

recht eingeführt wurde. Insbesondere würde durch das dem Käufer aufgebürdete Risiko, für Kaufpreis- oder Auskaufschulden seines Verkäufers oder eines frühern Vormannes, vielleicht sogar kumulativ mit allfälligen Bauschulden des einen oder des andern frühern Eigentümers haften zu müssen, sowie durch die Schwierigkeit, unter solchen Umständen neue Hypotheken aufnehmen zu können, die Verkäuflichkeit aller nicht seit mehr als drei Monaten im Eigentum des Verkäufers stehenden Liegenschaften, und dadurch die Weiterverkäuflichkeit überhaupt aller Liegenschaften, erheblich beeinträchtigt.

5. — Auf Grund der vorstehenden Erwägungen könnte selbst dann, wenn Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Gesetzes keinen Aufschluss darüber geben würden, gegen wen der « Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Pfandrechtes » gewährt werden wollte, und wenn daher der Richter in Anwendung des Art. 1 Abs. 2 ZGB nach der Regel entscheiden müsste, die er als Gesetzgeber aufstellen würde, nach Abwägung aller in Betracht kommenden Interessen nicht anders als im Sinne der Unwirksamkeit des Pfanderrichtungsanspruchs gegenüber dem Dritterwerber der Liegenschaft, wie auch gegenüber den Konkursgläubigern des zur Pfandbestellung Verpflichteten, entschieden werden.

Mit der Unmöglichkeit, die Eintragung der gesetzlichen Pfandrechte des Art. 837 gegenüber der Konkursmasse des Eintragungspflichtigen durchzusetzen, ist allerdings nicht auch die Unwirksamkeit des Pfandbestellungsanspruchs gegenüber dem Gemeinschuldner selbst gegeben. Dies könnte für den Fall des Konkurswiderrufs, wie auch für den Fall, dass die als Pfand beanspruchte Liegenschaft konkursfrei sein sollte, u. U. von Bedeutung sein. Da jedoch im vorliegenden Fall die Eintragung des Baupfandrechtes gegenüber der « Konkursmasse » verlangt und gegenüber dem Konkursiten persönlich kein Begehren gestellt wurde, so ist nur über jenen, gegenüber der Konkursmasse erhobenen

Anspruch zu entscheiden, — was nach den vorstehenden Erwägungen im Sinne der Abweisung zu geschehen hat.

Endlich kann hier dahingestellt bleiben, ob im Falle der Kollusion zwischen dem Bauherrn und einem Dritten, der ihm das bebaute Grundstück zu dem Zwecke abkauft, um die Bauhandwerker zu prellen, bzw. um jenem ihre Prellung zu ermöglichen, die Baugläubiger auf Grund von Art. 41 Abs. 2 OR oder aus einem andern Rechtsgrunde gegen den Dritten vorgehen könnten.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird in dem Sinne teilweise gutgeheissen, dass die Rechtsbegehren 3 und 4 der Klage abgewiesen werden.

#### IV. OBLIGATIONENRECHT

#### DROIT DES OBLIGATIONS

81. Urteil der I. Zivilabteilung vom 13. Juni 1914 i. S.

Blum, Kläger, gegen Weill, Beklagten.

Konkurrenzverbot in Verbindung mit Geschäftsverkauf, Uebertretung? — Konventionalstrafe bei Uebertretung des Konkurrenzverbotes, Mass der Herabsetzung, Kriterien.

A. — Mit Urteil vom 11. April 1913 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die auf Bezahlung einer Konventionalstrafe von 50,000 Fr. nebst 5 % Zins durch den Beklagten gerichtete Klage abgewiesen.

B. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger am 5. Juli 1913 die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag auf Aufhebung und Gutheissung der Klage.

C. — Am 14. August 1913 hat der Kläger in der

gleichen Sache beim Kassationsgericht des Kantons Zürich eine Kassationsbeschwerde eingereicht, worauf die Beurteilung der Berufung bis nach dem definitiven Entscheid des Kassationsgerichts verschoben wurde.

