

kein Anhaltspunkt dafür zu entnehmen ist, dass vor Vertragsabschluss irgend etwas zur Einleitung des Expropriationsverfahrens gegen Ott vorgekehrt worden wäre; daher braucht nicht erörtert zu werden, welche besonderen Rechtsfolgen sich aus dieser Qualifizierung des Vertrages ergäben. Endlich erweist sich auch der Vorwurf offenbaren Rechtsmissbrauches als unbegründet; denn die Klage auf Beseitigung der streitigen Leitungen ist der einzige Rechtsbehelf, welcher dem Kläger zur Seite steht, um der Beklagten die Expropriation aufzunötigen, die allein ihr das Recht auf den Bestand der streitigen Leitungen zu verschaffen vermag.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird begründet erklärt, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. Dezember 1924 aufgehoben und der Hauptklageantrag zugesprochen.

### III. OBLIGATIONENRECHT

#### DROIT DES OBLIGATIONS

#### 30. Urteil der I. Zivilabteilung vom 17. Februar 1925

i. S. Weibel gegen J. Haab & Söhne.

Art. 20 OR. Verpflichtung eines Bäckers in einem Darlehensvertrag, während 10 Jahren seinen ganzen Mehlbedarf bei einer bestimmten Mühle zu decken; es liegt hierin kein Verstoß gegen die guten Sitten. — Verhältnis von Art. 20 OR zu Art. 21 OR.

Art. 163 Abs. 3 OR: Kriterien für die Herabsetzung einer übermäßig hohen Konventionalstrafe.

A. — Der Beklagte Weibel übernahm im Jahr 1920 die Bäckerei in Dallenwil. Da er für die Ausgestaltung des Betriebs Geld nötig hatte, gewährten ihm die Kläger,

J. Haab & Söhne, Neumühle Baar, am 1. Dezember 1922 ein « zum üblichen Zinsfuß », für einmal 5½%, verzinsliches, in jährlichen Raten von 500 Fr. rückzahlbares Darlehen von 5000 Fr.; die Fälligkeit der ersten Rate war auf den 1. Dezember 1923 festgesetzt. Als Deckung für das jeweilige Guthaben der Kläger verpfändete der Beklagte denselben zwei Schuldbriefe von 3000 Fr. bzw. 4000 Fr. « auf Haus Nr. 111 in Dallenwil, Vorgang 17,900 Fr. bzw. 20,900 Fr. ».

Auf demselben Bogen, wie der Schuldschein (« Obligo ») und die Faustpfandverschreibung, findet sich ein, vom Beklagten ebenfalls unterzeichneter « Verpflichtungsschein » folgenden Inhalts:

« ... (Darlehensgewährung)... Als teilweise Gegenleistung verpflichtet sich Herr Jakob Weibel und » seine Angehörigen, indem er für einen Mindestbezug » von 1200 Ztr. pro Jahr garantiert, sämtliches Mehl, » welches er oder seine Rechtsnachfolger zum Backen » oder Verkaufen nötig haben und gleichgültig wo sie » eine Bäckerei betreiben, von J. Haab & Söhne oder » deren Anweisung zu beziehen und jeweilen den bezogenen » Posten Mehl zu bezahlen, bevor ein zweiter abgerufen wird.

» Diese Verpflichtung wird von dem Unterzeichneten für die Dauer von 10 Jahren eingegangen und » dauert somit bis 1. Dezember 1932.

» Im Falle der Verpflichtete dennoch von anderer » Seite Mehl bezieht, hat er 1 Fr. per Zentner des von » anderer Seite bezogenen Mehles an J. Haab & Söhne » zu bezahlen. Das Gleiche gilt für den Fall, dass er » weniger als das garantierte Mindestquantum bezieht, » d. h. er hat für jeden Zentner Minderbezug als 1200 Ztr. » 1 Fr. per Zentner zu bezahlen. »

Ferner werden im Falle des Nichtbezuges des festgesetzten Mindestquantums, der Nichtbezahlung der fälligen Fakturen, nicht pünktlicher Entrichtung der verfallenen Kapitalzinsen und Abzahlungen oder « wenn

die Liegenschaft oder Bäckerei allein ohne vorherige Zustimmung von J. Haab & Söhne verkauft oder verpachtet werde», diese als berechtigt erklärt, das Darlehen ganz oder teilweise zur sofortigen Rückzahlung zu kündigen, ohne dass dadurch an der Dauer der Mehlbezugsverpflichtung etwas geändert würde. Wünsche der Schuldner eine «Verlängerung der Darlehensrückzahlung» und seien die Geldgeber damit einverstanden, so sei die Verpflichtung für Mehlbezug um die entsprechende Zeit verlängert. Im übrigen seien J. Haab & Söhne verpflichtet, dem Weibel das Mehl in gleicher Qualität und Güte, wie ihrer übrigen Bäckerkundschaft, zu liefern.

