft gesetzt worden sei, womit offenbar geltend gemacht werden soll, die Beklagte sei durch die Fabrikationsvorschriften gezwungen worden, Holz als Ersatzmaterial zu verwenden. Doch ist ihr eine derartige Verpflichtung nie auferlegt worden. Auch die erst nach Einreichung der Klage von der Sektion für Schuhe des KJAA erlassene Weisung Nr. 5 verbot zwar die Herstellung von Sandaletten mit Laufsohlen aus Leder überhaupt, liess aber weiterhin die Möglichkeit offen, Sohlen aus Alt- oder Ersatzmaterial herzustellen und nahm die sogenannten Kneippsandalen ausdrücklich vom Ledersohlenverbot aus. Die Erlasse schreiben also nicht die Verwendung von Holz für die Verwendung von Schuhsohlen vor ; sie verbieten lediglich nach gewissen Richtungen hin die Verwendung von Leder und überlassen es dem Fabrikanten, welches der verschiedenen in Frage kommenden Ersatzmaterialien (Kunstleder, Hanf, Textil, Holz) er wählen will. Davon, dass das Konkurrenzverbot durch gesetzgeberische Erlasse ausser Kraft gesetzt worden sei, kann daher nicht gesprochen werden, ganz abgesehen davon, dass die Klägerin das Konkurrenzverbot ausdrücklich auf Sandaletten beschränkte, bei denen die Träger (Riemen) von der Seite her an die Schuhe angeschlagen sind (Sandaletten im engeren Sinn), und dass das ganze übrige Gebiet der Schuhwaren mit Holzsohlen für die Beklagte frei ist.

Aus den nämlichen Gründen kann die Beklagte mit dem Einwand nicht durchdringen, die Einhaltung des Verbotes sei ihr im Hinblick auf die kriegswirtschaftlichen Erlasse und damit aus einem von ihr nicht zu vertretenden Umstand unmöglich geworden. Jene Massnahmen mögen die Erfüllung erschwert haben, haben sie aber keineswegs geradezu verunmöglicht.

2. — Auch die Voraussetzungen für eine Abänderung oder Aufhebung des Konkurrenzverbotes durch den Richter wegen veränderter Verhältnisse fehlen. Die Störung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung infolge ausserordentlicher Änderung der Umstände wird zwar als Auflösungs- oder Änderungsgrund anerkannt (BGE 62 II 45, 59 II 378), wenn sie gross, auffällig oder übermässig ist, wenn das Beharren auf dem Vertrag durch den Vertragsgegner eine Ausbeutung der Zwangslage des Schuldners, einen offenkundigen Rechtsmissbrauch darstellt. Doch hat die Beklagte nicht dargetan, dass durch die Noterlasse ein derartiges offenes Missverhältnis geschaffen worden sei. Sie ist lediglich zu einer gewissen Fabrikationsumstellung gezwungen worden, was sie veranlassen kann, Holz als Ersatzmaterial zu verwenden, sie dazu aber nicht zwingt, weil noch andere Ersatzstoffe zur Verfügung stehen. Die Einschränkungen betreffen zudem nur einen Teil der Fabrikation, während ein anderer nach wie vor frei geblieben ist ; sie lassen auch die Verwendung von Holzsohlen bei den Schuhen, die nicht Sandaletten im engeren Sinn sind, unberührt. Die Beklagte hat unterlassen, zu behaupten oder gar nachzuweisen, dass die so veränderten Umstände ihre Produktionsverhältnisse, und inwieweit das Verbot der Verwendung von Holz für Sandaletten, die als Artikel der Holzschuhbranche anzusprechen wären, ihren Gesamtumsatz zu beeinflussen vermögen. Vollends fehlen Anhaltspunkte dafür, dass das Beharren der Klägerin auf dem Vertrag eine Ausbeutung der Zwangslage der Beklagten, den Missbrauch eines Rechtes bedeute oder Treu und Glauben im Verkehr widerspreche.

3. — Steht somit fest, dass die Beklagte ein rechtsbeständiges Konkurrenzverbot übertreten hat, und sich zur Entlastung nicht auf Art. 163 Abs. 2 OR berufen kann, so bleibt noch zu prüfen, ob die vereinbarte Strafe von Fr. 40,000.— im Sinne von Art. 163 Abs. 3 übermässig und deswegen vom Richter herabzusetzen ist.

