

verlauten lassen, lag die Annahme nahe, und waren die Beklagten zu derselben berechtigt, dass die Kläger bei Zusprechung der geforderten beträchtlichen Pauschalsumme sich als voll entschädigt betrachteten und auf weitere Forderungen, insbesondere auf Geltendmachung von Verzugszinsen, verzichteten.

Der Erlass lag aber so sehr im Interesse der Beklagten, dass ihr Stillschweigen unbedingt als Zustimmung ge- deutet werden muss. Damit war der Erlass des Zins- anspruchs verbindlich zustande gekommen, und es konnte hieran der Vorbehalt, den die Kläger erst volle 6 Jahre später, in dem nach dem bundesgerichtlichen Rück- weisungsurteil durchgeführten neuen kantonalen Ver- fahren, vor der obern Instanz gemacht haben, nichts mehr ändern. Die Beklagten scheinen zwar gegen diesen nachträglichen Vorbehalt nichts eingewendet zu haben ; doch vermag dieser Umstand allein die Annahme eines Verzichts nicht zu entkräften, wie strenge es auch im übrigen mit der Annahme eines Erlasses durch konkludente Handlungen zu nehmen ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 11. September 1925 bestätigt.

39. Urteil der I. Zivilabteilung vom 10. Mai 1926
i. S. Högger gegen Bernet.

Konventionalstrafe. Herabsetzung. OR 163 III. Bei der Frage der Übermässigkeit ist nicht schlechthin auf die Höhe der Interessen abzustellen, die bei Aufstellung des Verbotes ins Auge gefasst wurden, sondern es ist auch in Betracht zu ziehen, in welchem Umfang diese Interessen durch das verbotswidrige Ver- halten verletzt worden sind.

A. — Der Kläger Högger hatte dem Beklagten Johann Bernet im September 1921 seine Liegenschaft mit Bäckerei in Riggenswil verkauft, und kaufte sie dann am 3. Januar 1922 von diesem wieder zurück (mit einem Mehrpreis von 12,000 Fr.). Dabei verpflichtete sich der Beklagte, laut einer dem Kläger am gleichen Tage ausgestellten « Bescheinigung » : « dass er ihm als Rück- käufer seiner Liegenschaft in Riggenswil in keiner Weise Konkurrenz machen wolle, bei einer Busse von 10,000 Fr. auf die Dauer von 10 Jahren. » (Beigefügt ist : « für das Dorf Flawil kommt diese Verpflichtung nicht in Betracht, und ist die Grenze bei Lindenhof-Botsberg. »)

Am 31. Januar 1925 kaufte sodann ein Albert Wigert die Bäckerei zur Luxburg in Nieder-Uzwil, welche Ortschaft innerhalb des vom Konkurrenzverbot be- troffenen Gebietes liegt. Er verkaufte sie aber schon am 9. Mai 1925 an Paul Bernet (dass dieser mit dem Beklagten verwandt sei, ist nicht behauptet). Der Beklagte betätigte sich in verschiedener Weise sowohl bei der Herrichtung dieser Bäckerei, als bei deren Betrieb, und endlich bezüglich ihres Weiterverkaufs an einen Liebhaber in Chur, namens Bänziger. Aus den Zeugen- aussagen und teilweise auch aus den eigenen Angaben des Beklagten geht hervor, und wird von der ersten Instanz festgestellt, dass er, während Wigert Besitzer war, mindestens die halbe Zeit sich auf der Luxburg aufhielt, daselbst Maler- und Maurerarbeiten ausführte,

und zeitweilig auch in der Backstube mithalf, z. B. beim Kneten, Bereiten von Konditoreiwaren usw., ferner dass er einige Male in dem Umkreis, den er früher von Riggenswil aus besucht hatte und wo die Kunden ihn kannten, mit dem Brotwagen fuhr, endlich dass der in der Bäckerei zur Luxburg angestellte Lehrbursche beim Kundensuchen, insbesondere in Bichwil (das zum engsten Kundenkreis des Klägers gehört) die Leute aufmerksam machte, dass der Beklagte auf der Luxburg sei.

