

Bis dahin hatte er offenbar — ebenso wie noch andere Leute in Werthenstein, z. B. der Gemeindeschreiber Aregger, — nichts davon gewusst, dass die betreffenden Waldungen in der Schutzzone lagen. Vom 12. September an tat aber der Kläger nichts mehr, was auf eine feste Absicht, der Kauf zu halten, hindeuten konnte. Im Gegenteil stellte er nun die « Bedingung », dass der Beklagte ihm eine Holzschlagbewilligung verschaffe oder garantiere, oder aber den Kaufpreis reduziere; mit andern Worten: er verlangte, dass der Beklagte auf den Vertrag, so wie er abgeschlossen war, verzichte, und machte ihm zugleich eine Offerte zum Abschluss eines andern Vertrages.

Uebrigens hatte der Beklagte damals die Liegenschaft « Meiengrüne » bereits gekauft und auch die Anzahlung von 4000 Fr. schon geleistet. Es fehlt also auch der Kausalsammenhang zwischen der Unsicherheit, in welcher der Beklagte vielleicht noch eine Zeitlang schwebte, einerseits, und dem von ihm geltend gemachten Schaden andererseits. Dass aber der Kläger verpflichtet gewesen wäre, den Beklagten vor dem Ankauf der « Meiengrüne » zu warnen, trifft schon deshalb nicht zu, weil nicht festgestellt ist, dass der Kläger über die Absichten des Beklagten unterrichtet war, und weil er im Zweifel annehmen durfte, dass der Beklagte sich in Bezug auf den Ankauf einer Ersatzliegenschaft nicht definitiv binden werde, solange noch Zweifel über die Perfektion des Verkaufs der Liegenschaft « Grosshof » bestehen konnten. Wenn der Beklagte, der als Gemeindepräsident schon seit vielen Jahren selber einer Fertigungsbehörde vorstand und also über einige Erfahrung in Fragen des Immobilienverkehrs, insbesondere betreffend die gesetzliche Beurkundungsform, verfügen musste, von seinem Glauben an die Rechtsgültigkeit des mit dem Kläger abgeschlossenen « Kaufvertrages » nicht abliess und sogar wähnte, das Erfordernis der Beurkundung noch nach drei Monaten ohne Wissen und Willen seines Gegenkontrahenten nachholen zu können, so hat er den daraus entstandenen

Schaden nur sich selber zuzuschreiben. Die Widerklage ist somit abzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

In Gutheissung der Berufung und in Abweisung der « Anschlussberufung » wird

a) davon Vormerk genommen, dass die Klage anerkannt ist und daher der Beklagte dem Kläger 5000 Fr. nebst Zins zu 5% seit 12. Juli 1912 von 3400 Fr. und seit 15. Juli 1912 von 1600 Fr. zu bezahlen hat;

b) die Widerklage abgewiesen.

13. Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. Februar 1915

i. S. Frei, Kläger und Widerbeklagter,
gegen die Brauerei Tiefbrunnen A.-G. in Liquidation,
Beklagte und Widerklägerin.

Gemischter Vertrag, wonach eine Brauerei der Gegenpartei den Betrieb eines Bierdepots in der Weise übergibt, dass hinsichtlich des zu beziehenden Bieres ein Lieferungs-, hinsichtlich der Depoteinrichtungen ein Miet- und hinsichtlich dem Uebernehmer auferlegter besonderer Verpflichtungen ein Dienstverhältniss begründet wird. Frage, ob die Auflösbarkeit des Dienst- die des ganzen Vertragsverhältnisses in sich schliesst. — Die « Vergütung » nach Art. 338 aOR (der « Lohn » nach Art. 319 rev. OR) kann auch in der blossen Gewährung einer Erwerbsmöglichkeit bestehen. — Bildet die Begehung eines Sittlichkeitsdeliktes durch den Dienstpflichtigen einen Grund zur Vertragsauflösung nach Art. 346 aOR? — Treffen die Voraussetzungen von Art. 356 Abs. 2 rev. OR für die Zulässigkeit des Konkurrenzverbotes beim Bierdepothalter zu? — Welche Bedeutung hat die Liquidation eines Geschäftes für den Weiterbestand eines von seinem Inhaber bedungenen Konkurrenzverbotes?