Im Rahmen der in Art. 20 OR für alle Verträge gezo-

genen Schranke können die Parteien die Höhe einer Konventionalstrafe grundsätzlich frei bestimmen (Art. 163 Abs. 1). Ist daher streitig, ob die Strafe übermässig sei, so hat der Richter davon auszugehen, dass für deren Höhe grundsätzlich die Parteiabrede massgebend ist, und er soll von der ihm durch das Gesetz eingeräumten ausserordentlichen Befugnis zu einem Eingriff in jene Vereinbarung nicht ohne Not Gebrauch machen. Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung hierauf wiederholt mit Nachdruck hingewiesen und erklärt, die Abrede sei solange verbindlich, als die Strafe sich mit den Anforderungen der Gerechtigkeit und Billigkeit nicht in offenbarem Widerspruch befinde; sie werde erst übermässig, wenn zwischen der Strafe und dem zu schützenden Interesse ein arges Missverhältnis bestehe, sodass gesagt werden müsse, der Schuldner habe sich beim Vertragsschluss über die Höhe der Strafe offenbar keine Rechenschaft gegeben, ansonst er den Vertrag nicht unterzeichnet hätte (BGE 21 645, 1233, 23 II 1168; 29 II 703; 39 II 258; 63 II 249).

Ob dieses Missverhältnis vorliege, wird klar, wenn das Interesse der Klägerin an der Aufrechterhaltung und Durchführung des Vertrages festgestellt ist. Es war bei Abschluss des Vertrages unbestreitbar erheblich und hat davon seither nichts eingebüsst. Denn es handelte sich für die Klägerin darum, gegenüber der Beklagten ihre Fabrikation gegenständlich zu kontingentieren und die geschäftlichen Lebensgebiete der beiden Firmen voneinander abzugrenzen, wobei in Betracht fällt, dass das Sachgebiet der Klägerin, wenigstens für normale Zeiten, etwas eng begrenzt ist. So bedeutet es einen nicht unwesentlichen Teil des Hauptvertrages, wenn die Parteien, zwei geschäftsgewandte Grosshandelsfirmen, zur Sicherung der vereinbarten Abgrenzung, auf deren Nichtbeachtung eine Vertragsstrafe von Fr. 40,000.— vereinbart haben. Sprüche dies gegen die Zulässigkeit einer Herabsetzung, so darf andererseits nicht übersehen werden, dass noch gewichtigere Gründe eine Herabsetzung als geboten erscheinen lassen.

Zunächst stellt sich die Frage des Übersetztseins der Strafe ganz anders, je nachdem sie nur einmal oder aber wiederholt gefordert werden kann. Da das vereinbarte Verbot auch gegen Erlegung der Strafe nicht einseitig aufgehoben werden kann, müssen im ersten Fall bei der Bemessung der Strafe die in der Zukunft liegenden Erschwerungen und Umtriebe der Gläubigerin mitberücksichtigt werden, die bei jedem neuen Übertretungsfall den Umfang der Übertretung und die eigene Schädigung nachzuweisen hätte. Das Bedürfnis nach einer ausreichenden Sicherung oder empfindlichen Strafe ist in diesem Falle besonders gross. Anders dagegen, wenn die Strafe nach jeder Übertretung neu gefordert werden kann, ihre Schadenersatzfunktion also in den Vordergrund tritt. Diesfalls will der Gläubiger davon entbunden sein, in jedem Einzelfall einen Schaden nachweisen zu müssen und sich einfach auf die Übertretung als solche berufen können. Sein maximal möglicher Schaden darf hier nicht in einem ganz unvernünftigen mit Billigkeit und Gerechtigkeit nicht mehr zu vereinbarenden Verhältnis zur Strafe stehen. Es muss verhindert werden, dass die Summe der Strafen für die mehreren Übertretungen sich ins Ungemessene steigert, und dass ein Erfolg eintritt, der dem Parteiwillen nicht mehr entspräche, weil die Parteien sich den Betrag nicht vorgestellt haben, zu dem man bei einer Summierung der Strafen gelangen würde. Nach übereinstimmender Parteiversicherung in der Berufungsverhandlung ist die streitige aber eine mit jeder Übertretung neu fällig werdende Konventionalstrafe.

Der Schaden, den die Klägerin durch die Übertretung erleidet, ist ziffermässig nicht nachweisbar; denn es steht nicht mit Sicherheit fest, dass es ihr gelungen wäre, die 3600 Paar Holzsaandaletten, die die Beklagte hergestellt und in den Handel gebracht hat, selbst zu verkaufen. Wäre dies anzunehmen, so würde ihr Schaden daraus nach eigener Darstellung der Klägerin Fr. 1440.— nicht übersteigen. Schon aus diesem Gesichtspunkt heraus muss bei