B. — Der Kläger erklärte nun die Konventionalstrafe von 10,000 Fr. als verfallen, und klagte sie mit der vorliegenden Klage ein, indem er behauptete, der Beklagte habe bei der Erwerbung der Bäckerei zur Luxburg den Wigert als seinen Strohmann vorgeschoben; wirklicher Eigentümer und Betriebsführer sei er selbst gewesen; und er habe auch durch seine gesamte Tätigkeit, insbesondere durch Kundengewinnung, das Konkurrenzverbot übertreten.

Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage. Er bestritt, an dem Ankauf und dem Betrieb des Geschäfts in der Luxburg beteiligt gewesen zu sein und behauptete, seine dortige Tätigkeit habe sich auf untergeordnete Arbeiten beschränkt, welche nicht als Übertretung des Konkurrenzverbotes angesehen werden können.

C. — Während die erste Instanz die Klage im reduzierten Betrage von 2000 Fr. geschützt hatte, sprach das thurgauische Obergericht durch Urteil vom 28. Januar 1926 dem Kläger 5000 Fr. nebst 5 % Zins seit 15. Mai 1925 zu. Es stellt zunächst fest, ein « rechtsgenügender Beweis » dafür, dass eigentlich der Beklagte das Geschäft in der Luxburg gekauft und verkauft habe, und Wigert dabei nur sein Strohmann gewesen sei, sei nicht erbracht; ebenso nicht dafür, dass zwischen den Beiden ein Abkommen getroffen worden sei, wornach der Beklagte direkt oder indirekt an dem Heimwesen mitinteressiert sein sollte. Mehrere Momente lassen

es zwar als zur Wahrscheinlichkeit bewiesen erscheinen, dass der Beklagte « Mitinteressent » an jenem Objekte gewesen sei; doch habe der Kläger auf ein Schiedshandsgelübde des Beklagten ausdrücklich verzichtet, und so liege ein voller Beweis zugunsten des Klägers für diese seine Behauptung nicht vor. Dagegen sei mindestens der Beweis dafür zur vollen Überzeugung des Gerichts erbracht, dass sich der Beklagte in einer, gegen das Konkurrenzverbot verstossenden Weise und gegen Treu und Glauben im Geschäfte des Wigert betätigt habe. An und für sich, und namentlich auch im Hinblick darauf, dass der Beklagte kurz vorher durch den Wiederverkauf der Bäckerei in Riggenswil an den Kläger einen auffallend hohen Gewinn in sehr kurzer Zeit erzielt habe, erscheine die Konventionalstrafe nicht als übersetzt; doch rechtfertige sich die Herabsetzung auf die Hälfte mit Rücksicht darauf, dass dem Kläger aus dem Verhalten des Beklagten immerhin ein nur untergeordneter Schaden erwachsen sei.

D. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag, die Klage sei in vollem Umfange zu schützen, eventuell es sei die von der Vorinstanz zugesprochene Summe angemessen zu erhöhen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Es fragt sich in erster Linie, ob überhaupt eine Herabsetzung der Konventionalstrafe zulässig sei. Die Voraussetzung dafür bildet nach Art. 163 Abs. III OR, dass sie « übermässig hoch » sei. Die Vorinstanz hat gefunden, dass dies « an und für sich » hier nicht zutrefte, und es ist ihr beizustimmen, wenn hierunter verstanden wird, dass die Vereinbarung in der Höhe von 10,000 Fr. durch das Interesse wohl gerechtfertigt sein mochte, welches der Kläger an dem Schutz dagegen haben konnte, dass der Beklagte ihm Konkurrenz mache, d. h. als Mitbewerber in seinem Kundenkreis auf-