1. — Am 19. Mai 1909 schloss der Kläger Frei mit der Beklagten, der im Laufe des Prozesses, am 7. August 1913

in Liquidation getretenen Brauerei Tiefenbrunnen in Zürich, einen Vertrag ab, nach dessen Ziffer 1 der Kläger von der Beklagten ab 1. Juli 1909 ihr Bierdepot zum « Anker » in Uster « zum selbständigen Weiterbetrieb » mietete. Als Mietobjekte wurden die Depoteinrichtung, wie Remise, Stallung u. s. w., sowie die zugehörige Wohnung bezeichnet. Die Ziffer 2 bestimmt den Mietzins auf 900 Fr. im Jahr und erklärt, dass « punkto Miete » die Bestimmungen des Formulars der Mietverträge des stadt-zürcherischen Grundeigentümerversandes gelten sollen. Laut Ziffer 3 hatte die Beklagte dem Kläger leihweise ein Pferd und einen Einspannerwagen zu stellen und ihm das Bier kistenweise zu 12 Cts. die Flasche franko Domizil zu liefern. Nach Ziff. 4 hat der Kläger das Eis für das Depot und seine Kundschaft selbst zu beschaffen, wogegen ihm die Beklagte eine jährliche Vergütung bezahlt. Ziffer 5 besagt: « Herr Frei ist verpflichtet, das bisher von Herrn G. Stüble geführte » Depot nach bestem Wissen und Gewissen weiter zu » führen, die bestehende Kundschaft, bei welcher er » vom Vorgänger richtig eingeführt wird, prompt und » gewissenhaft zu bedienen, überhaupt alles zu tun, um » den Bierabsatz zu vermehren. » Daran anschliessend wird bestimmt, dass bei Nichtbezug von Bier oder Bezug von anderer Seite eine Konventionalstrafe von 1000 Fr. zu bezahlen und die Beklagte zur sofortigen Vertragsauflösung berechtigt sei, und dass dem Kläger auch das Recht der Lieferung in die Wirtschaft zum « Anker » zustehe. In Ziffer 6 wird dem Kläger hinsichtlich des Verkaufspreises die strikte Innehaltung der Vorschriften des kantonalen Brauereibesitzer-Vereins zur Pflicht gemacht. Nach Ziffer 7 soll der Vertrag bis 1. Juli 1911 dauern und der Kläger das Recht haben, die Liegenschaft zum « Anker » zu näher bestimmten Bedingungen käuflich zu erwerben. Falls er auf diesen Erwerb verzichte, soll « ab 1. Juli 1911 an eine gegenseitige vierteljährliche Kündigung auf jedes Quartal

vorgesehen » sein. Die Ziffer 8 verbietet dem Kläger bei einer Konventionalstrafe von 6000 Fr. für drei Jahre nach Ablauf des Vertrages, im Umkreise von 25 km von Uster ein anderes Bierdepot zu betreiben, betreiben zu lassen oder sich bei einem solchen zu beteiligen. Laut Ziffer 9 endlich hat der Kläger als Garantie für die richtige Erfüllung des Vertrages und als Deckung für die monatlichen Bierrechnungen eine Barkaution von 3000 Fr. zu leisten.

