

denn auch, man habe es mit einer solchen Klage zu tun. Diese Behauptung geht aber offensichtlich fehl. Es handelt sich um eine eigentliche Konventionalstrafe, wobei die Parteien sich über die Höhe des zu ersetzenden Schadens von vornherein geeinigt haben. Die Konventionalstrafe ist auch dann verfallen, wenn dem Gläubiger ein Schaden nicht erwachsen ist, Art. 180 aOR, sobald nur die Voraussetzungen erfüllt sind, an welche die Parteien ihren Eintritt geknüpft haben. Diese Voraussetzungen (Vertragsbruch und « daherige » vorzeitige Auflösung des Vertrages) sind hier gegeben. Entscheidend für die Frage der Herabsetzung ist das Verhältnis der Konventionalstrafe zu dem durch sie zu befriedigenden Interesse, vergl. Praxis 2 S. 243. Im vorliegenden Fall ist nun ein Missverhältnis zwischen der Höhe der Konventionalstrafe und dem bedeutenden Interesse, das der Beklagte an der korrekten Erfüllung des Vertrages durch die Kläger hatte, nicht ersichtlich.

Da der Vertrag die Kläger auf 10 Jahre vom 1. Juli 1906 an band und der Vertragsbruch Ende Dezember 1911 erfolgt ist, käme für die Berechnung der Konventionalstrafe ein Zeitraum von $4\frac{1}{2}$ Jahren in Betracht, wenn der Beklagte seinen Anspruch nicht selber vor den kantonalen Instanzen auf $4\frac{1}{4}$ Jahre, d. h. von 13,500 Fr. auf 12,750 Fr. reduziert hätte, was das Kantonsgericht übersehen hat. Indessen kommt diesem Umstande praktische Bedeutung im Endergebnis nicht zu. Denn die Gegenforderung des Beklagten, die sich zusammensetzt aus der Konventionalstrafe von 12,750 Fr. und dem Fakturaguthaben im anerkannten Minimalbetrage von 4407 Fr. 50 Cts. übersteigt auch dann den eingeklagten Betrag, abzüglich des unbegründeten Anspruchs auf Bezahlung einer Konventionalstrafe durch den Beklagten.

5. — Sonach ist die Klage gänzlich abzuweisen, ohne dass die vom Beklagten bestrittene Klageforderung 2 auf ihre Begründetheit untersucht und ohne dass auf die Rechnungsdifferenzen hinsichtlich der Klageforderung 1

und des Fakturaguthabens des Beklagten eingetreten zu werden braucht.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 5. Januar 1914 bestätigt.

42. Urteil der I. Zivilabteilung vom 21. März 1914 i. S.

A.-G. Hackerbräu München, Klägerin,

gegen Bauer, Beklagten.

Bierlieferungsverpflichtung für die Dauer von 15 Jahren. — Schadenersatzklage der Brauerei wegen Verletzung dieser Verpflichtung. — Einredeweise Anfechtung des Vertrages durch den Beklagten auf Grund der Art. 20 OR und 27 ZGB. Rechtsanwendung in örtlicher Hinsicht. Verhältnis der Art. 20 und 27 cit. und des Art. 17 aOR zu einander in Hinsicht auf den Rechtsbegriff des « Unsittlichen ». Die zehnjährige Frist des Art. 351 OR ist nicht analog auf andere Vertragsverhältnisse anwendbar. — Frage, ob eine Normalfrist für die sittlich zulässige Höchstdauer vertraglicher Bindung bestehe. — Anwendung von Art. 20 Abs. 2 auf den gegebenen Fall, Schadenswürdigung. — Kumulative Konventionalstrafe: Ihre Zulässigkeit unter dem frühern und dem rev. OR.