der besondern Natur der im Streit liegenden Strafe ein Strafbetrag von Fr. 40,000.— als übermässig bezeichnet werden. Dazu kommt, dass eine kriegswirtschaftlich bedingte teilweise Umstellung von der Herstellung von Lederschuhen auf Schuhe mit Holzsohle stattgefunden hat, woraus die Klägerin Nutzen zieht, während die Beklagte darunter leidet, weil die Umstellung eine Abwanderung von Kunden zur Folge hat, wenn die Beklagte gewisse Schuhe nicht mit Holzsohlen herstellen darf. Auch das Mass des Verschuldens der Beklagten darf nicht unberücksichtigt bleiben (BGE 63 II 250, 41 II 144, 40 II 477, 37 II 191, 30 II 529). Kann zwar nicht zu ihren Gunsten angenommen werden, sie habe in guten Treuen davon ausgehen dürfen, dass die behördlichen Weisungen sie zur Übertretung der eingegangenen Verpflichtung berechtigen, dies schon deswegen, weil ihr noch andere Ersatzmaterialien als Holz zur Verfügung standen, und ist nicht behauptet oder gar dargetan, dass deren Verwendung für sie eine unerträgliche Erschwerung des Fabrikationsbetriebes bedeutet hätte, so ist der Beklagten doch einzuräumen, dass ihr Verschulden bei den durch den Krieg geschaffenen ausserordentlichen Schwierigkeiten in der Lederbeschaffung und ihrem Bestreben, den kriegswirtschaftlichen Weisungen nachzukommen, nicht als schwer bezeichnet werden kann. Sie hat auch nicht etwa versucht, zur Herstellung und zum Vertrieb von Holzandaletten ohne Wissen der Klägerin überzugehen, sondern sie hat diese von ihrem Vorhaben brieflich in Kenntnis gesetzt. Wenn daher die Vorinstanz auf eine Strafe von Fr. 20,000.— erkannt hat, ohne sich darüber auszusprechen, was sie zur Herabsetzung gerade auf diese Summe bestimmt habe, und ob nach ihrer Auffassung die Strafe nur einmal oder für jede einzelne Übertretung neu geschuldet werde, so erscheint eine derartige Strafe als übersetzt, mit den Grundsätzen der Billigkeit und Gerechtigkeit nicht mehr vereinbar. Sie käme zugleich einer nicht zu rechtfertigenden Bereicherung der Klägerin zulasten der Beklagten gleich. Der beidseitigen

Interessenlage, der Natur des Strafversprechens und den übrigen Umständen ist deshalb besser Rechnung getragen, wenn die Strafe auf Fr. 12,000.— herabgesetzt wird, womit auch berücksichtigt sein soll, dass vor Einleitung der Klage noch nicht alle von der Beklagten hergestellten Sandaletten verkauft waren, sondern erst später verkauft wurden bzw. noch verkauft werden.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

1. Die Anschlussberufung wird abgewiesen.
2. Die Hauptberufung wird in dem Sinne gutgeheissen, dass in Abänderung des handelsgerichtlichen Urteils die der Klägerin durch die Beklagte zu bezahlende Konventionalstrafe auf Fr. 12,000.— nebst 5 % Zins seit Zustellung der Vorladung zum Aussöhnungsversuch herabgesetzt wird.

**27. Urteil der I. Zivilabteilung vom 1. Juli 1942**  
i. S. Mauerhofer gegen Röthenmund.

*Abtretung, Gewährleistung für Zahlungsfähigkeit, Art. 171 Abs. 2 OR.*

Zahlungsunfähigkeit ein Begriff eidgen. Rechts; sie setzt entsprechend der Vorschrift des Art. 83 Abs. 1 OR ein dauerndes Unvermögen des Schuldners voraus, seine Gläubiger zu befriedigen, nicht auch dessen Konkurs oder Auspfändung. Fehlen besonderer Beweisvorschriften; Beweislast; Unanwendbarkeit des Bürgschaftsrechtes (Art. 495 Abs. 1) auf die Gewährleistungspflicht des Abtretenden.

*Cession. Garantie de la solvabilité, art. 171 al. 2 CO.*

L'insolvabilité est une notion du droit fédéral; elle suppose, conformément aux dispositions de l'art. 83 al. 1 CO, l'incapacité prolongée du débiteur de satisfaire ses créanciers, mais non la faillite ni des saisies infructueuses.

Absence de prescriptions spéciales sur la preuve; fardeau de la preuve; inapplicabilité du droit du cautionnement (art. 495 al. 1 CO) à l'obligation de garantie du cédant.

*Cessione, garanzia della solvenza del debitore, art. 171 cp. 2 CO.*

L'insolvenza è una nozione di diritto federale; essa presuppone, giusta l'art. 83 cp. 1 CO, l'incapacità prolungata del debitore di soddisfare i suoi creditori, ma non il fallimento né pignoramenti infruttuosi.