Auch im «Obligo» ist bestimmt, dass (in Bezug auf das Darlehen) «eventuell die Abzahlungsbedingungen des Mehlverpflichtungsvertrages in Kraft treten» und weiterhin, dass es dem Schuldner gestattet sei, grössere Abzahlungen zu machen, als die vorgesehenen, ohne dass jedoch die Dauer der Mehlverpflichtung dadurch berührt würde.

B. — Am 10. Januar 1924 kündete der Beklagte das Darlehen auf Ende Februar 1924; auf diesen Zeitpunkt stellte er den Klägern die 5000 Fr., nebst  $5\frac{1}{2}\%$  Zins vom 1. Dezember 1923 bis dahin zur Verfügung, gegen Rückgabe des «Obligos» und der Faustpfänder, ebenso den Restpreis der in den Monaten Januar und Februar 1924 bezogenen 173 Zentner Mehl, welcher unbestrittenermassen 4715 Fr. beträgt.

Die Kläger stellten sich mit Zuschrift vom 26. April 1924 auf den Standpunkt, dass sie den Schuldschein und die Faustpfänder nur herausgeben, wenn der Beklagte die verbindliche Erklärung abgebe, dass er den Mehllieferungsvertrag halte.

C. — Da der Beklagte sich dessen weigerte und schon Ende Februar 1924 die Mehlbezüge eingestellt hatte, hoben die Kläger beim Kantonsgericht von Nidwalden die vorliegende Klage an, mit den Rechtsbegehren, der Beklagte sei zu verurteilen:

a) den restanzlichen Mehlpreis von 4715 Fr., nebst

5 % Zins seit 17. März 1924 für die eine und seit 15. April 1924 für die andere Lieferung zu bezahlen;

b) den Mehllieferungsvertrag bis 1. Dezember 1932 in allen Teilen zu halten, eventuell als Konventionalstrafe wegen Nichthaltung desselben bis zum Endtermin den Betrag von 10,627 Fr. zu bezahlen (nämlich 1027 Fr. für die pro 1924 nicht bezogenen 1027 Zentner und je 1200 Fr. für das Pflichtquantum von 1925 bis 1932);

c) das «Obligo» von 5000 Fr. mit Zins zu  $5\frac{1}{2}\%$  seit 1. Dezember 1923 anzuerkennen.

D. — Der Beklagte beantragte, die Klagebegehren seien, «soweit sie den Mehlpreis von 4715 Fr., sowie das Obligo von 5000 Fr. mit Zins zu  $5\frac{1}{2}\%$  vom 1. Dezember 1923 bis 29. Februar 1924 übersteigen» abzuweisen, und die Kläger seien zu verhalten, die bezüglichlichen, auf der Nidwaldner Kantonalbank deponierten Beträge gegen Rückgabe der verpfändeten Schuldbriefe in Empfang zu nehmen.

Zur Begründung des Begehrens um Abweisung des Hauptklagebegehrens b) machte der Beklagte geltend, die Mehllieferungsverpflichtung sei nach Art. 20 und 21 OR ungültig, weil sie gegen die guten Sitten verstosse und eine wucherische Ausbeutung darstelle; aus den nämlichen Gründen könne auch die Konventionalstrafe nicht gefordert werden, eventuell sei sie, weil übermässig, bedeutend herabzusetzen.

E. — Das Kantonsgericht Nidwalden erkannte am 15. Oktober 1924:

» 1. Der mit den Klägern am 1. Dezember 1922 abgeschlossene Mehllieferungsvertrag ist zu halten. Die » Konventionalstrafe wird auf 50 Rp. pro Zentner » reduziert. Es ist dem Beklagten freigestellt, im Falle » Nichthaltens des Vertrages die Konventionalstrafe je » auf den 1. Dezember des betreffenden Vertragsjahres, » oder in einer Aversalsumme gegen  $5\frac{1}{2}\%$  Zinsrück- » vergütung früher zu bezahlen.