D. — Mit Urteil vom 17. November 1913 hat das Kassationsgericht des Kantons Zürich erkannt :

« Das Urteil des Handelsgerichts vom 11. April 1913 » wird aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz » zurückgewiesen zur Abnahme des Zeugenbeweises über » die Frage, ob Lang bereits im Jahre 1911 für den » Beklagten gereist sei und Bestellungen aufgenommen » habe. »

E. — Das Bundesgericht hat infolgedessen mit Beschluss vom 24. Dezember 1913 die Sache als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

F. — Das Handelsgericht des Kantons Zürich hat nach Ergänzung des Beweisverfahrens am 10. Februar 1914 folgendes neues Urteil gefällt :

« Der Beklagte ist verpflichtet, an den Kläger 1000 » Franken nebst 5 % Zins seit 24. Januar 1913 zu be- » zahlen. Die Mehrforderung des Klägers wird abge- » wiesen. »

G. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger wieder die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit den Anträgen :

1. Es sei die Klage in vollem Umfange gutzuheissen,
2. eventuell es sei die Konventionalstrafe in einem Betrage von 40,000 Fr.,
3. eventuell in einem kleineren, die Summe von 1000 Franken aber weit übersteigenden Betrage gutzuheissen.

H. — Die Gegenpartei hat sich innert Frist der Berufung angeschlossen und beantragt :

Es sei das handelsgerichtliche Urteil aufzuheben und die Klage in vollem Umfange abzuweisen.

I. — In der heutigen Verhandlung haben die Parteivertreter diese sämtlichen Anträge erneuert und je auf

Abweisung der Gegenberufung angetragen. Der Vertreter des Beklagten hat ausserdem eventuell Rückweisung der Sache an die Vorinstanz beantragt zur Abnahme des angebotenen Gegenbeweises, dass er dem Lang die Verkaufspreise der Muster nicht angegeben, ihm die Musterkiste nicht geschickt und von ihm die Kommissionen erst nach Neujahr 1912 erhalten habe.

Das Bundesgericht zieht

in Erwägung:

1. — Der Beklagte verkaufte mit Vertrag vom 25. September 1901 das Herrenkonfektionsgeschäft, das er unter der Firma Hermann Weill & C<sup>ie</sup> auf dem Platze Zürich betrieb, auf den 1. Januar 1902 an den Kläger. Der Übernahmspreis wurde auf 150,000 Fr. festgesetzt, wobei der Kläger das Geschäftsmobiliar und das Warenlager noch besonders bezahlen musste. Ziffer 9 des Vertrages lautet :

« Weill verpflichtet sich, vor dem 1. Januar 1912 » weder ein Geschäft der Herrenkonfektionsbranche » selbst zu gründen, noch sich an einem solchen direkt » oder indirekt durch Kapital oder sonstige Unter- » stützung zu beteiligen. Im Übertretungsfalle verpflich- » tet er sich, vorbehältlich weiterer Schadensansprüche, » 50,000 Fr. als Konventionalstrafe zu zahlen.

» Dieses Konkurrenzverbot hat jedoch keine Geltung, » sofern das Geschäft nicht von Blum oder seinen Er- » ben selbst betrieben wird. »

Mit Zirkular d. d. Zürich 1. Januar 1912 teilte die Firma Hermann Weill & C<sup>ie</sup>, bestehend aus dem Beklagten und dessen Sohn Jakob Weill, ihren Kunden mit, dass sie « von heute an wieder unter der alten Firma Hermann Weill & C<sup>ie</sup> eine Herrenkleiderfabrik auf hiesigem Platze betreibe. »

2. — Mit der vorliegenden Klage belangt der Kläger den Beklagten auf Bezahlung der vereinbarten Konventionalstrafe von 50,000 Fr. Er stützt die Klage ins-

besondere darauf, dass der Beklagte schon vor dem 1. Januar 1912 seine Konkurrenten Teplitz und Becker unterstützt und einen gewissen Pfarr-Meili sowie namentlich Charles Lang für seine Rechnung habe reisen lassen. Die vom Handelsgericht angeordnete Beweisführung hat nach diesen Richtungen folgendes ergeben:

