

sa propre faute, car le demandeur devait connaître l'erreur dans laquelle se trouvait la défenderesse (art. 23 CO). A cet égard, il faut tenir compte non seulement du contenu de la lettre du 14 juillet, mais aussi du fait que la défenderesse n'a pas cherché à connaître les hôtels pour lesquels l'annonce devait paraître. Cette circonstance aurait dû éveiller l'attention du demandeur, et la bonne foi qui doit présider aux rapports entre parties exigeait qu'il cherchât à élucider cette question.

Quel que soit donc le point de vue auquel on se place, la demande apparaît comme dénuée de fondement.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt de la Cour de Justice civile du canton de Genève du 16 décembre 1911 est confirmé dans toute son étendue.

17. Urteil vom 8. März 1912 in Sachen

Favre & Cie, Kl. u. Ver.-Kl., gegen Verband ostschweizerischer landwirtschaftl. Genossenschaften, Befl. u. ebenfalls Ver.-Kl.

Vereinbarung einer Konventionalstrafe für verspätete Ausführung eines Werkvertrages. Einreden des Strafschuldners aus Art. 181 aOR: Angebliche Unsittlichkeit der Strafklausel im Sinne des Art. 17 aOR, speziell auch wegen der Strafhöhe. — Verschulden des Strafgläubigers an der verspäteten Vertragserfüllung. — Höhere Gewalt: Begriff; Stellung des Streiks hierzu. — Richterliche Herabsetzung der Strafe (Art. 182 aOR).

Das Bundesgericht hat über folgendes Streitverhältnis:

A. — Durch Vertrag vom 24. Juni 1907 hat der beklagte Verband ostschweizerischer landwirtschaftlicher Genossenschaften die Arbeiten in armiertem Beton für seinen Bau eines neuen

Lagerhauses in Winterthur, mit dessen Leitung er das Architekturbureau Jung & Bridler (später Bridler & Bölli) daselbst betraut hatte, der Klägerin, der Baufirma Favre & Cie in Zürich und Alftetten, um den Preis von 149,663 Fr. 60. Cts übertragen. Nach § 7 dieses Vertrages sollte das Gebäude bis 13. Oktober 1907 zum Aufrichten bereit sein, und zuvor hatte sich der Unternehmer der Betonarbeiten mit demjenigen der Maurerarbeiten ins Einvernehmen zu setzen, um diesem letzteren die Einhaltung jenes Termins und die stets ungehinderte Weiterführung seiner Arbeiten zu ermöglichen.

In vorbehaltener Ergänzung dieser Vertragsbestimmung ist sodann in einem Vertragsnachtrage der Parteien vom 28. Juni 1907 u. a. noch der Arbeitsbeginn auf den 22. Juli 1907 festgesetzt und ferner eine Konventionalstrafe von je Fr. 700 für die erste und zweite Woche, von 1400 Fr. für die dritte Woche und von 2000 Fr. für jede weitere Woche Verspätung der Arbeiten vereinbart worden.

Endlich haben die Parteien am 8. November 1907 auf Grund der einleitenden Feststellung, daß nach dem bisherigen Verlauf der von der Klägerin übernommenen Betonarbeiten auf die Vollendung des Rohbaues vor Einbruch des Winters nicht mehr gerechnet werden könne, noch eine weitere Vereinbarung wesentlich folgenden Inhaltes getroffen:

„Die Unternehmer verpflichten sich freiwillig und ohne Anspruch auf irgendwelche Entschädigung, alle Schutzmaßregeln sofort vorzubereiten und am Bauplatz bereitzuhalten, damit bei Eintreten von Frost die in den letzten 5 Tagen erstellten Beton- und Maurerarbeiten gegen Kälte gesichert werden — Abdeckung mit Stroh. Gegen Rässe und Schnee ist das ganze Gebäude mittelst Brettern und Dachpappe so abzudecken, daß eine Abdämmung nach außen erfolgen kann. Kann sich die Bauherrin resp. deren bauleitende Architekten mit der Unternehmung über die nötigen Schutzmaßregeln nicht verständigen, so werden die streitigen Punkte durch einen Experten, als welcher Herr Professor Schüle am Polytechnikum in Zürich in Aussicht genommen wird, endgültig erledigt. Beide Parteien erklären, sich seinen Anordnungen unbedingt zu unterziehen. Auf die