» 2. Für die Konventionalstrafe besteht die Pfand- » haft nicht.

» 3. Die Klagebegehren *a* und *c*, letzteres mit Zins » bis 29. Februar 1924, sind vom Beklagten anerkannt. » Darüber hinausgehende Begehren werden abgewiesen. »

*F.* — Auf Appellation beider Parteien hin hat das Obergericht Nidwalden dieses Urteil am 11. Dezember 1924 in vollem Umfange bestätigt. .

*G.* — Gegen das Urteil des Obergerichts hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag, die Klagebegehren seien, soweit nicht anerkannt, abzuweisen, eventuell: die Konventionalstrafe sei auf höchstens 10 Rp. per Zentner Mehl herabzusetzen.

*H.* — Die Kläger haben sich der Berufung angeschlossen und vollständige Guttheissung des Klagebegehrens *b* beantragt.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — Streitig ist nur noch die Frage, ob der Beklagte die Mehlobligation zu halten, eventuell die vereinbarte Konventionalstrafe zu bezahlen habe, und wenn ja, ob die Konventionalstrafe herabzusetzen sei, allenfalls in welchem Umfange? . . .

2. — Die Einwendung, das zwischen den Parteien abgeschlossene Geschäft sei ein wucherisches im Sinn von Art. 21 OR, ist schon deshalb zurückzuweisen, weil nach den Feststellungen der Vorinstanz nicht gesagt werden kann, dass der Vertrag, und speziell die Mehlobligation, unter Ausbeutung der Notlage oder der Unerfahrenheit des Beklagten zustande gekommen sei. Die Vorinstanz führt aus, es liege in tatsächlicher Hinsicht für die Annahme einer Notlage nichts vor, wie denn auch der Beklagte nach seiner eigenen Darstellung das Geld für die Ausgestaltung des Bäckereibetriebs, nicht um sich aus einer kritischen Lage zu befreien, verwenden wollte. Andererseits bezeichnet die Vorinstanz aus eigener Kenntnis den Beklagten als einen intelligenten und strebsamen Mann, der imstande

sei, die Tragweite der eingegangenen Verpflichtungen vollständig zu ermessen. Dafür, dass er, wie er in der Klageantwort behauptet, von den Klägern überrumpelt worden sei und den « Verpflichtungsschein » vor der Unterschrift nicht einmal gelesen habe, bieten die Akten keinen Anhaltspunkt. Von einer Anwendung des Art. 21 OR könnte sodann schon deswegen nicht die Rede sein, weil der Beklagte nicht, wie es das Gesetz verlangt, innert Jahresfrist seit Vertragsabschluss erklärt hat, dass er den Vertrag nicht halte, sondern erst 13½ Monate nachher.

3. — Es fragt sich weiter, ob die Verpflichtung, den ganzen Mehlobligation während 10 Jahren bei der nämlichen Mühle zu decken, mit Festsetzung eines Mindestquantums von 1200 Zentnern per Jahr, gegen die guten Sitten verstosse, und deshalb nach Art. 20 OR nichtig sei? Hiebei ist vorzuschicken, dass, wenn auch nach dem Wortlaut des « Verpflichtungsscheins » die Mehlobligation sich auf die « Angehörigen » und die « Rechtsnachfolger » des Beklagten erstreckt und unabhängig ist vom Orte, wo die Bäckerei betrieben wird, die Vertragsmeinung doch nicht die ist, dass der Beklagte auch für einen Angehörigen, der während der 10 Jahre irgendwo eine Bäckerei betreibt, gebunden sein soll, sondern nur, falls der Angehörige das Geschäft fortführen sollte. Die Ausdehnung auf den Rechtsnachfolger steht im Zusammenhang mit der Bestimmung, dass der Beklagte die Bäckerei nicht ohne Zustimmung der Kläger verkaufen oder verpachten darf. Wenn aber der Erwerber die Verpflichtung auf sich nähme, so bliebe nicht zugleich der Beklagte daran gebunden, falls er an einem andern Orte eine neue Bäckerei betreiben würde. Der Vertreter der Kläger hat heute bestätigt, dass eine solche Verdoppelung der Verpflichtung nicht der Sinn des Vertrages sei.