trete. Nun ist aber das vereinbarte Verbot eben nicht auf einen derartigen, eigentlichen Wettbewerb beschränkt; mit den Worten « in keiner Weise » ist ausgedrückt, dass auch blosser Begünstigung oder Nebenbetätigung auf dem Gebiet der Konkurrenz, z. B. durch berufliche Wirksamkeit in einem andern Geschäft, oder durch finanzielle Unterstützung eines solchen, unter das Verbot fallen soll. Eine derartige indirekte Betätigung kann an sich in ihren Wirkungen, je nach den Umständen, den Interessen des Berechtigten ebenso schaden, wie eigener Wettbewerb; sie kann aber auch weniger gefährlich oder schädigend sein, und es kann sich demgemäss ereignen, dass das dem Beklagten zur Last fallende Verhalten zwar eine Übertretung des Konkurrenzverbots darstellt, aber doch nur einen solchen Eingriff in die Rechtssphäre des Klägers bedeutet, dessen Ahndung mit der vereinbarten Strafe als eine übermässige empfunden werden muss. Die Frage der Übermässigkeit ist daher nicht schlechthin danach zu beurteilen, welche Höhe die Interessen erreichen mochten, die bei der Abfassung des Verbots ins Auge gefasst werden konnten und wurden, sondern es ist dabei auch in Betracht zu ziehen, in welchem Umfange diese Interessen durch das dem Beklagten zur Last fallende Verhalten tatsächlich verletzt worden sind; wenn der Betrag der verfallenen Strafe in keinem vernünftigen Verhältnis zum Schaden des Gläubigers steht, so erscheint die Strafe als eine übermässige, und ist deshalb nach Art. 163 Abs. III OR herabzusetzen, ebenso wie in dem Falle, wo die Parteien von Anfang an die in Betracht kommenden Interessen unrichtig geschätzt haben (vgl. v. TUHR OR II S. 671).

2. — Hievon ausgegangen ist es für die Beurteilung des vorliegenden Falles von entscheidender Bedeutung ob mit dem Kläger anzunehmen sei, der Beklagte habe in Wirklichkeit das Geschäft zur Luxburg für eigene Rechnung erworben und betrieben, bzw. sich

daran beteiligt, oder ob ihm lediglich diejenige Tätigkeit zur Last falle, welche die Vorinstanz als « rechtsgenügend » bewiesen bezeichnet hat. Die Entscheidung dieser Frage wird vom kantonalen Beweisrecht beherrscht, und es kann hinsichtlich derselben von einer Verletzung von Bundesrecht nicht gesprochen werden. In Bezug auf das Verhältnis des Beklagten zu Wigert handelt es sich für den Richter nicht darum, aus dem Verhalten des einen und des andern Schlüsse auf den Inhalt der zwischen ihnen getroffenen Vereinbarungen zu ziehen, sondern darum, ob überhaupt Vereinbarungen getroffen worden seien, die eine Beteiligung des Beklagten zum Gegenstand haben könnten. Da die Feststellung der Vorinstanz, dass der Beweis hierfür nicht hinreichend geleistet sei, weder mit den Akten, noch mit den Grundsätzen über die Verteilung der Beweislast im Widerspruch steht, ist das Bundesgericht an diese Feststellung gebunden.

3. — Wenn man sich aber bloss solche Konkurrenzhandlungen, die gemäss dieser kantonalrechtlichen Feststellung dem Beklagten wirklich zur Last gelegt werden können, als den Gegenstand des Verbots denkt, so erscheint die vereinbarte Konventionalstrafe als beträchtlich übersetzt. Ein erhebliches Interesse des Klägers kann überhaupt nur angenommen werden bezüglich derjenigen Tätigkeit des Beklagten, in der er seine beruflichen Kenntnisse und Fertigkeiten bewähren konnte, und ferner hinsichtlich seiner Berührung mit dem Publikum. Als wesentlich kommt wohl nur in Betracht die Mithilfe bei Anfertigung von Konditoreiwaren, und sodann die Verbreitung des Gerüchts dass der Beklagte auf der Luxburg sei, das der Beklagte zwar nicht selbst ausgestreut hat und nicht hat austreuen lassen, wozu er aber durch seine Betätigung und seinen Aufenthalt auf der Luxburg Anlass gegeben hat. Als selbständige verbotswidrige Handlung erscheint auch der Brief des Beklagten an Bänziger nicht; denn eine

Konkurrenzausübung lag in der Verkaufsvermittlung für einen Dritten an sich nicht.