1. — Der Beklagte, Wilhelm Bauer, hat Ende 1904 die altbekannte Wirtschaft zum « Metzgerbräu » an der Beatengasse in Zürich I vom bisherigen Eigentümer Guichard zum Weiterbetrieb käuflich erworben. Am 13. Dezember d. J. wurde ihm die Liegenschaft zugefertigt. Vorher, am 5. November 1904, ging er gegenüber der Klägerin, der A.-G. Hackerbräu in München, folgende Verpflichtung ein: « Ich verpflichte mich hiermit, vom » Tage des Kaufes ab des nachgenannten Anwesens durch » mich auf die Dauer von 15 Jahren d. h. bis zum 1. Ok-

» tober 1919 meinen gesamten Bierbedarf für das von mir
 » zu erwerbende Restaurant zum Metzgerbräu in Zürich
 » ausschliesslich ununterbrochen von der A.-G. Hacker-
 » bräu in München, resp. von deren Zürcher Vertreter
 » nach der jeweiligen Bestimmung der Hackerbrauerei
 » zu dem Preise von 34 Fr. für Braunbier und 36 Fr.
 » 50 Cts. für Hackerbräu-Pilsener pro Hektoliter zu be-
 » ziehen und die vorgenannte Wirtschaft und Hotelbe-
 » trieb persönlich mit meiner Frau auszuüben. . . . Ich
 » verpflichtete mich ferner, ausser dem vorgenannten Ge-
 » schäfte für die Dauer dieser Vereinbarung kein anderes
 » Geschäft zu betreiben, noch betreiben zu lassen, und
 » eine Verpachtung des Metzgerbräu oder Wirtschafts-
 » führung durch Dritte nur mit Genehmigung der A.-G.
 » Hackerbräu in München vorzunehmen. — Falls ich
 » gegen die vorstehend eingegangenen Verpflichtungen
 » verstosse, so ver falle ich in eine Konventionalstrafe von
 » 5000 Fr. unbeschadet der sonstigen Ansprüche der A.-G.
 » Hackerbräu an mich. »

In einem Nachtrag vom 15. November 1904 ver-
 pflichtete sich der Beklagte überdies, « vorstehende Be-
 dingungen » seinem Rechtsnachfolger zu überbinden.

Laut dem Fertigungsakt erging der Kauf um
 420,000 Fr., während sich der amtliche Schätzungswert
 der Liegenschaft nur auf 380,000 Fr. belief. An den
 Kaufpreis bezahlte der Beklagte 78,549 Fr. 50 Cts. bar
 ab; der Rest blieb hypothekarisch stehen. Das eigene
 Vermögen des Beklagten betrug damals nur 10,000 Fr.
 Um die Kaufpreisanzahlung machen zu können, erhielt
 er von der Klägerin ein Darlehen von 80,000 Fr., das
 durch die Liegenschaft zum Metzgerbräu durch Errichtung
 eines Schuldbriefes vom 13. Dezember 1904 hypotheka-
 risch gesichert wurde. Es sollte jährlich mit 5 % verzinst
 und auf eine sechsmonatliche, beiderseits erst vom
 1. Oktober 1919 an zulässige Kündigung zurückbezahlt
 werden. Unbeschadet dieser Kündigungsbestimmung war
 die Darlehensschuld sukzessive in der Weise zu amorti-

sieren, dass der Schuldner für jeden Hektoliter von der
 Klägerin bezogenen Bieres drei Franken über den ver-
 einbarten Preis hinaus bezahlen, mindestens aber halb-
 jährlich 2000 Fr., die genannten Zuschläge inbegriffen,
 abtragen sollte. Im ferneren räumte der Schuldbrief der
 Klägerin für gewisse Fälle, das Recht zur sofortigen
 Rückforderung des noch ausstehenden Schuldbetrages
 ein. . . .

Bis zum 15. Juli 1913 hielt sich der Beklagte an die
 vereinbarte Bierbezugsverpflichtung. Von da an aber
 begann er den Ausschank eines andern Bieres, nachdem
 er die Klägerin hievon ohne Angabe eines Grundes be-
 nachrichtigt und sie ersucht hatte, ihm eine Aufstellung
 seiner Verbindlichkeiten auf jenen Tag zukommen zu
 lassen. In der Folge zahlte er der Klägerin ihr Restgut-
 haben, 47,774 Fr. 45 Cts. gegen Aushändigung des
 Schuldbriefes zurück, worüber die Klägerin unter Vor-
 behalt ihrer Rechte quittierte.

