

17. Urteil der II. Zivilabteilung vom 25. Februar 1915
i. S. Hildebrand, Kläger, gegen Schoop, Beklagter.

1. Art. 163 Abs. 3 OR ist als eine um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellte Vorschrift aufzufassen und daher auch dann anzuwenden, wenn die Streitsache sonst dem ausländischen Recht unterstehen würde. 2. Verhältnis der verabredeten Vertragsstrafe zur Schwere der Uebertretung des Verbotes und zu dem zu schützenden Interesse.

A. — Durch Vertrag vom 25. Februar 1913 betraute der Beklagte, der Erfinder eines Metallspritzverfahrens ist, den Kläger und einen gewissen Georg Meyer in Berlin bis zum 1. Juli 1913 mit der Verwertung seiner Erfindung in England, Kanada, Australien, den britischen Kolonien und Japan. Der in Berlin abgeschlossene Vertrag bestimmte, dass der Kläger und Georg Meyer gemeinschaftlich aus allen während der Dauer ihres Auftrages zu Stande kommenden Optionsverträgen und Patentverkäufen eine Provision von 50% der Beträge erhalten sollten. In Ziffer 5 wurde überdies vorgesehen, dass alle Zahlungen, die aus Options- und Kaufverträgen zu leisten seien, zu Händen des Notars und Justizrates Heinitz in Berlin zu erfolgen hätten und dass die Verpflichtung zur Ueberweisung der Zahlungen an den genannten Notar sowohl für den Beklagten als für den Kläger und Meyer gemeinschaftlich und persönlich bestehe. Sollte einer der Verpflichteten dieser Bestimmung nicht nachkommen, so sollte er unbeschadet seiner übrigen Verpflichtungen an jeden der beiden andern eine sofort zahlbare Konventionalstrafe von 10,000 Mk. entrichten. Am 21. August 1913 wurden dem Notar Heinitz als Kaufpreis für das englische Patent 368,190 Mk. ausbezahlt, wovon der Beklagte 160,000 Mk. und der Kläger und Meyer je 80,000 Mk. erhielten. Vorher hatten der Kläger und Meyer auch für das japanische Patent einen Interessenten in der Firma Bume & Reif in

Jokohama gefunden, die für eine Voroption bis zum 1. September 1913 am 23. Juni 1913 1000 Mk. bezahlte. Diese Zahlung erfolgte an den Beklagten persönlich, der sie nicht an den Notar Heinitz weiterleitete. In einem Postskriptum zum Briefe vom 25. September 1913 an den Kläger schrieb der Beklagte darüber: « Herr Meyer hatte die Güte, mich darauf aufmerksam zu machen, dass das Optionsabkommen bezüglich Japan ohne Frage unter den Vertrag Hildebrand-Meyer-Schoop falle und dass das von Herrn Bume eingezahlte Bindungsgeld von 1000 Mk. eigentlich an Herrn Justizrat Heinitz hätte ausbezahlt werden sollen. Es liegt also, wenn sie wollen, meinerseits eine Unterlassungssünde vor, die Sie mir nicht schwarz ankreiden werden und ich hoffe Sie damit einverstanden, wenn ich Ihnen und Herrn Meyer den Betrag von 500 Mk. der Einfachheit halber gutschreibe. Wenn Sie es aber unbedingt wünschen sollten, bin ich natürlich jederzeit bereit, das Geld Herrn Heinitz einzuschicken. » In seiner Antwort auf dieses Schreiben erwähnte der Kläger die Zahlung von 1000 Mk. nicht, sondern bemerkte nur, dass er sich wegen der « Japansache » noch mit Meyer besprechen werde und sich hierin seine Entschliessung vorbehalte. In seinem Schreiben vom 11. November 1913 suchte sodann der Kläger den Beklagten zu bestimmen, mit der Firma Bume & Reif, die die Optionsfrist am 1. September 1913 unbenutzt hatte ablaufen lassen, einen neuen Optionsvertrag abzuschliessen. In diesem Zusammenhange bemerkte er bezüglich der Einzahlung der 1000 Mk.: « Auf Ihr werthes Schreiben über die Provision auf die erste Optionszahlung von Bume & Reif werde ich mich endgültig äussern, nachdem unsere geschäftlichen Angelegenheiten zufriedenstellend erledigt sind. Wenn Sie, wie ich bestimmt erwarte, meinen berechtigten Wünschen entsprechen, denke ich nicht daran, Ihnen diese Sache schwarz anzukreiden ». Mittlerweile hatte der Beklagte an Heinitz zu Händen des Klägers und Meyers 500 Fr. geschickt. In einem Schreiben vom 14. November 1913

