

anwaltes der Klägerin vom 22. August 1908 für alle Folgen der Überschwemmung haftbar gemacht worden war. Dadurch wurde er offenbar zu seiner Intervention bei der Klägerin zum Zwecke möglicher Schadensverminderung veranlaßt, und lediglich hierauf bezogen sich seine Bemerkungen über seine Zahlungspflicht, weshalb darin in der Tat nicht die eigene Anerkennung dieser Zahlungspflicht erblickt werden kann.

Die Klage erweist sich somit auch dem Zweitbeklagten gegenüber als in allen Teilen unbegründet; —

erkannt:

Die Berufung der Klägerin wird abgewiesen und damit das Urteil des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 3. Dezember 1910 in allen Teilen bestätigt.

**26. Urteil vom 6. Mai 1911 in Sachen Juginbühl,**  
Kl. u. Ber.=Kl., gegen **Mützenberg,** Bekl. u. Ber.=Bekl.

**Bürgschaftsverpflichtung gemäss Art. 489 OR, im Gegensatz zum Versprechen der Leistung eines Dritten im Sinne des Art. 127 OR. Mangelnde Form des Bürgschaftsvertrages (Art. 491 OR). — Haftung aus Art. 50 ff. OR wegen unrichtiger Kreditinformation? Ungenügende Bestimmtheit und Verbindlichkeit der betreffenden Aussagen. Mangelndes Verschulden: Tat und Rechtsfrage; für den Berufungsrichter verbindliche Feststellung des Tatbestandes (Art. 81 OG).**

A. — Durch Urteil vom 24. September 1910 hat der Appellationshof des Kantons Bern in vorliegender Rechtsstreifache erkannt:

„Der Kläger wird mit seiner Klage abgewiesen.“

B. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrage: Es sei in Aufhebung des angefochtenen Urteils das Klagebegehren zuzusprechen.

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Klägers den gestellten Berufungsantrag erneuert. Der Vertreter des Beklagten hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — In tatsächlicher Beziehung wird unter Verweisung auf die eingehenden Ausführungen des Vorentscheides folgendes hervorgehoben: Der Beklagte Mützenberg ist Eigentümer des Hotels Bahnhof in Spiez und hat dieses Hotel vom August 1901 an dem später in Konkurs gefallenen Emil Zürcher verpachtet. Der Kläger Juginbühl hat seit dem April 1902 dem Zürcher fast ausschließlich die zum Betrieb des Hotels nötigen Fleischwaren geliefert. Anfangs 1903 ging in Spiez das Gerücht um, daß sich Zürcher in einer mißlichen Vermögenslage befinde. Am 28. Februar 1903 fand dann im Bahnhofrestaurant Spiez eine Besprechung statt, an der Zürcher, der Beklagte und der Kläger, sowie drei andere Lieferanten Zürchers, nämlich die Bäcker Hulbreich Börtcher und Fritz Frey und der Käser Hulbreich Dubandt teilnahmen. Die Versammlung war auf Betreiben des Beklagten und Zürchers einberufen worden zu dem Zwecke, die Lieferanten zu beruhigen und jenes Gerücht über die ungünstige finanzielle Lage Zürchers zu beseitigen. Laut aktengemässer Feststellung der Vorinstanz hat sich bei dieser Besprechung der Beklagte wie folgt geäußert: So lange das Bahnhofrestaurant ihm gehöre, brauche niemand etwas daran zu verlieren; er stehe gut dafür; er werde wohl noch gut sein dafür, für den Fall, daß es fehlen sollte; er sei dann auch noch da. Diese Erklärungen wandten sich laut vorinstanzlicher Feststellung im besondern auch an den Kläger. Am 1. März 1903 fuhr dann dieser mit seinen Fleischlieferungen an Zürcher, die er am 24. Februar eingestellt hatte, fort. Im August 1903 erließ Zürcher an seine außerhalb Spiez wohnenden Gläubiger ein Zirkular, um von ihnen Stundung ihrer Forderungen zu verlangen, und erstrebte dann erfolglos einen Nachlaßvertrag, worauf er am 11. Januar 1904 auf sein Begehren in Konkurs erklärt wurde. In diesem machte der Kläger eine Saldoforderung für Fleischlieferungen geltend, von der 800 Fr. 40 Cts. gedeckt wurden und 8649 Fr. 60 Cts. in Verlust fielen.