Mit der vorliegenden Klage verlangt nun die Klägerin
 vom Beklagten wegen Verletzung der übernommenen
 Bierbezugsverpflichtung Bezahlung der Konventional-
 strafe von 5000 Fr. und einer Schadenersatzsumme von
 75,000 Fr., beides mit Zins zu 5 % seit der Klageein-
 leitung (11. September 1913). Sie macht geltend, dass sie
 bis zum Ablauf der Vertragsdauer, dem 1. Oktober 1919,
 nach den bisherigen Bezügen im ganzen noch 15,210
 Hektoliter hätte liefern können, mit einem Reingewinn
 von mindestens 5 Fr. den Hektoliter, sodass ihr ein
 Nettoverdienst von 76,050 Fr. entgangen sei; nach Ab-
 zug von 1050 Fr. für Zinsvergütung usw. verbleibe die
 eingeklagte Schadenssumme. Der Beklagte hat Abweisung
 der Klage beantragt mit der Begründung, das streitige
 Vertragsverhältnis sei nach den Art. 20 OR und 27 ZGB
 nichtig, weil es seine wirtschaftliche Persönlichkeit in
 einem die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränke,
 nämlich durch die lange Dauer der übernommenen Be-
 zugsverpflichtung und die damit verbundenen andern,

für ihn sehr onerosen Verpflichtungen. Eventuell hat der Beklagte die eingeklagte Schadenersatzforderung als solche, überhaupt und ihrer Höhe nach, bestritten und geltend gemacht, der Konventionalstrafbetrag sei an den allfällig geschuldeten Schadenersatz anzurechnen. Die Vorinstanz hat die Klage durch Urteil vom 12. Dezember 1913 für insgesamt 40,000 Fr. mit entsprechendem Verzugszins geschützt. Demgegenüber verlangt die Klägerin in der Berufungsinstanz Erhöhung der Schadenssumme auf 60,000 Fr. und gesonderten Zuspruch des Konventionalstrafbetrages, während der Beklagte sein Begehren auf Abweisung der Klage erneuert und eventuell Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Aktenvervollständigung anbegehrt.

2. — Die bundesgerichtliche Zuständigkeit ist gegeben. Namentlich beurteilen sich die streitigen Vertragsbeziehungen nach schweizerischem Recht: Für die Anfechtung des Vertrages wegen übermässiger Einschränkung der persönlichen Freiheit gilt das schon deshalb, weil es sich hier um eine Frage der öffentlichen Ordnung und der Sittlichkeit handelt, die der Richter selbst dann nach der inländischen Gesetzgebung entscheiden muss, wenn im übrigen das Rechtsverhältnis dem ausländischen Rechte unterstände. Hinsichtlich der Schadenersatz- und Konventionalstrafforderung aber, — deren Begründetheit im Falle der Gültigkeit des Vertrages zu prüfen ist, — greift das schweizerische Recht deshalb Platz, weil hier die Folgen der Nichterfüllung von Verpflichtungen des Beklagten streitig sind, denen dieser in der Schweiz zu genügen hatte.

3. — Trotzdem der Vertrag unter dem aOR abgeschlossen wurde, ist nicht dieses, namentlich dessen Art. 17, für die Klage auf Nichtigkeit des Vertrages vom 5. November 1904 massgebend, sondern laut Art. 2 SchlT ZGB das neue Recht. Anzuwenden sind somit der Art. 20 rev. OR und der Art. 27 ZGB, wobei dieser insofern zunächst in Betracht kommt, als der Be-