Der Kläger betrieb das Depot bis gegen Ablauf der zweijährigen Vertragsdauer. Als er am 29. Mai 1911 eine Kiste Bier in den Keller der Pflegeanstalt für bildungsunfähige Kinder in Uster verbrachte, vollzog er daselbst mit der ihn begleitenden, zwanzig Jahre alten Emilie Roost den Geschlechtsakt, obgleich er beachtet hatte, dass das Mädchen geistig und körperlich zurückgeblieben war. Er wurde in der Folge in Strafuntersuchung gezogen und am 4. November 1911 vom Bezirksgericht Uster wegen Missbrauchs einer offensichtlich mangelhaft entwickelten Frauensperson auf Grund von § 112 des zürcherischen StGB zu einer Arbeitsstrafe von sechs Monaten verurteilt, welches Urteil das Obergericht bestätigte. Kurz vor der Hauptverhandlung, am 28. Juni 1911, hatte er sich freiwillig in die Irrenanstalt Burg-hölzli begeben, indem er behauptete, geisteskrank zu sein. Daselbst verblieb er, wie es scheint, bis zum 7. Dezember 1911.

Unterdessen hatte die Beklagte dem Kläger am 14. Juni erklärt, dass sie den Vertrag infolge der gegen ihn eingeleiteten Strafuntersuchung als aufgelöst betrachte, und ihm am 23. Juni noch vorsorglicherweise die Wohnung auf den 30. September gekündigt. Zugleich übertrug sie auf den 1. Juli das Depot dem J. Blum zum Gambrinus in Uster und ersuchte den Kläger, es zu übergeben und den neuen Depothalter in die Kundschaft einzuführen, wofür sie ihm eine Vergütung von 500 Fr. gewähre. Als sich der Kläger dem widersetzte,

teilte sie am 4. Juli ihren Kunden durch Zirkular mit, dass « die leidigen Vorkommnisse » ihres Depothalters sie veranlasst hätten, ihm das Depot zu entziehen und es Blum zu übertragen. Am 10. Juli erwirkte sie vom Gerichtspräsidenten von Uster gegen Frei einen gerichtlichen Befehl auf Übergabe des Depots und Räumung der Wohnung, welcher Befehl aber vom Obergericht am 29. Juli wieder aufgehoben wurde.

Vom 1. Juli bis zum 30. September 1911 lieferte die Beklagte sowohl dem Kläger als Blum Bier, ersterem für rund 7100 Fr., letzterem für rund 9500 Fr. Während seines Aufenthaltes im Burghölzli besorgte der Kläger den Vertrieb durch seine Angehörigen. Am 1. Oktober 1911 verliess er mit seiner Familie die Räumlichkeiten zum « Anker ». Im Frühjahr 1913 eröffnete er in Örlikon ein Depot der Brauerei Wädenswil, das er seitdem betrieben hat.

Mit seiner Klage fordert er nunmehr von der Beklagten 1850 Fr. (anfänglich 4000 Fr.) als Ersatz des Schadens, den er wegen vorzeitiger Auflösung des Vertrages durch Minderabsatz erlitten habe. Nach seiner Auffassung hat man es mit einem Miet- und Bierlieferungsvertrag zu tun. Die Beklagte dagegen will das Rechtsverhältnis der Parteien als Diensvertrag angesehen wissen, von dem sie wegen des Verhaltens des Klägers habe zurücktreten dürfen. Sie trägt deswegen (und eventuell aus andern vor Bundesgericht nicht mehr geltend gemachten Gründen) auf Abweisung der Klage an. Widerklagsweise fordert sie vom Kläger Bezahlung der vertraglichen Konventionalstrafe von 6000 Fr. samt Verzugszins zu 5 % seit dem 26. Februar 1913, wegen Übertretung des Verbotes, ein anderes Depot zu eröffnen.

Die Vorinstanz hat die Hauptklage abgewiesen, die Widerklage in der Höhe von 3000 Fr. nebst entsprechendem Zins geschützt.