„Geltendmachung der Konventionalstrafe und eventuelle Schadenersatzforderungen hat dieser Vertrag keinen Einfluß.“

Die Betonarbeiten sind tatsächlich erst am 27. April 1908 vollendet worden, nachdem sie wegen des Winterfrosts vom 18. Dezember 1907 bis 23. März 1908 hatten unterbrochen werden müssen.

Wegen dieser Verspätung der Vertragserfüllung hat der Beklagte gestützt auf die erwähnte Konventionalstrafklausel der Klägerin von ihrer Werklohnforderung eine Summe von 42,000 Fr. abgezogen. Die Klägerin will sich jedoch diesen Abzug nicht gefallen lassen, sondern fordert im vorliegenden Prozesse jenen Restbetrag ihres Werklohnes, während der Beklagte diesem Anspruch gegenüber seine Konventionalstrafforderung zur Kompensation vorstellt.

B. — In dieser Streitsache hat die I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich — in teilweiser Abänderung des erstinstanzlichen Urteils, das die Klage in der Höhe von 30,800 Fr. nebst Zins gutgeheissen hatte — durch Urteil vom 27. September 1911 erkannt:

„Der Beklagte ist verpflichtet, an die Klägerin 27,800 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 19. Oktober 1908 zu bezahlen.“

C. — Gegen dieses Urteil haben beide Parteien rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt.

Die Klägerin hat folgende Abänderungsanträge gestellt:

I. Der Beklagte sei in Gutheißung der Klage zu verpflichten, der Klägerin 42,800 Fr. samt 5 % Zins seit 1. Juli 1908 zu bezahlen.

II. Eventuell sei die Klage in einem 27,800 Fr. übersteigenden Betrage gutzuheissen, unter weit intensiverer Herabsetzung der Konventionalstrafe, als dies seitens der Vorinstanzen geschehen sei, auf ein richtiges, billiges Maß, wobei davon auszugehen sei, daß

1. bei Berechnung der Konventionalstrafe die Zeit vom 18. Dezember 1907 bis 23. März 1908 nicht zu Lasten der Klägerin in Anrechnung gebracht werden dürfe;

2. der Nachweis eines irgendwie erheblichen Schadens dem Beklagten nicht gelungen sei;

III. Ganz eventuell, für den Fall der Abweisung der vorangehenden Begehren, sei der Zinsbeginn auf den 1. Juli 1908 festzusetzen.

Der Beklagte hat beantragt:

Es sei das Urteil der Appellationskammer vom 27. September 1911 aufzuheben und die Klage der Firma Favre & Cie ganz abzuweisen.

Eventuell sei die Klage nur in einem 20,000 Fr. nicht übersteigenden Betrage zu schätzen.

D. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Klägerin die schriftlich gestellten Berufungsanträge erneuert und ferner beantragt: Eventuell sei hinsichtlich der kaufmännischen Expertise eine Oberexpertise anzuordnen und die technische Expertise nach dem am 24. September 1910 gestellten Begehren zu ergänzen. Dazu hat er auf Abweisung der gegnerischen Berufung angetragen.

Der Vertreter des Beklagten hat umgekehrt Abweisung der gegnerischen und Gutheißung der eigenen Berufung, im Sinne der schriftlich gestellten Anträge, beantragt; —

in Erwägung:

1. — Die Klägerin hat zur Begründung ihres prinzipialen Begehrens auf vollständige Gutheißung der Klage — gänzliche Abweisung der Konventionalstrafforderung des Beklagten — gestützt auf Art. 181 OR einerseits die in Frage stehende Konventionalstrafklausel als widerrechtlich und unsittlich im Sinne des Art. 17 OR angefochten und andererseits behauptet, daß ihr die Einhaltung der vertragsgemäßen Leistungsfrist wegen Verschulden der Gegenpartei und wegen höherer Gewalt nicht möglich gewesen sei.