klagte die behauptete Unsittlichkeit des Vertrages vor allem in einer übermässigen Beschränkung seiner persönlichen Freiheit erblickt. Der Beklagte hat freilich als weitere Normen, die für den Fall von Bedeutung sein sollen, noch den Art. 351 OR betreffend den Dienstvertrag sowie Art. 681 Abs. 3 und Art. 683 Abs. 2 ZGB betreffend das Vor- und Rückkaufsrecht genannt. Allein er behauptet nicht, jedenfalls nicht mehr vor Bundesgericht, dass diese Bestimmungen als Rechtsvorschriften auf das vorliegende Vertragsverhältnis, — das aus verschiedenen Bestandteilen, namentlich einer Bierbezugsverpflichtung und einem Darlehensvertrag kombiniert ist, — analog anwendbar seien. In der Tat liesse sich einer solchen Auffassung nicht beipflichten: namentlich stellt der Art. 351 eine Sonderbestimmung für den Dienstvertrag auf, die im individuellen Charakter dieser Vertragsart begründet ist. Auf alle jene drei Bestimmungen beruft sich der Beklagte vielmehr in dem Sinne, dass sie Ausfluss einer der schweizerischen Gesetzgebung zu Grunde liegenden allgemeinen Anschauung seien, wonach vertragliche Bindungen über 10 Jahre hinaus als unsittlich gelten. Dieser Standpunkt läuft also auf eine Anfechtung des Vertrages wegen Unsittlichkeit, nicht wegen Widerrechtlichkeit, hinaus und damit auf eine Anrufung der Art. 20 OR und 27 ZGB.

4. — Unrichtig ist es und der ständigen Rechtsprechung zuwiderlaufend (vergl. BE 20 610, 29 II 127, 30 II 416³, 33 II 430, WEISS, Berufung, S. 176), wenn der Vertreter des Klägers heute behauptet hat, die Frage der Unsittlichkeit eines Vertragsverhältnisses sei keine Rechtsfrage und daher das Bundesgericht zur Nachprüfung der ihr von den kantonalen Instanzen gegebenen Lösung unzuständig. Die Begriffe des « Unsittlichen » und des « gegen die guten Sitten Verstossenden » werden dadurch, dass sie in die genannten Gesetzesbestimmungen aufgenommen sind, zu Rechtsbegriffen, indem bei der Anwendung der Bestimmungen zu prüfen ist, welchen

Inhalt und Umfang sie ihnen geben wollen (vergl. EGGER, Kommentar zum Personenrecht Art. 27, V 5 a; OSER, Kommentar zum OR, Art. 20, IV, 1, b). Daran ändert auch nichts, dass der Richter bei Feststellung dieser Begriffe sachlich auf Fragen zurückgehen muss, die dem Gebiete der Moral und nicht des Rechtes angehören.

5. — Auf Grund des Gesagten ist zunächst zu bemerken, dass der Ausdruck « gegen die guten Sitten verstossend » in Art. 20 OR inhaltlich nichts anderes besagen will, als die Ausdrücke « unsittlich » des Art. 17 a OR und « die Sittlichkeit verletzend » des Art. 27 ZGB. Denn zweifellos hat darüber, was als unsittlich im Rechtsinne gelten müsse, weder eine Änderung des frühern OR gegenüber dem jetzigen, noch eine Differenzierung zwischen der Bestimmung des OR und der des ZGB geschaffen werden wollen. Mithin muss in dieser Beziehung der Entscheid gleich ausfallen, ob auf den Art. 20 OR oder auf den Art. 27 ZGB abgestellt wird. Sobald anzunehmen ist, der angefochtene Vertrag habe die Freiheit des Beklagten nicht entgegen dem Art. 27 « in einem die Sittlichkeit verletzenden Grade » beschränkt, so engt er sie auch nicht in einem gegen Art. 20 verstossenden Masse ein.

