

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 Mehlerpflichtung 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 Mehlerpflichtung 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.

und II. Range zu Gunsten der Ersparniskasse Biel im Gesamtbetrage von 41,611 Fr. Die Kaufpreisrestanz von 48 389 Fr. war auf 1. Juni 1924, den Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr, bar zu bezahlen. Am 30. Mai 1924 wurden die Gebäude durch eine Feuersbrunst teilweise zerstört. Die kantonale Brandversicherungsanstalt setzte die Entschädigung für das ausgebrannte Atelier (Vollschaden) auf 16,000 Fr. und für das Wohnhaus (Teilschaden) auf 8670 Fr., also insgesamt auf 24,670 Fr. fest, unter Zusicherung einer ausserordentlichen Zulage von 4650 Fr. für den Fall des Wiederaufbaues des Ateliers. Am 3. Juni 1924 wurde der Kaufvertrag im Grundbuch eingetragen und am 12. August 1924 die Kaufpreisrestanz von 48,389 Fr. bezahlt. Da sowohl der Verkäufer als die Käuferin die Brandentschädigung für sich beanspruchten, hinterlegte sie die Versicherungsanstalt im fälligen Betrage beim Richteramt Biel.

B. — Mit der vorliegenden Klage hat die Käuferin die — heute noch streitigen — Begehren gestellt :

« 3. Es sei festzustellen, dass die Klägerin berechtigt ist, die von der kantonalen Brandversicherungsanstalt geschuldete Brandentschädigung gemäss Art. 86 des Gesetzes über die kantonale Versicherung gegen Feuergefahr einzufordern und, soweit diese Entschädigung gerichtlich hinterlegt werden wird, beim Gericht zu erheben. Maire habe zu der Ausbezahlung der Entschädigung an die Klägerin seine Einwilligung zu geben, eventuell habe das Gericht an Stelle des Maire die erforderliche Ermächtigung zum Bezuge der Entschädigung zu erteilen.

4. Für den Fall, dass erkannt werden sollte, Maire könne die Brandentschädigung direkt beziehen, sei die Klägerin als berechtigt zu erklären, eine Summe in der Höhe der Brandentschädigung vom Kaufpreise in Abzug zu bringen, und Maire sei zu verurteilen, der Klägerin eine Summe in der Höhe der bezogenen

Brandentschädigung nebst gesetzlichem Zins auszubezahlen. »

Mit Eingabe vom 9. Oktober 1924 und anlässlich der Hauptverhandlung hat die Klägerin das Rechtsbegehren 3 wie folgt ergänzt :

« a) Das Klagebegehren 3 wird nicht nur auf das kantonale Brandversicherungsgesetz gestützt, sondern auch auf das eidgenössische Recht.

b) Für den Fall und insoweit, dass das Gericht nicht eine Legalzession der Brandentschädigung annehmen sollte, wird zum Klagebegehren 3 der ergänzende Antrag gestellt, Maire sei zu verurteilen, den Brandentschädigungsanspruch an die Firma Lindt & Peter abzutreten. »

Begründend führte sie aus : Der Anspruch auf die Brandentschädigung sei gemäss Art. 86 des Gesetzes über die kantonale Versicherung der Gebäude gegen Feuergefahr vom 1. März 1914 auf sie als neue Eigentümerin übergegangen ; eventuell habe sie gemäss Art. 119 OR darauf als Ersatzleistung für die zerstörten Gebäude ein Anrecht, jedenfalls aber müsse für den Minderwert der Gebäulichkeiten ein entsprechender Abzug am Kaufpreis zugelassen werden.

Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage, im wesentlichen unter Berufung darauf, dass Nutzen und Schaden der Kaufsache zur Zeit des Brandfalles noch nicht auf die Käuferin übergegangen waren. Eine teilweise Erfüllungsunmöglichkeit im Sinne von Art. 119 OR liege nicht vor. Er sei bereit, die Gebäude wieder in einen dem frühern gleichwertigen baulichen Zustand zu setzen, sofern die Klägerin das angesichts des Umstandes, dass sie dieselben zwecks Abbruches und Ersetzung durch einen Neubau gekauft habe, verlangen könne.