2. — Die Konventionalstrafklausel soll widerrechtlich und unsittlich sein, schon wegen der Höhe des vereinbarten Betrages von 2000 Fr., von der vierten Verspätungswoche an, und sodann auch deshalb, weil die vertraglich vorgesehene Frist für die Arbeitsausführung der Klägerin überhaupt zu kurz bemessen gewesen sei. Diese beiden Argumente gehen fehl.

Wegen der vereinbarten Strafhöhe ist allerdings die Anfechtung einer Strafklausel auch aus dem Gesichtspunkte des Art. 17 OR entgegen der Auffassung der kantonalen Instanzen

nicht schlechthin ausgeschlossen. Allein diese grundsätzliche Anfechtung setzt voraus, daß die Strafe nicht nur mit der zu sichernden Leistung des Strafschuldners überhaupt und speziell mit dem Interesse des Strafgläubigers hieran, in einem unbilligen Mißverhältnis steht — was lebiglich zu ihrer Ermäßigung durch den Richter auf Grund des Art. 182 OR genügen würde —, sondern daß sie in ihrer Anwendung direkt den wirtschaftlichen Ruin des Schuldners herbeiführen würde und sich geradezu als wucherische Ausbeutung dieses wirtschaftlich schwächeren Vertragsteils durch den wirtschaftlich stärkeren Gläubiger darstellt (vgl. hierüber aus der deutschen Gerichtspraxis Seufferts Archiv 61 Nr. 197 S 351 ff. und Entsch. des RG 68 Nr. 58 S 229 ff.). Um eine solche Situation handelt es sich hier offenbar nicht. Denn ein wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis, wie der wucherische Mißbrauch der Macht des Stärkeren erfordert, bestand zwischen der Klägerin als selbständiger Bauunternehmerin und dem Beklagten als Bauherrn überhaupt nicht. Und zudem ist weder dargetan, daß die Klägerin zur Eingehung der Konventionalstrafbedingungen in ungehöriger Weise gebrängt worden ist, noch, daß die Erfüllung der übernommenen Strafverpflichtung ihre ökonomischen Kräfte schlechthin übersteigen würde.

Ebenso unbehelflich ist auch die Berufung der Klägerin auf die angeblich zu kurze Arbeitsfrist. Die Klägerin war, wie die Vorinstanzen zutreffend ausgeführt haben, auf Grund ihrer Fachkenntnis in der Lage, sich über die Möglichkeit der Arbeitsausführung in der vertraglich vorgesehenen Zeit Rechenschaft zu geben. Sie hat daher mit ihrer freien Entschließung, den Vertrag einzugehen, die Verantwortung für die Einhaltung der gesetzten Frist, die übrigens nach dem Befunde des gerichtlichen Experten an sich möglich war, rechtmäßig übernommen.

3. — Aus dem Gesichtspunkte des vom Beklagten zu vertretenden Verschuldens an der verspäteten Vertragserfüllung hat die Klägerin vor Bundesgericht noch folgende Einwendungen aufrecht erhalten: Die Ausführung ihrer Arbeiten sei verzögert worden:

a) durch nicht rechtzeitige Ablieferung der Baupläne seitens des bauleitenden Architekten;

b) durch die Verspätung der Fundamentausgrabungen durch den Unternehmer der Erdarbeiten;

c) durch die Ausführung von der Klägerin nachträglich übertragenen Mehrarbeiten;

d) durch den Rückstand der Maurerarbeiten;

e) zufolge der vom Beklagten nach Eintritt des Frostwetters erzwungenen, jedoch unnötigen Erstellung eines Schutzbaches, das die Fortsetzung der Arbeiten bei Tauwetter verunmöglicht habe.