6. — Eine unzulässige Beschränkung seiner Freiheit will der Beklagte in der langen Dauer der übernommenen Verpflichtungen sehen. Zur Begründung hat heute sein Vertreter unter Berufung auf einen Aufsatz über die « Sittlichkeit als Schranke der Vertragsfreiheit », den er in der schweizerischen Juristenzeitung (1914, 18. Heft) veröffentlicht hatte, im wesentlichen geltend gemacht, dass es Aufgabe der Rechtssprechung sei, für die Höchstdauer der sittlich noch zulässigen Vertragsbindung Regeln aufzustellen. Als Normalfall will er für das schweizerische Recht eine Frist von 10 Jahren angesehen wissen, in der Meinung, dass bei besonderen vertraglichen Verhältnissen und im Einzelfall unter besonderen Umständen Abweichungen hievon nach oben

oder unten einzutreten hätten. Zur Begründung stellt er vor allem ab auf den Art. 1² ZGB in Verbindung mit bestimmten Vorschriften der schweizerischen Gesetzgebung, die eine zehnjährige Gebundenheit vorsähen, wie namentlich die genannten Art. 351 OR und 681³ und 683² ZGB sowie der Art. 127 OR betreffend die Verjährung. — Einer eingehenden Prüfung bedarf diese Rechtsauffassung im vorliegenden Falle nicht. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass die Verschiedenheit der einzelnen Vertragstypen sowie der konkreten Vertragsstatbestände und besonderen Verhältnisse eines jeden Falles für die Aufstellung einer solchen Normalzahl wesentliche Schwierigkeiten bieten würden und dass eine 10 Jahre übersteigende Bindung schon deshalb kaum als regelmässig unsittlich gelten könnte, weil andere Gesetzesbestimmungen eine bedeutend längere Gebundenheit vorsehen, so der Art. 749 ZGB für die Nutzniessung und der Art. 788³ für die Grundlast (bei welchen Bestimmungen man es freilich mit dinglichen Ansprüchen zu tun hat). Unter allen Umständen aber träfe diese Durchschnittsfrist auf den gegebenen Fall nicht zu und kann der hier streitige Vertrag trotz seiner auf 15 Jahre sich erstreckenden Dauer nach der ganzen Sachlage nicht als unsittlich gelten.

Zunächst ist nämlich hervorzuheben, dass die Bierbezugsverpflichtung als solche die persönliche Freiheit des Beklagten ausschliesslich in wirtschaftlicher Beziehung beschränkt, nicht aber noch sonstwie daneben, namentlich nicht in Hinsicht auf die freie Verfügung über die Rechtsgüter ausserhalb der Vermögensrechtssphäre. In letzterer Beziehung könnte schon eine geringere oder sogar jede vertragliche Hemmung der persönlichen Freiheit gegen das sittliche Gefühl verstossen. Auf wirtschaftlichem Gebiete dagegen bildet die vertragliche Bindung ein normales Mittel zur Erreichung der vom Einzelnen erstrebten Zwecke und zur Aufrechterhaltung eines geordneten Gemeinschaftslebens und daher wird

die Beschränkung der wirtschaftlichen Persönlichkeit erst dann zu einer unsittlichen, wenn sie wesentliche Interessen der Person verletzt, namentlich die Grundlage ihrer wirtschaftlichen Existenz gefährdet. Sodann lässt sich hier auch nicht sagen, dass der Beklagte durch die Eingehung des Vertrages in ein Verhältnis rechtlicher Unterordnung, wie beim Dienstverhältnis, zu treten hatte, und nach den Akten hat er sich auch nicht unter dem Druck einer Notlage oder tatsächlicher Abhängigkeit von der Beklagten zur Übernahme der streitigen Bezugsverpflichtung entschlossen. Dieser Verpflichtung steht ferner eine Gegenleistung von bedeutendem Werte gegenüber, die Gewährung eines Darlehens von hohem Betrage zu angemessenem Zinsfusse, welches Darlehen dem Beklagten die Erwerbung seiner Geschäftsliegenschaft und die Begründung seines Geschäftes ermöglichte und für das die Klägerin nur zur Hälfte Deckung aus dem Unterpfande erwarten konnte, sodass sie für die andere Hälfte einen reinen Personalkredit mit den ihm anhaftenden Risiken einräumte. Namentlich aber ist darauf zu verweisen, dass sich nach vorinstanzlicher Feststellung die Abwicklung des Vertragsverhältnisses wirtschaftlich in einer für den Beklagten durchaus vorteilhaften Weise gestaltete: Weit entfernt, dass der Vertrag schädigend in die ökonomische Existenz des Beklagten eingegriffen hätte, ist er vielmehr für diesen die Grundlage einer erfolgreichen Erwerbstätigkeit geworden und wenn also durch ihn der Beklagte seine wirtschaftliche Persönlichkeit auf lange Zeit hinaus und in weitgehendem Masse gebunden hat, so hat er damit andererseits wiederum die Möglichkeit erlangt, sie während dieser Zeit in gesicherter Weise vorteilhaft zu betätigen. Unter diesen Umständen könnte er eigentlich höchstens die Frage aufwerfen, ob er nicht während einer zu langen Frist gehindert werde, seine wirtschaftlichen Fähigkeiten noch gewinnbringender, als es ihm der Vertrag ermöglicht, auszuüben. Allein Bestimmtes hierüber hat er weder für die schon abge-