2. — Der streitige Vertrag lässt sich nach seinem Inhalte nicht lediglich einer der im OR geregelten Vertrags-

arten unterstellen. Vielmehr sind in ihm mehrere Einzelverträge, die verschiedenen gesetzlichen Vertragskategorien angehören, zu einer Einheit verbunden, die als solche einen gemischten Vertrag darstellt (vgl. OSER, Kommentar zum OR S. 456 Nota 3). Einen Bestandteil des Gesamtvertrages bildet zunächst der Lieferungsvertrag, wonach die Beklagte dem Kläger während zwei Jahren das von ihm zu vertreibende Bier zu einem bestimmten Preise abzugeben und der Kläger es von ihr zu beziehen hat. Darin liegt rechtlich, wie die Vorinstanz zutreffend annimmt, ein Vorvertrag über eine Mehrzahl während jener Zeit abzuschliessender Kaufverträge. Dieser Vertragsbestandteil ermöglicht vor allem die Erreichung des von den Parteien beabsichtigten wirtschaftlichen Zweckes: der Gewinnerzielung durch Verkauf und Weiterverkauf des Bieres. An ihn schliessen sich sodann einerseits ein Miet- und andererseits ein Dienstvertrag. Durch den erstern überlässt die Beklagte dem Kläger ihre Depoteinrichtung in Uster mit zugehöriger Dienstwohnung gegen einen jährlichen Zins zu mietweisem Gebrauch. Der Kläger wird hiedurch und mit der gleichzeitigen Überlassung von Pferd und Wagen in den Stand gesetzt, von einer Geschäftsstelle aus die der Ausführung des Lieferungsvertrages dienenden Besorgungen der Annahme, Lagerung und Versendung des Bieres zu verrichten. Im Verhältnis zum Lieferungsvertrag sind diese mietrechtlichen Beziehungen insofern nebensächlicher Natur, als der Kläger den Vertrieb des Bieres sehr wohl auch vermittelt einer eigenen oder einer von anderer Seite gemieteten Depoteinrichtung bewerkstelligen könnte. Ein Dienstvertrag endlich liegt soweit und deshalb vor, weil der Kläger in Hinsicht auf den Vertrieb des Bieres Verpflichtungen übernommen hat, die über die des gewöhnlichen Käufers hinausgehen und kraft deren er zu bestimmten, im Interesse der Beklagten zu bewirkenden Leistungen gehalten ist. Das kommt vor allem in den Ziffern 5 und 6

des Vertrages zum Ausdrucke, die dem Kläger unter Androhung einer Konventionalstrafe vorschreiben, das Depot nach bestem Wissen und Gewissen weiter zu führen, die bestehende Kundschaft gewissen haft zu bedienen und überhaupt alles zur Erhaltung und Vermehrung des Bierabsatzes erforderliche zu tun, sowie sich hinsichtlich des Verkaufspreises strikte an die Vorschriften des kantonalen Brauereiverbandes zu halten. Ferner gehören dazu die Vorschriften der Ziffern 3 und 4, betreffend den Fuhrwerksdienst und die Beschaffung des für das Depot und die Kundschaft nötigen Eises, insoweit sie zur Sicherung eines sachgemässen Betriebes des Depots beitragen sollen. Aus allen diesen Bestimmungen erhellt, dass es der Beklagten nicht allein darum zu tun war, für ihre Ware einen Zwischenhändler zu gewinnen, sondern dass sie zugleich darauf hielt, den Weiterverkauf des Bieres kontrollieren zu können, um in ihrem Interesse zu bewirken, dass er geschäftlich richtig vor sich gehe und namentlich von Jemanden besorgt werde, der ihr eigenes Vertrauen und das der Kundschaft besitze. Insofern schuldete ihr der Kläger die mit dem Vertrieb des Bieres verbundenen Besorgungen als Dienstleistungen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Kläger doch anderseits wieder Käufer ist und dass seiner Rechtsstellung in dieser Beziehung eine gewisse Unabhängigkeit zukommt, wofür er mit Grund darauf verweist, dass der Vertrag ihm den «selbständigen Weiterbetrieb» des Depots einräumt. Dadurch, dass die Bindung des Dienstpflichtigen weniger umfassend und allgemein als gewöhnlich bestimmt wird, hört sie noch nicht auf, eine dienstvertragliche zu sein. Zutreffend verweist hier die Vorinstanz auf die oft weitgehende Selbständigkeit der Generalagenten gegenüber ihren Versicherungsgesellschaften. Endlich fehlt es auch nicht an dem für den Dienstvertrag wesentlichen Erfordernis einer «Vergütung» der Dienste im Sinne von Art. 338 aOR (oder eines «Lohnes» im Sinne von Art.