C. — Mit Urteil vom 14. November 1924 hat der Appellationshof des Kantons Bern das Rechtsbegehren 3 der Klage abgewiesen, dagegen das Rechtsbegehren 4 in dem Sinne zugesprochen, dass er den Beklagten

zur Zahlung von 24 670 Fr. nebst 5% Zins seit 31. Juli 1924 an die Klägerin verurteilte.

D. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag auf gänzliche Abweisung der Klage.

Die Klägerin hat sich der Berufung angeschlossen mit dem Begehren um Zuspruch des Rechtsbegehrens 3; eventuell beantragt sie Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Beweisergänzung.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — Soweit die Vorinstanz feststellt, dass der Anspruch auf die Brandentschädigung der Versicherungsanstalt gegenüber nach Art. 86 des Gesetzes über die kantonale Versicherung der Gebäude gegen Feuersgefahr vom 1. März 1914 dem Beklagten zustehe, der nach dem Gesetze auch nicht verpflichtet sei, ihn an die Käuferin abzutreten, entzieht sich das angefochtene Urteil, weil auf der Anwendung kantonalen Rechts beruhend, der Nachprüfung des Bundesgerichts.

2. — Fragen kann es sich nur, ob die Klägerin aus den das Kaufgeschäft beherrschenden Bestimmungen des Obligationenrechts einen Rechtsgrund für die Überlassung der Entschädigung an sie herzuleiten vermöge. Sie beruft sich hiefür in erster Linie auf Art. 119 OR, indem sie geltend macht, der Leistungsgegenstand sei durch Zufall teilweise untergegangen und die Vertragserfüllung insoweit unmöglich geworden, allein der Beklagte sei verpflichtet, ihr den für die zerstörten Teile erlangten Ersatz, die Versicherungssumme, herauszugeben, bezw. den Anspruch darauf an sie abzutreten. Auf Grund der Feststellungen der Vorinstanz ist zweifellos, dass die Gebäude durch die Feuersbrunst in erheblichem Umfange zerstört worden sind, beträgt doch die von der Brandversicherungsanstalt anerkannte Entschädigung ca.  $\frac{3}{4}$  der ganzen Versicherungssumme. Freilich handelt es sich insofern um keine objektive,

absolute Leistungsunmöglichkeit, als das Kaufobjekt durch Wiederherstellung der Gebäude in den frühern Stand gebracht werden könnte, was zu bewerkstelligen der Beklagte anbietet. Die Frage nun, ob sich die Klägerin diese Ausbesserung der ihr rechtswirksam zu Eigentum übertragenen Kaufsache gefallen lassen müsse, ist nach den Grundsätzen über Treu und Glauben zu beurteilen: entscheidend kommt es darauf an, ob diese Massnahme nach vernünftigen geschäftlichen Erwägungen angezeigt und der Käuferin zuzumuten sei. Die Vorinstanz hat dies mit folgender Begründung verneint: « Die brandbeschädigten Gebäulichkeiten sind alt und durch ihren Grundriss wird das wertvolle Terrain nur unvollkommen ausgenützt. Deswegen waren sie schon vor dem Brande dem Abbruch in absehbarer Zeit geweiht. Sie unter solchen Umständen wiederherzustellen, statt den Anlass zu benützen, um jetzt abzubrechen, wäre derart unvernünftig, dass diese Zumutung an die Käuferin in guten Treuen nicht gestellt werden kann. » Auf diese auf der Orts- und Sachkenntnis des Vorderrichters beruhende tatsächliche Würdigung hat das Bundesgericht abzustellen und danach davon auszugehen, dass in der Tat durch den Brandfall ein der Unmöglichkeit der Erfüllung im Sinne von Art. 119 OR rechtlich gleichzustellender Zustand geschaffen worden ist.