Mit der vorliegenden Klage verlangt nunmehr der Kläger vom Beklagten Bezahlung dieses Betrages von 8649 Fr. 60 Cts., eventuell einer gerichtlich zu bestimmenden angemessenen Entschädigung, beides nebst Zins zu 5% seit dem 11. Januar 1904.

Die Klage wird zunächst damit begründet, daß der Beklagte mit seinen in der Versammlung vom 28. Februar 1903 gemachten Zusicherungen ein Garantieverprechen nach Art. 127 OR abgegeben habe, aus welchem Versprechen er nun hafte, da die versprochene Leistung Zürchers nicht erfolgt sei. Oder dann habe er die Lieferanten Zürchers, und im besondern auch den Kläger, in rechtsverbindlicher Weise über die Vermögenslage Zürchers informiert, mit der Bekräftigung, für dessen Zahlungsfähigkeit einzustehen zu wollen, solange er auf dem Hotel Bahnhof sei. In Wirklichkeit aber habe der Beklagte bereits damals die schlechte finanzielle Lage Zürchers genau gekannt und sie den andern Gläubigern, namentlich auch dem Kläger, zu verheimlichen versucht, um diese an rechtzeitigen Maßnahmen zur Sicherung ihrer Forderungen zu verhindern, und zwar habe er dies in Rücksicht auf seine persönlichen Interessen getan: um einer Betriebsunterbrechung des Bahnhofshotels vorzubeugen und dessen guten Ruf zu erhalten, um seine eigene Forderung an Zürcher zu decken und sonstige Vorteile, so die billige Erwerbung des Hotelmobiliars und der Vorräte im Konkurse, zu erreichen. Diese Irreführung über die Zahlungsfähigkeit Zürchers sei eine unerlaubte Handlung nach Art. 50 OR, und durch sie sei der Kläger im Betrage seiner Konkursforderung geschädigt worden, da er sonst nach dem 28. Februar 1903 nicht mehr weiter geliefert hätte und es ihm in diesem Zeitpunkte noch möglich gewesen wäre, den damaligen Saldo — auf den 24. Februar 1903 habe er 5972 Fr. 55 Cts. betragen — einzubringen.

2. — Es fragt sich vor allem, ob nicht die Zusicherungen, die der Beklagte in der Besprechung vom 28. Februar 1903 gemacht hat, sofern sie überhaupt einen Willen zu rechtlicher Verpflichtung enthalten, auf Leistung einer Bürgschaft nach Art. 489 OR, statt, wie vom Kläger behauptet wird, auf eine unter Art. 127 OR fallende Garantieleistung gerichtet gewesen seien. Ist dies der Fall, so kann von einer vertraglichen Haftung des Beklagten aus jenen Zusicherungen schon deshalb keine Rede sein, weil die für die Bürgschaft vorgeschriebene schriftliche Vertragsform (Art. 491 OR) mangelt.