Dass der dem Kläger zugefügte Schaden nicht bedeutend war, haben beide kantonalen Instanzen festgestellt, und es stimmt damit auch die Haltung der Parteien im Prozess überein. Der Schaden ist darnach durch den zugesprochenen Betrag von 5000 Fr. reichlich gedeckt. Auf den vom Beklagten durch den Wiederverkauf der Bäckerei an den Kläger erzielten, ausserordentlichen Gewinn darf nicht abgestellt werden, da dieser Gewinn und die Konventionalstrafe in keinem Zusammenhang stehen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 28. Januar 1926 bestätigt.

40. Urteil der I. Zivilabteilung vom 18. Mai 1926

i. S. Erben Bodmer gegen Schöffter.

Ungerechtfertigte Bereicherung: Klage auf Rückerstattung von pränumerando bezahlten Zinsen wegen vorzeitiger Tilgung der Darlehensschuld. Begriff des Zinses.

A. — Der Kläger Schöffter benötigte für den Umbau seines Hauses Bahnhofstrasse 83 in Zürich Geld und traf im Januar 1920 mit J. A.-W. Bodmer eine Vereinbarung, wonach dieser sich verpflichtete, ihm ein auf 5 Jahre festes Darlehen im Betrage von 300,000 Fr. zu gewähren, gegen Übergabe eines auf dem Hause des Klägers zu errichtenden sechsprozentigen Inhaberschuldbriefes von 300,000 Fr. zu Faustpfand. Nach vollständiger Ausbezahlung der Darlehenssumme — die sukzessive zu geschehen hatte — sollte der Schuldbrief in das Eigentum des Darleihers übergehen. Über die Verzinsung bestimmte Bodmer in seinem Bestätigungsschreiben vom 15. Januar 1920: «Der Zins beträgt $8\frac{1}{2}$ %, wovon

6% im Schuldbrief erscheinen, die halbjährlich am 31. Januar und 31. Juli zahlbar sind..... Die übrigen $2\frac{1}{2}$ % kürze ich auf meiner Auszahlung, wie beim letzten Geschäft.» Durch Gegenbestätigung vom 19. Januar 1920 erklärte sich der Kläger damit einverstanden.

In der Folge erhöhte Bodmer — mit Zustimmung des Klägers — den Abzug von $2\frac{1}{2}$ % auf 3%. Mit Schreiben vom 31. Dezember 1920 stellte er fest, dass seine Zahlungen auf diesen Tag 160,000 Fr. ausmachen: «vom 31. Januar 1921 auf vier Jahre fest, ohne weitere Kündigung am 31. Januar 1925 zurückzuzahlen und bis dahin halbjährlich am 31. Juli und 31. Januar à 6% per Jahr zu verzinsen.»

Für die restierenden 140,000 Fr. vereinbarten die Parteien, dass die fünfjährige Darlehensdauer nicht schon am 31. Januar 1925, sondern erst am 1. März 1926 zu Ende gehen sollte. Am 3. März 1921 stellte Bodmer dem Kläger folgende Abrechnung per 1. März zu:

«Am 12. Februar 1921 zahlte ich Ihnen	Fr. 12,869.80
hiezukommt Zins und Bankkommission	
bis 1. März	» 57.90
Am 1. März übergab ich Ihnen Check	
von	» 20,000.—
dazu 3% Bankkommission für 5 Jahre	» 4,939.15

Sie schulden mir am 1. März 1921 . . . Fr. 37,866.85» wofür der Kläger am 5. März den «Richtigbefund» erstattete. Bis zum 31. Juli 1921 ergänzte Bodmer seine Zahlungen bis auf die erwähnte Summe von 140,000 Fr., was er dem Kläger mit Schreiben von diesem Tage bestätigte. In seiner Aufstellung rechnete er in diese Summe u. a. folgenden Posten ein: «12,038 Fr. 20 Cts. als Kommission auf 89,171 Fr. 85 Cts. vom 31. Juli 1921 bis 1. März 1926.»

Mit Zuschrift vom 22. September 1924 teilte ihm der Kläger mit, dass er am 31. Januar 1925 die ganze Schuld von 300,000 Fr. zurückzahlen werde, womit sich Bodmer am 24. September einverstanden erklärte. Am 20. Januar