laufene noch für die spätere Vertragsdauer behauptet und rechtlich lässt sich, jedenfalls so wie die Sache liegt, in einer solchen Behinderung, seine ökonomische Stellung zu verbessern, keine gegen Art. 27 verstossende Beschränkung erblicken.

7. — Eine Beschränkung in diesem Sinne liegt aber auch dann nicht vor, wenn man, wie der Beklagte will, die übrigen Verpflichtungen mitberücksichtigt, durch die der Vertrag der Freiheit seines Handelns noch weitere Grenzen gezogen hat. Mit dem Versprechen, während der Vertragszeit « kein anderes Geschäft zu betreiben noch betreiben zu lassen », wird dem Beklagten die geschäftliche Betätigung nur im Wirtschaftsgewerbe, nicht auch in anderen, für die Konkurrenz ausser Betracht fallenden Branchen untersagt. Die vertragliche Verhinderung des Beklagten aber, noch durch einen sonstigen Wirtschaftsbetrieb Gewinn zu erzielen, geht ebenfalls nicht über das sittlich zulässige Mass hinaus und zwar auch nicht in Verbindung mit dem Verbote, von jemanden anders als der Klägerin das Bier zu beziehen. Übrigens kommt der Möglichkeit anderweitiger Betätigung im Wirtschaftsgewerbe nach der Sachlage kaum praktische Bedeutung zu: Hat doch der Beklagte selbst im Prozess den Standpunkt eingenommen, dass schon die Führung des Metzgerbräues seine Arbeitskraft zum Schaden seiner Gesundheit über Gebühr beanspruche.

Auf die letztere Behauptung stützt er sich nun hauptsächlich, um darzutun, dass die fernere Verpflichtung, das Metzgerbräu « persönlich mit seiner Frau » zu führen, gegen den Art. 27 verstosse, was dann auch die Bierbezugsverpflichtung, wenn an sich gültig, zu einer unsittlichen mache. Hier steht eine Beschränkung nicht der wirtschaftlichen Freiheit des Beklagten in Frage, sondern eine solche in Beziehung auf die Möglichkeit, ungehemmt durch äusseren Zwang für sein körperliches und geistiges Wohlbefinden und das seiner Ehefrau Sorge zu tragen. Nun gibt aber dieser Standpunkt schon in tat-