In der zehnjährigen Gebundenheit eines Bäckers an eine bestimmte Mühle ist nun zwar eine erhebliche

Einengung seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit zu erblicken, die geeignet ist, sich in hemmender und lästiger Weise zu äussern, indem der Bäcker sich gegenüber dem Müller in einem ganz anderen Abhängigkeitsverhältnis befindet, als ein freier Kunde: er kann nicht bezüglich des Preises und der Qualität der Ware die Konkurrenz ausnützen, weder den Lieferanten wechseln, noch die Bestellungen verteilen. Dazu kommt, dass der Beklagte angesichts der Pflicht, die Zustimmung der Kläger zum Verkauf des Geschäfts einzuholen, praktisch die Bezugsverpflichtung dem Erwerber überbinden müsste, was einen Verkauf erschweren würde. Daraus folgt aber noch nicht, dass eine solche ausschliessliche Bezugsverpflichtung gegen die guten Sitten verstosse. Im heutigen Geschäftsleben kommen weitgehende, persönliche und namentlich wirtschaftliche Bindungen der Bewegungsfreiheit, insbesondere auch in Form der Verkettung der gegenseitigen Interessen der Kontrahenten vor, die nicht als anstössig erscheinen. Es kommt darauf an, ob die Bindung das zulässige Mass überschreite, was in zeitlicher, örtlicher oder sachlicher Beziehung, oder in verschiedenen Beziehungen zugleich der Fall sein kann, ob der Verpflichtete im Freiheitsgebrauche in einem, das sittliche Gefühl verletzenden Grade im Sinn von Art. 27 Abs. 2 ZGB beschränkt sei. Die Beschränkung der wirtschaftlichen Persönlichkeit wird speziell dann zu einer unsittlichen, wenn sie die Grundlagen der wirtschaftlichen Existenz des Verpflichteten gefährdet, wobei naturgemäss der Umstand wesentlich ins Gewicht fällt, ob der Verpflichtung eine Gegenleistung gegenübersteht (vergl. BGE 40 II 240, OSER, Komm. Anm. IV 2 zu Art. 20 OR S. 89 f.; BECKER, Anm. 19 zu Art. 19 OR).

4. — Die Verpflichtung des Beklagten ist sowohl zeitlich als auch örtlich angemessen beschränkt. Die Bindung auf 10 Jahre hinaus mag als verhältnismässig lang erscheinen; als übermässig kann sie umsoweniger

angesehen werden, als das Darlehen für die nämliche Dauer gewährt wurde und sogar die Möglichkeit einer Erstreckung derselben vorgesehen war. Im übrigen erklärt ja Art. 351 OR den Abschluss eines Rechtsgeschäfts mit weit stärkerer persönlicher Bindung, des Dienstvertrages, auf 10 Jahre als zulässig. Ferner fällt in Betracht, dass nach der für das Bundesgericht verbindlichen Feststellung der Vorinstanz in keiner Weise bewiesen ist, dass der Beklagte nicht ebenso gut und zu gleichen Preisen bedient worden sei, wie die übrige Kundschaft der Kläger. Der Beklagte macht indessen mit Nachdruck geltend, dass zwischen den von ihm übernommenen Verpflichtungen und der Gegenleistung der Kläger ein offenes Missverhältnis bestehe, indem die Kläger für das in der Gewährung des Darlehens liegende Risiko durch die ausbedungenen Sicherheiten mehr als genügend gedeckt gewesen seien, sodass es an einem Äquivalent für die Mehlbezugsverpflichtung fehle. Allein der « Verpflichtungsschein » selbst bezeichnet die Pflicht des Beklagten zum ausschliesslichen Mehlbezug bei den Klägern als « teilweise Gegenleistung » für das Darlehen; dass dem so ist, ergibt sich auch insbesondere daraus, dass die Dauer des Darlehens mit derjenigen der Mehlverpflichtung genau übereinstimmt. Ob und inwiefern die Leistungen des Beklagten in einem « offenen Missverhältnis » zu den Gegenleistungen der Kläger stehen, ist nicht zu untersuchen. Denn selbst wenn ein derartiges Missverhältnis erwiesen wäre, würde dieses Merkmal, das im Zusammenhang mit den subjektiven Voraussetzungen der Übervorteilung den Tatbestand des Art. 21 OR ausmacht, nach der Praxis des Bundesgerichts nicht genügen, um die Mehlbezugsverpflichtung in Anwendung des Art. 20 OR als nichtig zu erklären, sondern es bedürfte dazu eines besonderen Grundes, der nicht schon in einem Missverhältnis zwischen den beiderseitigen Leistungen gefunden werden darf (vergl. BGE 43 II 806 f.). Ein