Nun beziehen sich diese Zusicherungen auf die Bezahlung der

Lieferanten Zürchers als Betriebsinhabers des Hotels zum Bahnhof, und soweit sie sich im besondern an den Kläger wenden, auf die Bezahlung seiner Fleischlieferungen. Das ergibt sich aus dem Inhalte der fraglichen Erklärungen, namentlich aus dem Passus, daß niemand etwas „am Bahnhofrestaurant“ zu verlieren brauche, und aus den Umständen, durch die sie veranlaßt wurden (dem Zweck der Besprechung vom 28. Februar u. s. w.). Diese Auffassung liegt denn auch der Klage selbst zu Grunde, indem durch sie Deckung des Verlustes verlangt wird, den der Kläger aus dem Lieferungsverkehr mit Zürcher als Bahnhofrestaureur infolge dessen Zahlungsunfähigkeit erlitten hat. Die Haftung, die der Beklagte übernommen hat, wäre also eine Haftung dafür, daß der Kläger für seine Lieferungen an Zürcher bezahlt werde, somit für die Erfüllung der dem Beklagten aus diesen Lieferungen erwachsenen Schulden, womit freilich nicht nur die bei der Abgabe des Versprechens bereits bestandenen Schulden und der damalige Leistungssaldo gemeint sind, sondern auch, und vor allem, die erst noch aus zukünftigen Lieferungen entstehenden Verbindlichkeiten und der bei Abbruch des Lieferungsverhältnisses sich ergebende Saldobetrag. Nun besteht gerade ein wesentliches Merkmal der Bürgschaftsverpflichtung darin, daß der Bürge für die Erfüllung der „Schuld“ eines Dritten haftet, sei es einer bei der Eingehung der Bürgschaft schon bestehenden, sei es einer erst zukünftigen Schuld (Art. 492 Abs. 2 OR). Insofern liegt also in den Zusicherungen des Klägers ein Bürgschaftsversprechen. Es macht dabei auch keinen Unterschied, ob man es mit einem einheitlichen, kontinuierlichen Lieferungsverhältnis zu tun habe, oder ob der Kläger die Lieferungen unterbrochen und dann später neu aufgenommen habe. Rechtlich bedeutsam ist nur, daß der Beklagte nicht die Begründung, sondern die Erfüllung von Leistungspflichten eines Dritten zugesagt, deren Bezahlung garantiert hat. Andererseits aber schließt diese Voraussetzung für das Vorhandensein einer Bürgschaft ein Garantieverprechen nach Art. 127 OR aus. Denn die „Leistung eines Dritten“ im Sinne dieser Bestimmung kann nicht in einer solchen für den Bürgschaftsbegriff wesentlichen Erfüllungsgarantie bestehen, was praktisch dazu führen würde, die Anwendbarkeit der besonderen Regeln des Bürgschaftsvertrages, namentlich des gesetz-

lichen Erfordernisses der Schriftlichkeit, zu erschweren. Vielmehr kann es sich beim Art. 127, soweit ein Forderungsverhältnis des Promissars gegenüber dem Dritten in Betracht kommt, stets nur um die Begründung dieses Forderungsverhältnisses handeln, darum also, die Übernahme einer Verpflichtung durch den Dritten zu bewirken (vergl. Hafner, Kommentar zum OR, Art. 127 Note 1; Staudinger, Kommentar zum deutschen BGB, 5./6. Auflage, II. S. 524 unter e; Hans Reichel, Die Schuldübernahme, München 1909, S. 307). Zum mindestens muß der Art. 127 dann außer Betracht fallen, wenn auch noch das weitere, für die Bürgschaft wesentliche Moment, nämlich der akzessorische Charakter der vom Promittenten eingegangenen Verpflichtung gegeben ist (vergl. Hafner, Art. 589, Note 4; Stammler, Der Garantievertrag, im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 69 S. 37 ff.). Auch das ist aber hier der Fall: Die Ausdrucksweise des Beklagten, „er stehe gut dafür“, die sich dem Sinne nach mit dem in Art. 489 OR verwendeten „Einstehen“ des Bürgen deckt, und die Zusicherung seiner Haftung „für den Fall, daß es fehlen sollte“, lassen mit aller Deutlichkeit erkennen, daß der Beklagte nicht etwa eine selbständige, für sich bestehende Verpflichtung hat eingehen wollen, sondern eine von der Verpflichtung Zürchers als Hauptschuldners abhängige, und auch diese nicht als solidarische, sondern als bloß subsidiäre Verpflichtung, mit Beanspruchung des beneficium excussionis. Seine Erklärung muß denn auch vom Kläger ebenfalls so aufgefaßt worden sein, da dieser seine Rechte zunächst gegenüber Zürcher in dessen Konkursverfahren geltend gemacht und den Beklagten erst nachher für den Ausfall belangt hat. Wenn endlich, wie der Kläger ausführt, der Beklagte mit der Eingehung seiner Verpflichtung seine persönlichen Interessen als Verpächter und Gläubiger Zürchers hat wahren wollen, so schließt das den Willen, sich nur akzessorisch als Bürge zu verpflichten nicht aus. Ein eigenes Vermögensinteresse kann und wird oft der entscheidende Grund sein, der den Bürgen zur Interzession bestimmt, so gerade, wenn er zur Vermeidung eines eigenen Verlustes den finanziellen Zusammenbruch des Hauptschuldners abwenden will.