Bei Beurteilung dieser Einwendungen sind die kantonalen Instanzen mit Recht von der Annahme ausgegangen, daß die Klägerin hinsichtlich der behaupteten Entlastungstatbestände beweispflichtig sei (vergl. AS 23 Nr. 38 Erw. 4 S. 235). Und in der Beweisfrage selbst haben sie — wesentlich auf Grund der eingeholten technischen Expertise und, hinsichtlich der Notwendigkeit des Schutzbaches (lit. e), auch in Berücksichtigung des eigenen Verhaltens der Klägerin, die das Dach auf Verlangen des Beklagten gemäß dem Vertragsnachtrage vom 8. November 1907 erstellte, ohne dieser Zumutung gegenüber zunächst das dort vorgesehene Schiedsverfahren anzurufen — in allen Punkten altengemäß und daher für das Bundesgericht verbindlich entschieden. Es kann deshalb einfach auf die einschlägigen Erwägungen des vorinstanzlichen Urteils verwiesen werden. Danach steht fest, daß die Klägerin wegen nicht rechtzeitiger Planlieferung (lit. a) während 14 Tagen und wegen Rückstandes der Maurerarbeiten (lit. d) während weiteren 10 Tagen, also insgesamt während 3—4 Wochen, in der Durchführung ihrer Arbeiten ohne eigene Verantwortlichkeit gehemmt war.

4. — Auf Verzögerung durch höhere Gewalt beruft sich die Klägerin heute noch unter Hinweis darauf, daß ihre Arbeiter im Oktober 1907 einen Streik durchgeführt hätten, der ohne ihr Verschulden ausgebrochen sei und dessen Wirkungen sie nicht durch Beschaffung von Ersatzarbeitern abzuwenden vermocht habe. Die Vorinstanz hat, entgegen dem Entscheide des Bezirksgerichts, diesen Einwand gutgeheißen und die Klägerin demnach für weitere 8 Tage ihres Leistungsverzugs entschuldigt, mit der Begründung, jener Streik lasse sich nach den Akten in der Tat nicht auf einen besonderen Anstand der Klägerin mit ihren Arbeitern zurückführen,

sondern habe seinen Grund in den damals auf dem Plage Winterthur im Baugewerbe allgemein unruhigen Arbeiterverhältnissen gehabt, denen gegenüber die Klägerin ohnmächtig gewesen sei.

An die in dieser Argumentation liegende tatsächliche Feststellung der Ursache des Streiks ist das Bundesgericht gebunden; dem vom kantonalen Richter hieraus gezogenen rechtlichen Schlusse aber kann nicht beigeprägt werden. Der Begriff der „höheren Gewalt“ ist vom Gesetzgeber selbst nicht umschrieben worden, und das Bundesgericht hat es in seiner bisherigen Praxis vermieden, zu dessen verschiedenen wissenschaftlichen Definitionen in bestimmter Weise Stellung zu nehmen. Immerhin führen die vorliegenden Präjudizien (vergl. NS 23 Nr. 154 Erw. 2 S. 1123; 28 II Nr. 29 Erw. 6 S. 253 f.; 31 II Nr. 33 Erw. 3 S. 218; 35 II Nr. 70 Erw. 2 S. 546; 36 II Nr. 9 Erw. 4 S. 60) im Einklang mit der Doktrin zu dem Schlusse, daß darunter nur Ereignisse zu beziehen sind, die, wie insbesondere gewisse Naturerscheinungen, überraschend und mit unüberwindlicher Gewalt über den Betroffenen hereinbrechen, deren Eintritt also nicht voraussehbar ist und deren Wirkungen nicht abgewendet werden können. Zu diesen Ereignissen aber gehört der Streik unter den heutigen wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen jedenfalls allgemein nicht. Vielmehr ist an der schon i. S. Müller g. A.-G. Stickerie Felbmühle (NS 28 I. c.) vertretenen Auffassung unbedenklich festzuhalten, daß nämlich der Streik im heutigen Wirtschaftsleben als Kampfmittel der Arbeiter zur Durchsetzung ihrer ökonomischen und sozialen Bestrebungen so gebräuchlich geworden ist, daß er vom Arbeitgeber in gewissem Maße stets vorausgesehen und häufig auch in seinen Wirkungen durch geeignete Gegenmaßnahmen abgeschwächt oder sogar völlig illusorisch gemacht werden kann. Er bildet ein erfahrungsgemäß insbesondere dem Baugewerbe immanentes Störungsmoment, derart, daß ein Bauunternehmer heutzutage jederzeit mit der Möglichkeit wenigstens gelegentlicher kürzerer Unterbrechungen des normalen Arbeitsbetriebes durch Streikbewegungen rechnen und seine Verpflichtungen danach einrichten muß, sei es durch entsprechend längere Bemessung der Ausführungszeit bei größeren Unternehmungen, sei es durch vertraglichen Vor-