solcher Grund kann auch nicht darin erblickt werden, dass der Beklagte das Darlehen vorzeitig ganz zurückbezahlt hat und infolgedessen die Gegenleistung der Kläger dahingefallen ist, weil es durchaus im Belieben des Beklagten stand, ob er die Darlehenssumme vorzeitig zurückerstatten wolle oder nicht. Wenn er sich entschlossen hat, von diesem ihm eingeräumten Rechte Gebrauch zu machen, so konnte er darüber nicht im Unklaren sein, dass durch die freiwillige, vorzeitige Rückzahlung die Dauer der Mehlverpflichtung so wenig berührt werde, als durch eine vorzeitige Kündigung des Darlehens seitens der Kläger; denn im Vertrag war das deutlich gesagt, und es muss angenommen werden, dass der Beklagte imstande war, die Tragweite dieser Bestimmung ebenso gut zu ermessen, wie diejenige der ihm sonst zugemuteten Verpflichtungen. Andererseits geht gerade daraus, dass er das Darlehen schon nach so kurzer Zeit zurückzahlen konnte, hervor, dass von einer erheblichen Erschwerung seines Fortkommens oder gar von einer Gefährdung seiner wirtschaftlichen Existenz jedenfalls im Zeitpunkt der Rückzahlung nicht gesprochen werden konnte.

5. — Ist also die vom Beklagten eingegangene Mehlbezugsverpflichtung als gültig zu betrachten, so fällt auch die Anfechtung der Konventionalstrafe dahin, soweit sie sich auf Art. 163 Abs. 2 OR gründet. Es fragt sich nur noch, ob eine Herabsetzung der Konventionalstrafe im Sinn von Art. 163 Abs. 3 sich rechtfertigt. Nach feststehender bundesgerichtlicher Praxis ist hiebei in erster Linie auf das Verhältnis der Konventionalstrafe zu dem durch sie zu schützenden Interesse abzustellen (vergl. BGE 39 II 585; 40 II 232, 477). Da jedoch das Gesetz den Richter hinsichtlich der Frage, ob eine Konventionalstrafe als « übermässig hoch » zu betrachten sei, auf sein Ermessen verweist, muss er auch die sonstigen Umstände des Falles berücksichtigen, also u. A. die finanzielle Leistungsfähigkeit und wirtschaftliche

Abhängigkeitsstellung des Verpflichteten würdigen (vergl. BGE 40 II 478, OSER Anm. 3 i. f. zu Art. 163 OR, BECKER, Anm. 13 f. *ibid.*), um, wie Art. 4 ZGB es ihm zur Pflicht macht, seine Entscheidung « nach Recht und Billigkeit » zu treffen. Es kann nicht gesagt werden, dass die Vorinstanz diese bundesrechtlichen Grundsätze verletzt habe, wenn sie in Anbetracht einerseits der Strenge der Vertragsbedingungen und der Geringfügigkeit der von den Klägern in Kauf genommenen Gefahr, andererseits des Umstandes, dass der Beklagte bei Verurteilung zur Zahlung der vollen Konventionalstrafe in eine Notlage versetzt würde, zu einer Ermässigung der Konventionalstrafe um die Hälfte, d. h. auf 50 Rp. für jeden nicht bezogenen Zentner Mehl gelangt ist.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Hauptberufung und die Anschlussberufung werden abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Nidwalden vom 11. Dezember 1924 wird bestätigt.

**31. Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. Februar 1925**  
i. S. Maire gegen Lindt & Peter.

**Liegenschafts Kauf:** Teilweise Leistungsunmöglichkeit des Verkäufers zufolge eines Brandes. Pflicht des Verkäufers zur Herausgabe der Versicherungsentschädigung an den Käufer. Art. 119 OR.

A. — Durch öffentlich beurkundeten Vertrag vom 16. April 1924 verkaufte der Beklagte Maire der Klägerin, Firma Lindt & Peter, eine Liegenschaft an der Bahnhofstrasse in Biel im Halte von 2,38 Aren mit Wohnhaus (Nr. 33) und Atelier (Nr. 31) im Grundsteuerschätzungswerte von 64,740 Fr. um den Preis von 90,000 Fr. Die beiden Gebäude Nr. 33 und 31 waren um 33,300 Fr. brandversichert. Die Käuferin übernahm auf Rechnung der Kaufsumme 2 Schuldbriefe im I.