sächlicher Beziehung zu Bedenken Anlass. Bei der Einstellung seiner Bierbezüge hat sich der Beklagte nicht etwa auf solche gesundheitliche Gründe berufen, sondern erklärt, er werde mit dem Ausschank eines andern Bieres beginnen, und er hat auch in der Folge das Metzgerbräu weiterbetrieben und zwar, wie nicht bestritten wurde, in persönlicher Weise wie früher. In rechtlicher Hinsicht aber ist, unter Hinweis auf Art. 20² OR zu bemerken, dass, wenn die Bezugsverpflichtung für sich allein zu Recht besteht, dann ihre Gültigkeit nicht durch einen Mangel beeinträchtigt wird, an dem allfällig die Verpflichtung zur persönlichen Führung des Geschäftes leidet. Denn es ist anzunehmen, dass die Parteien nötigenfalls den Vertrag auch ohne diese Verpflichtung aufzunehmen abgeschlossen hätten; hiefür spricht schon der Umstand, dass sie die Möglichkeit einer Verpachtung des Metzgerbräus vertraglich vorgesehen haben. Übrigens will wohl die bedungene Pflicht zur persönlichen Geschäftsführung nicht als eine absolute gelten, sondern so verstanden sein, dass sie ihre Schranke an dem Unvermögen des Verpflichteten findet, ihr ohne Schädigung der Gesundheit zu genügen. Unter Umständen könnte hiernach der Kläger dem Anspruch auf Erfüllung die Einrede der Unmöglichkeit der geforderten Leistung entgegenhalten (Art. 119 OR). Gerade in Hinsicht auf solche Verhinderungsfälle haben wohl die Parteien die erwähnte Möglichkeit der Verpachtung im Vertrage berücksichtigt. Auf die hierüber getroffene Bestimmung beruft sich nun freilich der Beklagte selbst, soweit sie nämlich der Klägerin das Recht zur Genehmigung einer pachtweisen Übergabe des Geschäftes an einen Dritten einräumt. Allein auch dieses Genehmigungsrecht kann nach Art. 20² nicht für die Ungültigkeit der an sich rechtsbeständigen Bierbezugsverpflichtung beigezogen werden und für sich bildet es zweifellos keine gegen Art. 27 verstossende Freiheitsbeschränkung.

8. — In der Einstellung der Bierbezüge liegt demnach

ein Vertragsbruch und es ist hiemit die Schadenersatzpflicht des Beklagten im Grundsätze gegeben. Bei der Schadensbemessung geht die Vorinstanz von der, auf die früheren Bezüge sich stützenden Berechnung der Klägerin aus, wonach diese bis zum Ablaufe der Vertragsdauer noch 15,210 Hektoliter hätte liefern und daran 5 Fr. per Hektoliter, zusammen also 76,050 Fr. verdienen können. Der Beklagte hat hier nur den Gewinnansatz von 5 Fr. bestritten, ohne aber eine Gegenrechnung aufzustellen. Eine solche Bestreitung brauchte die Vorinstanz umsoweniger zu berücksichtigen, als ihr schon aus andern Prozessen bekannt war, dass der Ansatz nicht zu hoch sei. Mit Recht nimmt sie ferner an, der Schadensbetrag könne nicht einfach der Gewinnsumme von 76,050 Fr. gleichgestellt werden, sondern er bemesse sich nach dem Werte, den die Bezugsverpflichtung des Beklagten beim Vertragsrücktritt für die Klägerin gehabt habe. Von diesem Standpunkte aus hat sie verschiedene Reduktionsgründe in Betracht gezogen, nämlich: dass die Klägerin im gleichen Quartier, wie das Metzgerbräu, einen andern Ausschank ihres Bieres habe eröffnen können und dies tatsächlich auch durch Eröffnung der « Glarner Stube » getan habe, dass mit der Möglichkeit des Todes oder der Erkrankung des Beklagten zu rechnen gewesen sei sowie mit dem Rückgang des Bierkonsums und der steigenden Beliebtheit des Pilsener- gegenüber dem bayrischen Biere, dass im Wirtschaftsgewerbe eine allgemeine Konkurrenz bestehe, die sich für das Metzgerbräu z. B. durch das in der Nähe errichtete grosse Restaurant « Du Pont » fühlbar mache, und dass endlich der Vorteil der Kapitalabfindung einen erheblichen Abzug rechtfertige. Unter Berücksichtigung alles dessen erachtet sie auf Grund ihres freien richterlichen Ermessens eine Schadenersatzsumme von 40,000 Fr. als den Verhältnissen entsprechend.