319 rev. OR). Freilich ist diese Vergütung nicht ziffermässig bestimmt, sondern unausgeschieden in dem Gewinn enthalten, den der Kläger vermöge des Unterschiedes zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis erzielen kann. Allein einer nähern und gesonderten Bestimmung der Vergütung bedarf es beim Dienstvertrage nicht; sie braucht überhaupt nicht in Geld zu bestehen, sondern kann sogar in der blossen Gewährung einer Erwerbsgelegenheit liegen (vgl. OSER, S. 633, III, 2 und dortige Zitate). Letzteres trifft gerade hier in gewissem Umfange zu: Dem Kläger wurde durch den Vertrag die Befugnis eingeräumt, das Bier der Beklagten in einem bestimmten Absatzgebiete mit Gewinn zu vertreiben und diesen Vorteil musste er sich unter andern auch durch die Eingehung der erwähnten Dienstverpflichtungen erkaufen.

3. — Ist hiernach zwischen den Parteien in den erörterten Beziehungen ein Dienstvertrag begründet worden, so folgt daraus freilich noch nicht ohne weiteres, wie die Vorinstanz anzunehmen scheint, dass sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Vertrag in seiner Gesamtheit aufgelöst werden könne, schlechthin nach den Regeln des Dienstvertrages beurteile. Vielmehr rechtfertigt sich dieser Schluss nur dann, wenn die andern, dem Miet- und dem Kaufrechte angehörenden Vertragsbeziehungen bei der erforderlichen Berücksichtigung der Natur und des Zweckes des Gesamtvertrages nicht entgegenstehen, um die besondern gesetzlichen Bestimmungen über die Auflösung der Dienstverträge auch auf sie, also auf das ganze Vertragsverhältnis anzuwenden (vgl. OSER, S. 497 unter c). Ein solches Hindernis steht nun aber hier nicht im Wege. Was zunächst den mietrechtlichen Inhalt des Vertrages anlangt, so müssen die für die Miete geltenden Vorschriften über die Vertragsauflösung — auf die der Kläger zum Nachweis des behaupteten Vertragsbruches hauptsächlich abstellt — deshalb nicht Platz greifen,

weil dieser Teil des Vertrages, wie gesagt, nur nebensächliche Bedeutung besitzt und in seinem Bestande von der Fortdauer des Lieferungsverhältnisses abhängt: Der Kläger hat die mietweise Benützung der fraglichen Räumlichkeiten lediglich in Hinsicht auf den ihm übertragenen Betrieb des Depots erhalten und wenn nun dieser Betrieb aufhört, so muss auch sein Recht als Mieter — abgesehen vielleicht, soweit es die Dienstwohnung betrifft (siehe unten Erwägung 4) — ein Ende nehmen. Die Lieferungsverpflichtung der Beklagten sodann — und die entsprechende Annahmepflicht des Klägers — ist zwar auf eine feste Zeit von zwei Jahren bestimmt worden. Allein die Parteien können dies nur mit der Einschränkung gemeint haben, dass, wenn Gründe eintreten, die zu einer Auflösung der dienstvertraglichen Beziehungen berechtigen, sie ihre Wirkung auch auf die kaufrechtlichen Bestimmungen des Vertrages ausüben, die mit den dienstrechtlichen untrennbar verbunden sind. Wenn sich die Beklagte im Interesse eines sachgemässen Vertriebes ihrer Ware und der Erhaltung ihrer Kundschaft gewisse Dienstleistungen vom Kläger versprechen liess, so konnten die Vertragsparteien dies unmöglich so verstanden haben, dass der Kläger diese Leistungen unerfüllt lassen dürfe, ohne damit seinen Anspruch auf Weiterlieferung zu verlieren, und dass er also nach dem Aufhören der dienstvertraglichen Beziehungen, sogar bei eigenem Verschulden, die Fortsetzung der Lieferungen als gewöhnlicher, seiner Dienstverpflichtungen nun ledig gewordener Käufer verlangen könne.