Teplitz betreibt einen Engros-Handel in Tuch und Buckskin, Becker ein Herren- und Knabenkonfektionsgeschäft. Becker stand mit dem Beklagten in keiner geschäftlichen Beziehung. Von Teplitz bezieht er die Stoffe und mietet er die Geschäftslokale. Der Beklagte hat dem Teplitz vor 1912 Geld zum Ankauf eines Hauses vorgeschossen, ferner hat er ihm Wechsel in grossen Beträgen diskontiert.

Pfarr-Meili, der selber Inhaber eines Konfektionsgeschäftes war, hat im Jahre 1911 mit dem Beklagten einen Vertrag abgeschlossen, wonach er ab 1. Januar 1912 als Leiter der technischen Abteilung der neuen Firma Hermann Weill & C<sup>ie</sup> angestellt wurde. Er hat bestritten, dass er schon im Jahre 1911 für diese Firma gereist oder dass zwischen ihm und dem Beklagten vereinbart worden sei, dass die für sein eigenes Geschäft aufgenommenen Ordres der Firma Hermann Weill & C<sup>ie</sup> überschrieben werden sollten.

Charles Lang endlich betrieb mit seinem Bruder Ferdinand unter der Firma J. Lang Söhne in Zürich bis Ende 1911 eine Herrenkonfektionsfabrik. Die Gebrüder Lang unterhandelten mit dem Beklagten über den Verkauf ihres Geschäftes. Die Unterhandlungen führten aber zu keinem Ergebnis. Die Gebrüder Lang schritten daher zur Liquidation ihres Geschäftes. Im Herbst 1911 machte Charles Lang noch eine Reise zwecks Nachbestellungen für die Firma J. Lang Söhne. Gleichzeitig führte er, im Auftrage des Beklagten und gegen dessen Versprechen einer Provision von 4 %, eine dem Beklagten gehörende Musterkollektion von Stoffen mit sich und nahm für die Frühjahrsaison 1912 Bestellungen

gen auf Herrenkonfektion im Betrage von zirka 16,925 Franken auf. Dabei sagte er den Bestellern nicht, dass die Musterkollektion vom Beklagten stamme, noch dass dieser die Bestellungen ausführen werde; er erklärte vielmehr den Kunden, die Bestellungen würden entweder noch von der Firma J. Lang Söhne effektiert werden oder dann von einem Nachfolger, dessen Namen er nicht nannte. Lang verfuhr so, weil er es dem Beklagten mit Rücksicht auf das Konkurrenzverbot versprochen hatte. Von den aufgenommenen Bestellungen wurden solche im Betrage von zirka 8637 Fr. im Jahre 1912 von der Firma Hermann Weill & C<sup>ie</sup> ausgeführt.

3. — Streitig ist in erster Linie, ob der Beklagte das Konkurrenzverbot übertreten habe und demgemäss die Konventionalstrafe verfallen sei, zweitens, ob im Bejahungsfalle der Richter die vereinbarte Konventionalstrafe als übermässig herabzusetzen habe, eventuell in welchem Masse.....

4. — Dass der Beklagte das Konkurrenzverbot tatsächlich übertreten hat, ist durch die Vorinstanz auf Grund der Darstellung des Zeugen Charles Lang in durchaus zutreffender Weise dargetan. Die Vorinstanz hat die Einwände, die der Beklagte heute wieder erhoben hat, insbesondere dass Lang bei Aufnahme der Bestellungen den Namen des Beklagten nicht genannt habe, bereits mit schlüssiger Begründung zurückgewiesen. Mit Recht hat sie den vom Beklagten angebotenen Gegenbeweis dafür, dass er dem Lang die Verkaufspreise der Muster nicht angegeben, ihm die Musterkiste nicht geschickt und von ihm die Kommissionen erst nach Neujahr 1912 erhalten habe, als unerheblich nicht abgenommen. Die eventuell verlangte Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Nachholung dieser Beweisabnahme ist daher abzulehnen. Entscheidend ist, dass Lang nach seinen Aussagen, welche die Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich als « durchaus glaubwürdig » bezeichnet, im Jahre 1911