an den Beklagten bemerkte Meyer, Heinitz wisse nicht, was er mit diesen 500 Fr. anfangen solle. Es wäre richtiger gewesen, wenn der Beklagte je 250 Mk. (nicht Franken) direkt an ihn und den Kläger geschickt hätte. Gleichen Tags schrieb auch der Kläger dem Beklagten: « Die vertragliche Verpflichtung wird . . . durch Ihre Ueberweisung nicht erfüllt. Sie durften überhaupt das Geld von Bume nicht direkt annehmen, sondern die Firma veranlassen, den ganzen Betrag zu Händen des Justizrates Heinitz zu schicken. Ausserdem hat Bume nicht 1000 Fr., sondern 1000 Mk. gezahlt, Sie haben also noch aufzuklären, weshalb Sie statt 500 Mk. nur 500 Fr. überwiesen. Durch meinen heutigen Brief stelle ich diese Angelegenheit nur der Ordnung halber richtig, denn ich erwarte noch ihre freundliche Nachricht auf mein . . . Schreiben vom 10 dies, in welchem ich die Verlängerung der Option für Bume & Reif anriet. » In diese Verlängerung willigte der Beklagte nicht ein, worauf der Kläger am 17. März 1914 die vorliegende Klage einleitete, mit dem Antrag, der Beklagte sei zur Zahlung von 12,380 Fr. nebst 5% Zins von der Klageeinleitung an zu verpflichten. Zur Begründung dieses Begehrens machte der Kläger hauptsächlich geltend, die Konventionalstrafe von 10,000 Mk. sei verfallen gewesen sofort nachdem der Beklagte in Verletzung der Vorschriften des Vertrages die von Bume & Reif an ihn bezahlten 1000 Mk. behalten und nicht an Heinitz weitergeleitet habe. Ein Verzicht auf die Geltendmachung der Forderung habe weder ausdrücklich noch durch konkludente Handlung stattgefunden. Da der Vertrag in Deutschland abgeschlossen worden und der Erfüllungsort Berlin gewesen sei, komme nicht schweizerisches, sondern deutsches Recht, und zwar § 348 des deutschen Handelsgesetzbuches zur Anwendung, der eine Herabsetzung der Konventionalstrafe ausschliesse. Der Beklagte hat auf Abweisung der Klage geschlossen. Er führte wesentlich aus, die Verletzung des Vertrages sei eine so unbedeutende, dass darauf unmöglich die Konventionalstrafbestimmung

angewendet werden könne; eventuell sei die Konventionalstrafe erheblich herabzusetzen.

B. — Durch Urteil vom 23. Juni 1914 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage für 1000 Fr. nebst Zins zu 5% seit 17. März 1914, zahlbar zum Tageskurs, gutgeheissen, die Gerichtskosten dem Beklagten auferlegt, die Parteikosten dagegen wettgeschlagen.

C. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit den Anträgen, die Klage sei gänzlich gutzuheissen und dem Beklagten für das Verfahren vor Handelsgericht eine Prozessentschädigung zuzusprechen; eventuell sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Bundesgericht zieht

i n E r w ä g u n g :

1. — Es fragt sich in erster Linie, ob die heute allein noch zu entscheidende Frage der Herabsetzung der Vertragsstrafe wegen Uebermässigkeit nach schweizerischem oder deutschem Recht zu beurteilen sei. Dies hängt davon ab, ob Art. 163 Abs. 3 OR als eine um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellte Bestimmung aufzufassen sei; denn es ist ein allgemein anerkannter und selbstverständlicher Grundsatz des internationalen Rechts, dass solche Bestimmungen ausschliessliche Geltung beanspruchen, so wie sie auch im intertemporalen Recht ausschliesslich gelten wollen (vgl. AS 40 II S. 236; ZITELMANN, Internat. Privatrecht I. S. 334; und die in Seufferts Archiv abgedruckte Entscheidung des OLG Hamburg in einem mit der vorliegenden Sache identischen Falle). Als um der öffentlichen Ordnung willen erlassen sind nicht nur diejenigen Vorschriften zu betrachten, die ein öffentliches Interesse schützen wollen, das « die höchsten Güter » des Staates betrifft, dessen Erfüllung zu den « elementarsten Existenzbedingungen » des Staates gehört, ohne dessen Befriedigung « das Staatswohl in seinen Grundpfeilern erschüttert würde » (vgl. GIESKER, Zeit-