behalt des Streikrisikos gegenüber dem Bauherrn. Demnach kann unter den hier gegebenen Verhältnissen, entgegen dem Entschiede der Vorinstanz, der in Rede stehende Streik von nur achttägiger Dauer nicht als ein Ereignis höherer Gewalt anerkannt und zu Gunsten der Klägerin berücksichtigt werden.

5. — Zur Begründung ihres eventuellen Begehrens um Nichtberücksichtigung der Zeit des Winterunterbruchs der Arbeiten (17. Dezember 1907 bis 23. März 1908) bei Berechnung der Konventionalstrafe hat die Klägerin geltend gemacht, die vom Beklagten zu erwartende Verzögerung ihrer Arbeiten hätte für sich allein — d. h. auch ohne die weitere von ihr selbst verschuldete Verzögerung — schon zur Folge gehabt, daß die Errichtung des Rohbaues bis zum Frosteintritt und damit die Vornahme der Innenarbeiten während der Winterzeit mit Vollendung des Gebäudes auf den vorgesehenen Frühjahrstermin nicht mehr möglich gewesen sei. Allein dieser Umstand spielt für die grundsätzliche Frage des Verfalls der Konventionalstrafe keine Rolle; hierfür genügt vielmehr die bloße Tatsache, daß die Klägerin mit den übernommenen Arbeiten an dem um die Verzögerungsfrist zu Lasten des Beklagten verlängerten Vertragsstermin, d. h. zirka Mitte November 1907, nicht fertig war, sondern die Arbeiten faktisch erst gegen Ende April 1908 beendet hat, ohne sich für die Zwischenzeit über einen weiteren Entlastungsgrund im Sinne des Art. 181 OR ausweisen zu können. (Als ein solcher, speziell als „höhere Gewalt“ kann nach dem früher Gesagten natürlich nicht etwa der Frosteintritt angerufen werden, da diesem Ereignis unzweifelhaft das Erfordernis der Nicht-Voraussehbarkeit mangelt.) Anders wäre, wie der Vertreter des Beklagten heute zutreffend eingewendet hat, nur zu entscheiden, wenn die Auslösung der Konventionalstrafe vom Eintritt eines Schadens des Strafgläubigers zufolge der Nichteinhaltung der Vertragsfrist abhängen würde; dies ist aber nach der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 180 OR nicht der Fall.

6. — Ist demnach die Konventionalstrafe an sich mindestens — d. h. in dem der Klägerin günstigsten Falle einer Aufrundung der in Erwägung 3 oben ermittelten Abzugszeit auf 4 Wochen — in dem von der Vorinstanz berechneten Betrage von 36,800 Fr.