mit einer Musterkollektion des Beklagten für dessen Rechnung gereist ist und Bestellungen aufgenommen hat. Das genügt, um eine Verletzung des Konkurrenzverbotes anzunehmen; es kann dahingestellt bleiben, ob nicht auch in der Vereinbarung des Beklagten mit Pfarr-Meili und in seiner Betätigung zu Gunsten des Teplitz in gewissem Sinne ein Verstoss gegen das Konkurrenzverbot zu erblicken sei. Die Anschlussberufung des Beklagten entbehrt also jeglicher Begründung.

5. — Es bleibt zu untersuchen, ob der Beklagte zur Bezahlung der Konventionalstrafe im vollen Betrage von 50,000 Fr. zu verurteilen oder ob die Konventionalstrafe nicht vielmehr als übermässig herabzusetzen sei, wenn ja, ob die von der Vorinstanz vorgenommene Ermässigung auf bloss 1000 Fr. sich rechtfertige oder ob nicht die Festsetzung eines höheren Betrages den Verhältnissen angemessen wäre. Die Vorinstanz hat dabei mit Recht das rev. OR zur Anwendung gebracht, trotzdem der Geschäftsübernahmevertrag, der das Konkurrenzverbot enthält, unter der Herrschaft des alten Rechtes abgeschlossen wurde. Denn die Vorschrift über die Herabsetzung übermässiger Konventionalstrafen ist eine Bestimmung, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt ist. Gemäss Art. 2 SchlT ZGB ist daher die neue Fassung auf bereits bestehende Verträge anzuwenden. Nach Art. 182 alt OR war der Richter « befugt, übermässige Konventionalstrafen nach billigem Ermessen herabzusetzen »; nach Art. 163 Abs. 3 neu OR « hat er übermässig hohe Konventionalstrafen nach seinem Ermessen herabzusetzen. » M. a. W.: erweist sich eine Konventionalstrafe als übermässig, so muss er die Herabsetzung vornehmen; ob sie aber übermässig sei, hat er nach wie vor nach freiem Ermessen zu beurteilen. Dass tatsächliche Momente vorliegen, welche die von den Parteien vereinbarte Konventionalstrafe als eine übermäs-

sig hohe erscheinen lassen, hat nach feststehender Praxis der Verpflichtete darzutun (BGE 21 S. 1234).

Im vorliegenden Fall ist nun ohne weiteres mit der Vorinstanz anzuerkennen, dass Ermässigungsgründe bestehen. Der Zuspruch von vollen 50,000 Fr. an den Kläger stünde in einem offenbaren Missverhältnis zu dem durch die Konventionalstrafe zu schützenden Interesse, namentlich wenn berücksichtigt wird, dass die nachgewiesene Uebertretung des Konkurrenzverbotes durch den Beklagten in das letzte Jahr des zehnjährigen Bestandes des Konkurrenzverbotes fällt; die Verurteilung des Beklagten zur Bezahlung der unverkürzten Konventionalstrafe liesse sich mit den Anforderungen der Gerechtigkeit und Billigkeit nicht vereinbaren. Fragen kann sich ernstlich nur, in welchem Masse die vereinbarte Konventionalstrafe herabzusetzen sei, insbesondere, ob eine so weitgehende Ermässigung, wie die von der Vorinstanz getroffene, sich unter den vorliegenden Umständen wirklich rechtfertige.