schrift f. schweiz. Recht NF Bd. 34 S. 31). Eine solche Auffassung würde die Anwendung des Art. 2 Schl T ZGB auf einige wenige Ausnahmefälle einschränken ; sie wäre aber auch sachlich nicht gerechtfertigt, da der Begriff der öffentlichen Ordnung ein weiterer ist, als derjenige des « Staatswohles ». Eine im Interesse der öffentlichen Ordnung aufgestellte Vorschrift liegt vielmehr schon dann vor, wenn aus ihrer Fassung hervorgeht, dass sie unter allen Umständen Anwendung finden soll, weil sie auf gewissen sozialpolitischen und ethischen Anschauungen des Gesetzgebers beruht, deren Verwirklichung durch die Abmachungen der Parteien nicht soll in Frage gestellt werden können. Dies trifft nicht nur bei gewissen Bestimmungen des Personen- und Familienrechtes zu, sondern auch unbezug auf eine ganze Reihe von Vorschriften des Sachen- und Obligationenrechtes, insbesondere auch hinsichtlich des Art. 163 Abs. 3 OR. Während Art. 182 a OR nur die Befugnis zur Herabsetzung von übermässig hohen Vertragsstrafen vorsah, schreibt Art. 163 Abs. 3 rev. OR vor, dass der Richter solche strafen herabzusetzen hat. Hierbei handelt es sich um eine Weisung des Staates bzw. des Gesetzgebers an den Richter, unter gewissen Voraussetzungen ohne Rücksicht auf die Abmachungen der Parteien einzuschreiten. Wo sich das Gesetz in solcher Weise imperativ an den Richter wendet, kann man es aber nur mit einer Bestimmung zu tun haben, die ausschliessliche Geltung beansprucht. Für diese Auffassung spricht auch die ratio, die dem Art. 163 Abs. 3 OR zu Grunde liegt. Diese besteht zweifellos darin, den wirtschaftlich Schwächeren gegen den Missbrauch der dem wirtschaftlich Stärkeren zustehenden Rechte zu schützen. Wenn auch die Voraussetzungen für das Zutreffen dieses gesetzgeberischen Gedankens im einzelnen Falle vielleicht nicht vorliegen mögen, so verschlägt dies nichts ; der typische Fall, der dem Gesetzgeber bei Aufstellung des Art. 163 Abs. 3 OR vorgeschwebt hat, war doch der, dass sonst mit der Ver-

tragsstrafe zur Unterdrückung der wirtschaftlich Schwachen Missbrauch getrieben werden könnte, da die Verhältnisse nur selten so liegen werden, dass die Vereinbarung der Strafe wegen übermässiger Höhe derselben als gegen die guten Sitten verstossend nichtig erklärt werden kann. Nachdem im ersten Entwurf zum deutschen BGB das Ermässigungsrecht des Richters nicht vorgesehen war, ist denn auch die dieses Recht statuierende Vorschrift des § 343 BGB von der zweiten Kommission nur aus jenen Rücksichten sozialpolitischer und ethischer Natur in das Gesetz aufgenommen worden (vgl. PLANCK, Bürgerliches Gesetzbuch, Anm. 1 zu § 343 ; OERTMANN, Bürgerliches Gesetzbuch, Anm. 1 zu § 343). Auf die gleichen Gründe wird die Moderationsbefugnis des Richters auch in der Literatur zurückgeführt, indem geltend gemacht wird, dass Leichtsinns, Unerfahrenheit oder Not sich zur Zusage übertrieben hoher Konventionalstrafen bereit finden lassen, in der Hoffnung, dass es nicht zum Verfall der Strafe kommen werde. Trete dann dieser Fall doch ein, so erscheine die Befugnis des Richters zur Ermässigung der Busse « als ein von dem sittlichen Bewusstsein gefordertes Ausgleichsmittel gegen den Missbrauch des formalen Rechts » (vgl. HABICHT, Einwirkung des BGB auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, S. 238 f. ; SCHERER, Einführungsgesetz zum BGB. S. 147). Dieser dem sozialen Bewusstsein des Gesetzgebers entsprechende Grundgedanke genügt aber zur Charakterisierung des Art. 163 Abs. 3 OR als einer um der öffentlichen Ordnung willen erlassenen Vorschrift (vgl. AS 39 II S. 250). Wenn gewisse andere Autoren dieser Auffassung entgegengetreten sind, so ist es nur mit Rücksicht darauf geschehen, dass nach deutschem Recht — im Gegensatz zum schweizerischen — die Vertragsstrafe wegen Uebermässigkeit nur insofern herabgesetzt werden kann, als sie nicht unter Kaufleuten verabredet worden ist. Handelt es sich somit bei Herabsetzung der Konventionalstrafe um eine Frage der öffentlichen Ordnung, so ist die vorliegende Streitsache