4. — In der Begehung des erwähnten Sittlichkeitsdeliktes durch den Kläger lag für die Beklagte ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 346 aOR zur sofortigen Auflösung des Dienstvertrages und zugleich laut dem Gesagten des Vertrages im Allgemeinen. Die Voraussetzungen in der Person des Klägers, unter denen die Beklagte sich vertraglich verpflichtet hatte, waren damit in einem wesentlichen Punkte nicht mehr ge-

geben: Die Verfehlung des Klägers schloss es aus, der Beklagten die Fortsetzung der persönlichen Beziehungen zu ihm, wie sie die Natur des Vertragsverhältnisses mit sich brachte, gesetzlich zuzumuten, und zwar sowohl in Ansehung ihres geschäftlichen Verkehrs mit dem Kläger, als ihrer Geschäftsstellung nach aussen, gegenüber den Konsumenten ihres Bieres und dem Publikum überhaupt. Diese Erwägung vermag der Kläger auch nicht mit seiner Behauptung zu entkräften, in Wirklichkeit habe nicht sein Vergehen auf den Absatz des Depots nachteilig eingewirkt, sondern der Erlass des Zirkulars durch die Beklagte und der Umstand, dass deren Reisender die Kundschaft gegen den Kläger aufgehetzt habe. Für die Beklagte handelte es sich eben bei der Entlassung nicht ausschliesslich um eine Geldfrage. Im übrigen aber wird der Kläger im Zirkular in durchaus schonender Weise behandelt; sein Vergehen war auch schon durch die Anhebung der Strafuntersuchung bekannt geworden und auf Grund der vorinstanzlichen Würdigung der Verhältnisse ist anzunehmen, dass ein Teil der Kunden weitere Bezüge aus dem Depot des Klägers nur aus Bedauern mit seiner Ehegattin oder deshalb gemacht haben, weil sie wussten, dass sie einstweilen, solange der Kläger im Burghölzli sei, mit ihm nicht in persönliche Berührung kommen würden. Auch bei der Beklagten hat man es mit einem freiwilligen Entgegenkommen gegenüber dem Kläger und seiner Familie und mit keinem Verzicht auf ihr gesetzliches Recht zu tun, wenn sie die Bierlieferungen nicht sofort einstellte, sondern bis Anfang Oktober in beschränktem Umfange aufrecht erhielt. Hinsichtlich der Depoteinrichtung und der Dienstwohnung allerdings beruht die weitere Erfüllung insofern nicht auf Freiwilligkeit, als ein von der Beklagten gestelltes Ausweisungsbegehren oberinstanzlich abgewiesen wurde. Aber rechtlich ist das für die Entscheidung bedeutungslos. Die Verpflichtung zur Überlassung der Depotein-

richtung erlosch nach dem Gesagten mit dem Aufhören der Lieferungsverpflichtung. Und falls hinsichtlich der Wohnung zu sagen wäre, die Beklagte habe das Mietverhältnis nicht sofort, sondern erst auf den 1. Oktober 1911, als nächstes Ziel, auflösen dürfen, so hätte sie dieser allfälligen Verpflichtung genügt, indem sie den Kläger bis zu diesem Zeitpunkt im Mietbesitz belies. Auch daraus kann der Kläger nichts ableiten, dass er nach seiner Behauptung bis zum 1. Oktober den vollen Mietzins für Wohnung und Depoteinrichtung bezahlt hat, während ihm andererseits ein Teil der Bierlieferungen entzogen worden sei. Für die Mietzinsquote, die auf die Depoteinrichtung entfällt, hat der Kläger das entsprechende Äquivalent dadurch erhalten, dass er (oder seine Ehefrau) den Vertrieb mit Hilfe dieser Einrichtung weiter besorgen und damit, wie unbestritten, Gewinn erzielen konnte, während die Beklagte nach dem Gesagten befugt gewesen wäre, ihm sowohl die Bierlieferungen als die Depoteinrichtung sogleich zu entziehen.