3. — Was den weiteren Standpunkt des Klägers betrifft, der Beklagte hafte auch aus wissentlich oder doch fahrlässig unrichtiger Kreditinformation, so ist mit der Vorinstanz anzunehmen, daß die

Außerungen des Beklagten, auf die hier abgestellt wird, zu unbestimmt sind und unter den gegebenen Umständen vom Kläger nicht dahin haben verstanden werden dürfen, daß er berechtigt sei, sich bei der Wahrung seiner Interessen gegenüber Zürcher ohne weiteres darauf zu verlassen, und daß der Beklagte für ihre Richtigkeit haften wolle. Zum vornherein ist so etwas nicht aus jener Stelle zu entnehmen, die der Kläger nach dem Gesagten zugleich als Garantieverprechen ansieht (— es brauche niemand etwas am Bahnhofrestaurant zu verlieren, er stehe gut dafür u. s. w. —); im Gegenteil bezieht sich diese Stelle gerade auf den Fall eintretender Zahlungsunfähigkeit Zürchers und war daher eher geeignet, den Kläger zur Vorsicht zu mahnen. Aber auch die weiteren Äußerungen des Beklagten: der Urheber des Gerüchtes über die schlechte finanzielle Lage Zürchers könne wegen Kreditbeschädigung belangt werden, es stehe mit Zürcher gut und er werde immer bezahlen können, lassen sich nicht als formelle Zusicherungen auffassen, so daß sie der Beklagte für seinen weiteren Geschäftsverkehr mit Zürcher hätte als bestimmend betrachten können. Sie wollen vielmehr nur eine persönliche Meinung des Beklagten wiedergeben, die für den Kläger zwar eine gewisse Bedeutung haben konnte, auf die er aber nicht ausschließlich, unter Verzicht auf jede anderweitige Auskunft, abstellen durfte, umsoweniger, als er ja wußte, daß der Beklagte nicht nur als Verpächter des Bahnhofrestaurantes, sondern auch als sein Mitbürge mit großen Beträgen bei einem allfälligen Konkursverfahren beteiligt sein würde und daß also seine persönlichen Interessen mit im Spiele waren. So wie die Verhältnisse lagen, und nachdem der Kläger selbst vorher jenem Gerüchte über die Lage Zürchers — das die nachherigen Ereignisse doch wohl als begründet habe erscheinen lassen —, Glauben geschenkt und seine Lieferungen vorläufig abgebrochen hatte, wäre es für ihn geboten gewesen, sich nicht mit allgemeinen Versicherungen eines Dritten zu begnügen, sondern von Zürcher eine genauere Darstellung seiner Vermögenssituation zu fordern und nötigenfalls durch seinen Buchhalter geben zu lassen. Wenn er hievon abjah, so hat er dies auf seine Gefahr getan. Somit fehlt für eine Ersatzpflicht des Beklagten der erforderliche Kausalzusammenhang, und es braucht daher gar nicht geprüft zu werden, ob der Beklagte die fraglichen Äußerungen wider besseres Wissen oder fahrlässig gemacht habe.

Übrigens handelt es sich bei der Lösung dessen zunächst um eine Tatsache, 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 **Grässlein**, 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 Aktenervollständigung 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 Grässlein 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. US 26 II S. 44). Allein dieser Grundsatz geht andererseits in seiner Bedeutung nicht so weit, daß bei solchen Verböten, im Gegensatz zu andern