nach schweizerischem Recht zu beurteilen, auch wenn im übrigen das Rechtsverhältnis der Parteien dem ausländischen Recht unterstände.

2. — Für die Herabsetzung der Konventionalstrafe gemäss Art. 163 Abs. 3 OR ist entscheidend das Mass des Verschuldens des Beklagten an der Nichterfüllung des Vertrages, sowie das Verhältnis der vereinbarten Busse zu dem zu schützenden Interesse. In ersterer Beziehung steht fest, dass der Beklagte kurze Zeit nach Empfang der 1000 Mk. von Bume & Reif, d. h. am 25. September 1913, dem Kläger davon Kenntnis gegeben und sich bereit erklärt hat, 500 Mk. an Heinitz zu senden, wenn nicht der Einfachheit halber Gutschreibung vorgezogen würde. Dass er in der Folge dem Notar Heinitz bloss 500 Franken statt 500 M a r k zukommen liess, ist aller Wahrscheinlichkeit nach lediglich auf ein Versehen seines Bureau-personals zurückzuführen; jedenfalls konnte der Beklagte, nachdem er in seinem Briefe an den Kläger den Empfang von 1000 M a r k von Bume & Reif zugegeben und die Ueberweisung von 500 M a r k bereits in Aussicht gestellt hatte, nicht gemeint haben, sich seiner Verpflichtung durch Zahlung von 500 F r a n k e n entledigen zu können. In der Nichtabgabe der 1000 Mk. an Heinitz kann daher bloss eine V e r z ö g e r u n g in der Erfüllung der dem Beklagten vertraglich auferlegten Verpflichtung erblickt werden, während nur die gänzliche Nichterfüllung, nicht schon der Verzug in der Erfüllung, unter Strafe gestellt sein sollte. Der Kläger hat denn auch, wie aus seinem Verhalten hervorgeht, selber der Unterlassung des Beklagten nur geringe Bedeutung beigemessen. Nachdem er in seinem Briefe an den Beklagten vom 11. November 1913 anfänglich erklärt hatte, er werde ihm die Sache nicht « schwarz ankneiden », ist er erst dann gegen Schoop vorgegangen, als dieser sich weigerte, in die Verlängerung des Optionsvertrages mit der Firma Bume & Reif einzuwilligen. Die Herabsetzung erscheint aber auch mit Rücksicht auf das Verhältnis der verabredeten Strafe zu dem

zu schützenden Interesse gerechtfertigt. Die Einsetzung des Treuhänders erfolgte in erster Linie im Hinblick auf die grossen Zahlungen, die zu erwarten waren. Wenn auch die Verpflichtung zur Abgabe an den Treuhänder für a l l e Zahlungen ohne Unterschied festgesetzt wurde, so folgt daraus doch nur, dass der Beklagte auch die von der Firma Bume & Reif empfangenen 1000 Mk. an Heinitz hätte abliefern sollen und dass durch die Nichterfüllung dieser Verpflichtung die Konventionalstrafe p r i n z i p i e l l verfallen war. Jener Umstand schliesst aber die Annahme nicht aus, dass die Höhe der Busse von den Parteien zur Verhütung der Zurückbehaltung der vertraglich erwarteten g r o s s e n Beträge festgesetzt worden ist, wie sie dem Treuhänder in der Folge z. B. für den Verkauf des englischen Patentes abgeliefert worden sind. Alsdann muss die vereinbarte Konventionalstrafe von 10,000 Mk. auch wegen der in concreto bloss hinsichtlich eines Betrages von 1000 Mk. stattgefundenen Uebertretung des Vertrages als übermässig bezeichnet und die Vertragsverletzung mit den dem Kläger von der Vorinstanz zugesprochenen 1000 Fr. als genügend gerügt betrachtet werden.

Demnach hat das Bundesgericht
e r k a n n t :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 23. Juni 1914 bestätigt.