5. — Was die Widerklage anlangt, so ist in tatsächlicher Beziehung die vorinstanzliche Feststellung zu Grunde zu legen, dass der Kläger vom Frühjahr 1913 — und nicht schon, wie die erste Instanz annimmt, vom Mai 1912 — an in Örlikon das Depot einer Konkurrenzfirma betrieben hat. Die Voraussetzungen, von denen das Konkurrenzverbot nach dem Verträge in zeitlicher und örtlicher Beziehung abhängt, sind damit gegeben. Ferner wird seine Anwendbarkeit auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Beklagte vom Verträge zurückgetreten ist, denn dieser Rücktritt rechtfertigte sich durch ein Verschulden des Klägers, aus dem er keine Einwendung gegen den Anspruch der Beklagten aus der Übertretung des Verbotes herleiten kann.

Mit Unrecht bestreitet der Kläger die gesetzliche Gültigkeit des bedungenen Verbotes unter Berufung darauf, dass ein Konkurrenzverbot nach Art. 356 Abs. 2 rev. OR nur zulässig sei, wenn der Dienstpflichtige durch die

spätere Verwendung seines Einblickes in den Kundenkreis oder die Geschäftsgeheimnisse des Dienstherrn diesen erheblich schädigen könnte. Ob diese Bestimmung eine im Interesse der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit aufgestellte nach Art. 2 SchlT ZGB bilde und daher auch für das vorliegende, noch unter dem alten OR vereinbarte Konkurrenzverbot massgebend sei, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls sind die durch Art. 356 geforderten Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Konkurrenzverboten hier gegeben. Durch seine Stellung und Tätigkeit als Depothalter konnte der Kläger nicht nur die Namen der Abnehmer des Bieres der Beklagten im vertraglich umschriebenen Kreise in Erfahrung bringen, sondern auch ihre persönliche Bekanntschaft machen und sich über ihre Wünsche und Bedürfnisse orientieren. Das ermöglichte ihm, nach seinem Austritt der Beklagten durch seine Konkurrenzfähigkeit unter Umständen in grösserem Umfange Kunden zu entziehen. Die Voraussetzungen des Art. 356, namentlich der verlangte « Einblick in den Kundenkreis » und die Möglichkeit einer « erheblichen Schädigung », liegen damit vor und die vertragliche Strafbestimmung ist also anwendbar.

Dass der bedungene Strafbetrag von 6000 Fr. richterlich zu ermässigen sei, bestreitet die Widerklägerin nicht mehr. Es fragt sich nur noch, ob die Vorinstanz mit der Herabsetzung auf 3000 Fr. zu wenig weit gegriffen habe. Der Widerbeklagte behauptet hier zunächst, sein Absatzgebiet sei lediglich Örlikon und Umgebung gewesen und der Widerklägerin in Wirklichkeit aus seinem Vertriebe kein Schaden erwachsen. Demgegenüber ist auf die Würdigung der Vorinstanz zu verweisen, wonach die Parteien, da sie Örlikon in den vertraglich festgesetzten Rayon des Konkurrenzverbotes einbezogen, offenbar auch auf diese Distanz eine Schädigung durch Konkurrenzfähigkeit des Widerbeklagten für möglich gehalten hätten und wonach dieser denn auch in Anbetracht