verfallen, so bleibt noch zu prüfen, ob dieser Betrag dem Beklagten gemäß seinem Hauptantrage voll zuzusprechen sei oder ob nicht vielmehr, im Sinne des Eventualbegehrens der Klägerin, eine Reduktion der Straffsumme in Anwendung des Art. 182 OR sich rechtfertige. Hierbei ist davon auszugehen, daß nach verbindlicher, weil auf das Gutachten des technischen Experten gestützt, Feststellung der Vorinstanz die der Klägerin gesetzte Erfüllungsfrist so knapp bemessen war, daß sie überhaupt nur für den — zum vornherein unwahrscheinlichen — Fall eines vollständig glatten Verkaufes der Arbeiten eingehalten werden konnte, und daß überdies der Endtermin der Frist so nahe an den Winter herangerückt war, daß eine Überschreitung dieses Termins die Gefahr des längeren Arbeitsunterbruchs durch den Frosteintritt mit sich brachte. Dazu kommt entscheidend, daß die vom Beklagten zu verantwortende Verzögerung der Arbeiten um zirka 4 Wochen diese Gefahr jedenfalls erheblich gesteigert, wenn nicht geradezu zur Verwirklichung gebracht hat. Denn angesichts der Tatsache, daß die Klägerin ihre Arbeiten nach deren Wiederaufnahme im Frühjahr in ungefähr einem Monat (23. März bis 27. April) zu Ende geführt hat, darf mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß sie ohne diese Verzögerung die Arbeiten noch vor Eintritt der Frostperiode beendigen und damit die schwere Folge des Laufes der Konventionalstrafe während der ganzen Winterzeit hätte abwenden können. Unter diesen Umständen erscheint eine ganz erhebliche Reduktion der verfallenen Straffsumme als Gebot der Billigkeit. Und wenn nun die Vorinstanz den Strafzuspruch auf 15,000 Fr. beschränkt hat, so liegt für das Bundesgericht keine Veranlassung vor, diese Anwendung ihres billigen Ermessens zu beanstanden, besonders da jene Summe den vom kaufmännischen Experten ermittelten effektiven Schaden des Beklagten zufolge der verspäteten Fertigstellung des Baues zum größten Teil deckt und der vorinstanzliche Entscheid demnach auch aus diesem Gesichtspunkte, der bei Anwendung von Art. 182 OR sehr wohl mit herangezogen werden kann, den Verhältnissen des Falles im Hinblick auf das beidseitige Verschulden der Parteien durchaus gerecht wird. Das angefochtene Urteil ist somit in der Hauptsache ohne weiteres zu bestätigen. Dagegen ist dem eventuellen Begehren der Klägerin um

Festsetzung des Zinsbeginns schon auf den 1. Juli 1908 zu entscheiden, da die abweichende Bestimmung des obergerichtlichen Dispositives nach der zugehörigen unangefochtenen Begründung auf einem bloßen Versehen beruht; —

erkannt:

Die Berufungen beider Parteien werden abgewiesen und es wird das Urteil der I. Appellationskammer des zürcherischen Obergerichts vom 27. September 1911 bestätigt, immerhin mit der Berichtigung des Dispositives 1, daß der Zins schon vom 1. Juli 1908 an zu bezahlen ist.

18. Urteil vom 9. März 1912 in Sachen

Böhler-Bieri, Kl. u. Ver.=Kl., gegen Bucher, Bekl. u. Ver.=Bekl.

Prokura. Gehört eine Garantieübernahme zu den Rechtshandlungen, zu denen der Prokurist befugt ist?

Handelsfrau. Umfang der zum regelmässigen Betrieb ihres Gewerbes gehörigen Geschäfte.

A. — Durch Urteil vom 23. November 1911 hat die II. Appellationskammer des zürcherischen Obergerichts in vorliegender Streitsache erkannt: „Die Klage wird abgewiesen und dem Beklagten in der Betreibung Nr. 3819 definitive Rechtsöffnung erteilt für den Betrag von 2500 Fr. nebst 5 % Zins seit 5. April 1911, für die Betreibungs- und Rechtsöffnungskosten und 10 Fr. Entschädigung.“

B. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und die Anträge gestellt und begründet: 1. Das angefochtene Urteil sei in dem Sinne abzuändern, daß die von der Klägerin eingereichte Aberkennungsklage abgewiesen und der vom Beklagten in Betreibung gesetzte Anspruch von 2500 Fr. als unbegründet abgewiesen werde. 2. Eventuell sei das angefochtene Urteil aufzuheben und das Beweisverfahren darüber anzuordnen, ob die Garantieverpflichtung, die der Ehemann Böhler zu Gunsten der Firma Schlegelinger gegenüber dem Rechtsvorgänger des Klägers abgegeben hat, im Interesse der Firma Böhler-Bieri abgegeben worden sei und ob es sich hierbei um eine Rechtsband-