Gegen diese Würdigung lässt sich bundesrechtlich nichts einwenden, weder was die Erheblichkeit der einzelnen

Reduktionsfaktoren als solcher noch was deren quantitative Bedeutung anlangt. Mit Unrecht namentlich hat die Klägerin behauptet, die Eröffnung der « Glarner Stube » müsse ausser Betracht bleiben, weil sie auch bei einer Fortsetzung des Vertragsverhältnisses daselbst einen Ausschank ihres Bieres hätte eröffnen können. In diesem Falle würde sie aber ihrem eigenen Bierabsatz auf dem Metzgerbräu Konkurrenz gemacht haben und mit Recht hält daher die Vorinstanz dafür, dass die Klägerin einen solchen Schritt schon im eigenen Interesse nicht unternommen hätte. Zudem lässt sich fragen, ob sie sich nicht auch durch Erwägungen rechtlicher oder moralischer Natur von der damit verbundenen Schädigung der Interessen des Beklagten hätte abhalten lassen. Unstichhaltig ist auch ihre Behauptung, die Möglichkeit eines vorzeitigen Todes des Beklagten dürfe nicht als Reduktionsgrund gelten. Es mag zwar dahingestellt bleiben, ob die Vertragsbestimmung, wonach der Beklagte die Bezugsverpflichtung seinen Rechtsnachfolgern überbinden muss, auch für die Erbfolge gelte oder ob die Verpflichtung mit dem Tode des Beklagten erlöschen würde. Jedenfalls aber hätte der Todesfall eine gewisse Störung im Vollzuge des Vertrages nach sich ziehen müssen. Übrigens handelt es sich hier um einen mehr nebensächlichen Punkt und wenn die Vorinstanz hierauf etwas zu viel Gewicht gelegt hat, so gleicht sich das dadurch aus, dass andererseits auch noch die Möglichkeit einer infolge Brandes entstehenden Unterbrechung des Geschäftsbetriebes ins Auge zu fassen ist. Alle anderen Punkte, in denen die Parteien die vorinstanzliche Schadenswürdigung bemängelt haben, betreffen die Würdigung rein tatsächlicher, im besonderen lokaler Verhältnisse, und unterstehen also keiner Nachprüfung durch das Bundesgericht.

9. — Die vertragliche Konventionalstrafe von 5000 Fr. wird von der Vorinstanz an den Schadenersatzbetrag von 40,000 Fr. angerechnet mit der Be-

gründung: Der Vorbehalt im Verträge, wonach die Konventionalstrafe « unbeschadet der sonstigen Ansprüche » der Klägerin verfallt, wolle nur eine den Strafbetrag übersteigende Schadenersatzforderung wahren, nicht das Verhältnis zwischen Strafe und Schaden, wie es für diesen Fall Art. 161² rev. OR (= 180² aOR) vorsehe, abändern. Hienach aber könne der Gläubiger den « Mehrbetrag » über die Strafsumme hinaus einfordern, womit implicite eine Anrechnung der Strafe statuiert werde.

Diese Auffassung beruht zunächst auf einer unrichtigen Auslegung der vertraglichen Strafbestimmung: Wenn die Konventionalstrafe « unbeschadet » der Schadenersatzansprüche verfallen soll, so kann dies nur besagen, dass sie die Rechte der Klägerin auf Ersatz des entstandenen Schadens unbeeinträchtigt (« unbeschadet ») zu lassen habe, dass also die Straf- und die Ersatzforderung voll nebeneinander bestehen sollen. Die Zulässigkeit einer solchen Abmachung, wonach die Erfüllung (oder als deren Surrogat der Schadenersatz) neben der Strafe, als sogenannter Kumulativstrafe, gefordert werden kann, wird jetzt durch Art. 160¹ rev. OR ausdrücklich anerkannt, ist aber auch schon für das aOR zu bejahen (vergl. Revue der Gerichtspraxis 7 N° 74). Die vorinstanzlich angerufene Bestimmung des Art. 161² rev. = 180² aOR bezieht sich nicht auf die alternative Konventionalstrafe und trifft daher auf den vorliegenden Fall nicht zu.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Klägerin wird teilweise, im Sinne der Erhöhung des ihr zu bezahlenden Betrages auf 45,000 Fr. gutgeheissen und das angefochtene Urteil des zürcherischen Handelsgerichts vom 12. Dezember 1913 dementsprechend abgeändert.

Die Berufung des Beklagten wird abgewiesen.