der günstigen Verkehrsverbindungen zwischen den beiden Ortschaften sehr wohl im Stande gewesen sei, bisherige Kunden in der Umgebung von Uster von Örlikon aus zu bedienen. Sodann macht der Widerbeklagte geltend, die Brauerei Wädenswil, von der er in Örlikon sein Bier bezog, sei durch einen zwischen den zürcherischen Brauereien bestehenden Kundenschutz- und Freundschaftsvertrag verhindert gewesen, an Kunden der Widerklägerin in Örlikon Bier abzugeben. Auch dieser Einwand scheidet an der zutreffenden Würdigung der Verhältnisse durch die Vorinstanz, wonach anzunehmen ist, dass solche Verträge praktisch nur eine bedingte Einschränkung der Konkurrenz bedeuten, dass sie zudem nur für die Wirte, nicht auch für die Privatkundschaft der Brauereien gelten und dass es im gegebenen Falle an genauern Angaben über den angerufenen Vertrag, aus denen der Ausschluss jeder Schädigung der Beklagten zu entnehmen wäre, fehle. Übrigens war die Widerklägerin nicht nur daran interessiert, sich ihre bisherigen Kunden zu erhalten, sondern auch daran, neue, von ihr und der Konkurrenz noch nicht bediente Abnehmer als Kunden zu gewinnen. Unstichhaltig ist endlich auch die Einwendung, die Widerklägerin habe ihr Geschäft liquidiert und der Widerbeklagte habe ihr daher keine Konkurrenz mehr machen können. Die Vorinstanz hält dem entgegen, dass die Widerklägerin selbstverständlich nicht ohne Rechtsnachfolger untergegangen sei, im besondern was den Eintritt in ihre Geschäftsbeziehungen und Kundschaft als Vermögensaktiven anbetreffe, und der Widerbeklagte hat die tatsächliche Richtigkeit dieser Annahme nicht zu bestreiten vermocht. Danach wurde aber der Konventionalstrafanspruch durch die Liquidation weder aufgehoben noch geschmälert. Berücksichtigt man endlich, dass Konventionalstrafen die Vertragshaftung verstärken und den Vertragsbruch verhüten sollen und dass sie laut Art. 180 aOR sogar bei Nichteintritt eines Schadens verfallen sowie dass der Wider-

beklagte nach vorinstanzlicher Annahme aus seiner vertragswidrigen Konkurrenzfähigkeit einen nicht unerheblichen Gewinn erzielt hat, so erweist es sich als den in Betracht kommenden Verhältnissen angemessen, wenn die Vorinstanz mit der Ermässigung des Strafbetrages nicht unter 3000 Fr. gegangen ist.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das angefochtene Urteil des zürcherischen Obergerichts vom 22. Oktober 1914 in allen Teilen bestätigt.

14. Urteil der II. Zivilabteilung vom 17. Februar 1915
i. S. Schmid, Beklagter, gegen Berger und Zipfel, Kläger.

Automobilunfall. Dem Eigentümer eines Automobils obliegende Sorgfalt in der Auswahl und Beaufsichtigung des Automobilführers.

A. — Der Beklagte hatte im Sommer 1913 von der Firma Senn & Sulzer in Buchs ein Luxusautomobil gekauft. Dieses war ihm am 17. Oktober geliefert worden. Darauf hatte er es bis zum 22. Oktober zu Fahrten im Schwarzwald mit drei andern Personen, worunter Gallus Senn (Teilhaber der Firma Senn & Sulzer), benutzt. Während einer Woche machte er sodann damit verschiedene Fahrten im Kanton St. Gallen, wobei er eine geliehene Kontrollnummer verwendete, weil er noch nicht im Besitz einer Fahrbewilligung für den Kanton St. Gallen war. Die Fahrprüfung hatte er sechs Jahre vorher in Zürich bestanden. Am 1. September hatte er mit der Versicherungsgesellschaft « Zürich » eine « Automobil-Haftpflicht-Versicherung » mit fünfjähriger Gültigkeit abgeschlossen. An den Kaufpreis für das Automobil (6500 Fr.) hatte er in drei Raten 3300 Fr. abbezahlt.