3. — Im Gegensatz zum französischen Recht (Art. 1303 CC) und zum deutschen BGB (§ 281) hat das schweizerische Obligationenrecht das gemeinrechtliche Subrogationsprinzip, wonach der Schuldner, der durch Leistungsunmöglichkeit von seiner Schuldpflicht befreit wird, dem Gläubiger den Vorteil herauszugeben hat, den er gerade durch die die Leistungsunmöglichkeit bewirkende Tatsache und in Hinsicht auf die zu machende Leistung als deren Ersatz erhält, nicht ausdrücklich sanktioniert. Wie das Bundesgericht ausgesprochen hat (AS 43 II 234), ergibt sich dieser Grundsatz indessen aus Sinn und Zweck

des Art. 119 OR, indem diese Bestimmung den Schuldner bei unverschuldeter Erfüllungsunmöglichkeit nur deshalb von seiner Haftung, — die an sich als solche für den Schaden wegen Nichterfüllung fortdauern könnte — befreien will, um ihn gegen die nachteiligen Folgen weiterer vertraglicher Gebundenheit sicher zu stellen. Fällt dieser Zweck insofern ausser Betracht, als der die Leistungsunmöglichkeit herbeiführende Umstand dem Schuldner nicht Nachteile, sondern Vorteile in Gestalt eines Ersatzes oder Ersatzanspruches für den weggefallenen Leistungsgegenstand bringt, so entspricht die Befreiung des Schuldners nur dann den Anforderungen der Billigkeit und liegt nur dann im Sinne von Art. 119 OR, wenn er die erlangte Ersatzleistung dem Gläubiger herausgibt. Bei einer individuell geschuldeten Sache liegt es gewissermassen in der Natur der Dinge, dass, falls sie nicht geleistet werden kann, der Anspruch auf die Sache selbst, in den Anspruch auf das Surrogat übergeht, die Obligation also nicht vollständig erlischt, sondern nur den Gegenstand ändert.

Hievon ausgehend ist unbedenklich anzunehmen, dass die Brandentschädigung eine solche Ersatzleistung für die durch die Feuersbrunst zerstörten Teile des Vertragsgegenstandes darstellt (vgl. OSER, Komm. Art. 119, II 4), und daher vom Beklagten herauszugeben ist, nachdem er die entsprechende Vertragsleistung der Klägerin in Gestalt der Kaufpreiszahlung empfangen hat. Dass dieser Ersatz den durch den Brand verursachten Minderwert der Gebäulichkeiten übersteige, behauptet der Beklagte selbst nicht. Sein Einwand, die Klägerin habe keinen Schaden erlitten, weil sie das Grundstück in der Absicht, die Gebäude niederzureissen und einen Neubau zu erstellen, gekauft habe, ist schon deshalb nicht zu hören, weil der Vertrag keine Anhaltspunkte dafür bietet, dass eine solche Veränderung der Kaufsache zum Bestandteil des Vertragsinhaltes geworden wäre, sodass die Verwendung der gekauften Objekte ausschliesslich die Käuferin angeht.

4. — Ist danach aber das Begehren der Klägerin um Überlassung der Brandentschädigung prinzipiell gerechtfertigt, so besteht kein Grund, dieselbe auf den Betrag von 24,670 Fr. zu beschränken; vielmehr ist der Beklagte verpflichtet, die gesamte Brandentschädigung, auf die er als Ersatz für die beschädigten Gebäude der Versicherungsanstalt gegenüber einen Anspruch erworben hat, der Klägerin zu überlassen, ihr also insbesondere auch seinen Anspruch auf die eventuelle ausserordentliche Zulage von 4650 Fr. abzutreten.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Hauptberufung wird abgewiesen, dagegen die Anschlussberufung dahin begründet erklärt, dass der Beklagte in Abänderung des Urteils des Appellationshofes des Kantons Bern vom 14. November 1924 verpflichtet wird, den Anspruch auf die gesamte Brandentschädigung, mit Einschluss der eventuellen Zulage von 4650 Fr., an die Klägerin abzutreten.

**32. Arrêt de la 1<sup>re</sup> Section civile du 2 mars 1925**  
dans la cause **Payan contre Velocitas S. A.**

*Souscription d'actions :* Nullité d'une convention qui autoriserait le souscripteur à différer le versement du solde de sa souscription « jusqu'au jour où le change serait redevenu normal ».

A. — Le 17 octobre 1917, Louis Payan, transitaire à Marseille, a signé un « bulletin de souscription » rédigé dans les termes suivants : « Je soussigné, Louis Payan... déclare souscrire à cent actions, d'une valeur nominale de mille francs chacune, de « Velocitas » Transports internationaux, société anonyme dont le siège est à Genève, que je m'engage à libérer dès maintenant et en argent suisse, à raison de six cents francs par action, le surplus étant payable à première demande du Conseil