6. — Hierüber ist zu sagen: Die Auffassung der Vorinstanz, das Verschulden des Beklagten sei kein grosses, weil bei den Verhältnissen der Konfektionsbranche, in der saisonweise gearbeitet werde, über die Berechtigung des Beklagten zur Konkurrenzfähigkeit in der Uebergangszeit in guten Treuen verschiedene Ansichten möglich gewesen seien, ist nicht stichhaltig. Das Vorgehen des Beklagten war ein wohlüberlegtes, vorbedachtes; dass er sich dessen Inkorrektheit bewusst war, stellt die Vorinstanz selber in anderem Zusammenhange ausdrücklich fest. In der Tat schliesst der Umstand, dass er seine Konkurrenzfähigkeit auf dem Markte im geheimen betrieb und durch Verschweigung seines Namens danach trachtete, dass sie dem Kläger verborgen blieb, die Annahme aus, der Beklagte sei gutgläubig gewesen. Er handelte vielmehr dolos. Nach seiner eigenen Angabe hatte er sich durch bedeutende Juristen dahin be-

lehren lassen, er dürfe während der Dauer des Konkurrenzverbotes wohl alle Vorbereitungen zur Gründung eines neuen Konfektionsgeschäftes auf den 1. Januar 1912 treffen, nur eines dürfe er nicht: auf dem Markte erscheinen. Und gerade das tat er, wenn auch im geheimen. Danach kann sein Verschulden unmöglich als ein leichtes angesehen werden. Dass es sich sodann für den Kläger um die Beseitigung einer gefährlichen Konkurrenz handelte und er somit ein grosses Interesse an der strikten Einhaltung des Konkurrenzverbotes hatte, beweist schon der hohe Uebernahmspreis von 150,000 Fr., den der Kläger dem Beklagten für das Geschäft, ohne das Geschäftsmobiliar und das Warenlager, bezahlen musste. Und zwar hatte der Kläger ein wesentliches Interesse daran, dass das Konkurrenzverbot vom Beklagten bis zum Schluss beobachtet werde, wenn auch selbstverständlich sein Interesse an Intensität abnahm, je näher der Zeitpunkt heranrückte, auf den der Beklagte wieder seine wirtschaftliche Bewegungsfreiheit erlangte. Endlich spricht gegen eine allzu bedeutende Herabsetzung der Konventionalstrafe der Umstand, dass sie von zwei wirtschaftlich gleichstehenden, kapitalkräftigen Kaufleuten vereinbart und nicht von einem wirtschaftlich Starken einem Schwächeren aufgezungen wurde.

Gegenüber diesen Erwägungen fällt der Umstand nicht ins Gewicht, dass der dem Kläger aus der Uebertretung des Konkurrenzverbotes entstandene Schaden verhältnissmässig gering ist. Denn die Konventionalstrafe ist grundsätzlich auch dann verfallen, wenn dem Gläubiger ein Schaden überhaupt nicht erwachsen ist; sie erspart ihm gerade den Beweis eines solchen. Der Kläger hatte sich denn auch in Ziffer 9 des Geschäftsübernahmevertrages, für den Fall der Uebertretung des Konkurrenzverbotes, neben der Konventionalstrafe von 50,000 Fr. « weitere Schadensansprüche » ausdrücklich vorbehalten.

7. — Aus allen diesen Gründen erweist sich die Her-

absetzung der Konventionalstrafe auf 1000 Fr., wie sie von der Vorinstanz vorgenommen wurde, als eine zu weitgehende. Sie schaltet den Parteiwillen fast vollständig aus. Hiezu liegen nach dem Gesagten hinreichende Gründe nicht vor. Die Umstände des Falles und die Rücksicht auf den Parteiwillen lassen die Erhöhung des dem Kläger von der Vorinstanz zugesprochenen Betrages auf 5000 Fr. nebst Zins zu 5% seit 24. Januar 1913 als vollberechtigt erscheinen. Die Konventionalstrafe ist daher auf diesen Betrag festzusetzen und die Hauptberufung in diesem Umfange gutzuheissen....

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

1. Die Anschlussberufung wird als unbegründet abgewiesen.
2. Die Hauptberufung wird in dem Sinne begründet erklärt, dass der Betrag, den der Beklagte an den Kläger zu bezahlen hat, auf 5000 Fr. nebst 5% Zins seit 24. Januar 1913 erhöht wird. Im übrigen wird das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 10. Februar 1914 bestätigt.