

200 000 fr. indiquée dans l'acte de vente. En effet, au point de vue économique, la situation est la même que si, au lieu de scinder ainsi ses prestations, l'acheteur avait payé un prix global de 210 000 fr. ; en vertu même de son contrat avec le défendeur, le demandeur peut donc prétendre à la partie de ce prix qui dépasse 200 000 fr. Mais d'ailleurs voulût-on même considérer les 10 000 fr. payés en sus comme réellement distincts du prix de vente proprement dit, c'est cependant au demandeur qu'ils devraient être attribués, puisque Cayrac a stipulé qu'ils devaient servir au paiement des commissions : on se trouverait en présence d'une stipulation pour autrui au bénéfice de laquelle le demandeur peut se mettre. Il est vrai qu'il y avait également d'autres courtiers, soit Demierre et Frioud et que ceux-ci ont touché 5000 fr. Mais, outre que l'acheteur Cayrac a été procuré par le demandeur et non par Demierre et Frioud, il avait été entendu dès le début que la commission due à ces derniers serait supportée par le vendeur personnellement et serait prélevée sur le prix de 200 000 fr. (v. lettre Menoud du 10 janvier 1918) — de sorte qu'il ne se justifierait certainement pas de renvoyer le demandeur à partager avec ces courtiers les 10 000 fr. versés en sus de la somme de 200 000 fr.

Le Tribunal fédéral prononce :

Les deux recours sont rejetés et l'arrêt cantonal est confirmé.

**67. Urteil der II. Zivilabteilung vom 11. November 1920
in Sachen Winkler gegen Schweizer.**

OR Art. 160 Abs. 1 : Alternativ- oder Kumulativkonventionalstrafe. ? Auslegung eigentlicher Konventionalstrafversprechen im allgemeinen und speziell solcher zum Schutze von Verpflichtungen zu einem Nichttun, die unzählige Male verletzt werden können.

A. — Am 22. Januar 1916 kaufte der Kläger Schweizer von der Firma Winkler & C^{ie}, Eisenwarenhandlung, in Wallisellen deren Detail- und Migroseisenwarengeschäft « mit einem Warenlager von 8 bis 9000 Fr. zum » Ankaufspreis.... sowie Mobiliar und Bureauaterial » im Betrage von 1000 bis 1200 Fr. » Ziffer 3 u. 10 des Vertrages lauten : « Die Inhaber Herr Heinrich Winkler » und... verpflichten sich für die Dauer von sechs Jahren, » auf 10 Kilometer im Umkreis von Wallisellen kein ähnliches Detailgeschäft zu betreiben noch zu vertreten.... » » Für den Uebertretungsfall ist eine Konventionalstrafe » von 2000 Fr. bestimmt worden. » Als in der Folge die Inventur einen Waren- und Mobiliarwert von 18,862 Fr. 50 Cts. ergab, bezahlte der Kläger diesen Betrag als Kaufpreis.

B. — Am 16. Dezember 1919 machte der Kläger gegen Heinrich Winkler Klage anhängig auf Bezahlung von 2000 Fr. Konventionalstrafe und Feststellung, dass die §§ 3 und 10 des Vertrages noch bis 22. Januar 1922 weiter fort dauern und der Beklagte in jedem Uebertretungsfall eine Konventionalstrafe von 2000 Fr. an den Kläger zu bezahlen habe.

C. — Das Bezirksgericht Bülach verurteilte den Beklagten zur Bezahlung von 2000 Fr., wies aber die Feststellungsklage ab « in der Meinung, dass inskünftig während der Vertragsdauer kein Anspruch des Klägers » mehr besteht auf Konventionalstrafe, dass dagegen

» das Konkurrenzverbot aufrecht bleibt bis zum Ver-
 » tragstermin und dem Kläger das Recht gewahrt wird,
 » später nachweisbaren Schaden nach den allgemeinen
 » Regeln über Schadenersatz separat einzuklagen ». Es
 ging dabei davon aus, dass der Beklagte das Konkurrenz-
 verbot dreimal übertreten und daher die eingeklagte
 Konventionalstrafe zu bezahlen habe, dass ihm zwar
 gegen deren Erlegung der Rücktritt vom Konkurrenz-
 verbot nicht freistehe und dieses demnach weiter be-
 stehen bleibe, dass der Kläger jedoch in der Folge bei
 dessen Uebertretung nicht mehr die Konventionalstrafe,
 sondern nur noch Schadenersatz verlangen könne.

D. — Das Obergericht des Kantons Zürich hat am
 26. Juni dieses Urteil, gegen das nur der Beklagte appel-
 liert hatte, bestätigt. Im Gegensatz zum Bezirksgericht
 hat es angenommen, es liege eine « andere Abrede » im
 Sinne von Art. 160 Abs. 1 OR vor, wonach der Kläger
 die Konventionalstrafe und die Fortdauer des Konkur-
 renzverbotes unter Konventionalstrafe zu fordern be-
 rechtigt sei, es jedoch aus prozessualen Gründen beim
 Urteil des Bezirksgerichts bewenden lassen.

E. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Beru-
 fung an das Bundesgericht eingelegt mit dem Antrage,
 festzustellen, dass die §§ 3 und 10 des Vertrages noch
 bis 22. Januar 1922 in Rechtskraft bestehen bleiben,
 und die Klage im übrigen abzuweisen, eventuell mindes-
 tens die Strafe herabzusetzen. Die Begründung der Be-
 rufung geht dahin, dass er bestreitet, eine Kumulativ-
 konventionalstrafe versprochen zu haben.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Nach dem Urteil der Vorinstanz ist der Kläger
 berechtigt, sowohl für die erfolgten Uebertretungen des
 Konkurrenzverbotes die Konventionalstrafe, als auch
 weiterhin die Erfüllung des Konkurrenzverbotes — immer-
 hin ohne Konventionalstrafschutz — zu fordern. Der
 Beklagte ficht dieses Urteil einzig noch mit der Begrün-

dung an, dass aus dem von ihm gegebenen Konventional-
 strafversprechen die Kumulation dieser Ansprüche nicht
 hergeleitet werden könne. Er verweigert also die Bezah-
 lung der Konventionalstrafe nicht mehr deswegen, weil
 er das Konkurrenzverbot nicht übertreten habe, sondern
 lediglich noch deswegen, weil a u s s e r d e m auch noch
 dessen weitere Einhaltung verlangt und zugesprochen
 worden ist. Es erhebt sich deshalb zunächst die Frage,
 ob, wenn im Falle einer Alternativkonventionalstrafe
 der Straf- und der Erfüllungsanspruch kumulativ gericht-
 lich geltend gemacht werden, der gerichtliche Schutz
 unter Ausschluss des Strafanspruches dem Erfüllungs-
 anspruch zuteil werden soll (in diesem Sinne BECKER,
 Kommentar, Note 16 zu Art. 160), oder ob nicht viel-
 mehr, zumal wenn wie hier das Strafzahlungsbegehren
 vorangestellt worden ist, diesem der Vorrang einzuräumen
 sei. Jedoch braucht zu dieser Frage nur dann Stellung
 genommen zu werden, wenn das Bundesgericht im Ge-
 gensatz zur Vorinstanz zur Verneinung einer Kumulativ-
 konventionalstrafe gelangen sollte.

2. — Gemäss Art. 160 Abs. 1 OR ist die Konventional-
 strafe « mangels anderer Abrede » als Alternativkonven-
 tionalstrafe aufzufassen. Ob diese gesetzliche Regelung
 für den Fall, wo es sich wie hier um den Schutz einer
 Verpflichtung zu einem Nichttun handelt, die unzählige
 Male verletzt werden kann, angemessen ist, erscheint
 allerdings zweifelhaft. Jedoch sind die Ergebnisse, zu
 welchen man bei Anwendung jener Vorschrift auf solche
 Verhältnisse gelangt, nicht derart, dass sie geradezu
 als durch die Natur der Sache ausgeschlossen bezeichnet
 werden müsste. Dagegen ist der Besonderheit dieses
 Falles immerhin in der Weise Rechnung zu tragen, dass
 an den Beweis für eine andere Abrede weniger strenge
 Anforderungen gestellt werden. Abgesehen hievon ist
 bei der Auslegung eigentlicher Konventionalstrafver-
 sprechen, die ja im Interesse des Strafberechtigten ge-
 geben werden, ohnehin vor allem darauf Gewicht zu

legen, welche Meinung dieser damit verbunden wissen, welchen Zweck er damit erreichen wollte, weil der Verpflichtete zur Zeit der Abgabe des Versprechens meist an eine Zuwiderhandlung gegen die unter Konventionalstrafschutz gestellte Verpflichtung gar nicht denken, ihm vielmehr nur formale Bedeutung beizumessen geneigt sein dürfte. Für den Strafberechtigten aber handelt es sich, abgesehen von der Entlastung vom Schadensbeweis, darum, durch die Konventionalstrafe seinem Vertragsgegner einen psychischen Zwang zur Erfüllung der dadurch gesicherten Verpflichtung aufzuerlegen, insofern nämlich, als der Verletzung dadurch vorgebeugt werden soll, dass die für den Verpflichteten damit verbundenen Interessen durch die ihm erwachsenen Nachteile mehr als aufgewogen werden. Im vorliegenden Falle hätte sich nun aber der vom Kläger verfolgte Zweck, dass sich die Verkäufer während der vereinbarten Zeit jeglicher Konkurrenz enthalten, durch eine blosse Alternativkonventionalstrafe offenbar nicht erreichen lassen, da sein Strafanspruch auch dann, wenn jene sofort nach dem Verkauf wieder ein eigenes gleichartiges Geschäft eröffnet hätten, auf 2000 Fr. beschränkt geblieben wäre und er ihn zudem nur unter Aufgabe des Konkurrenzverbotes hätte geltend machen können. Hieraus folgt, dass die streitige Vereinbarung als Kumulativkonventionalstrafe aufzufassen ist, wobei freilich, da der Kläger das vorinstanzliche Urteil nicht angefochten hat, die Konventionalstrafe nur einmal gefordert werden kann. Dies führt zur grundsätzlichen Bestätigung des angefochtenen Urteils.

3. —

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 26. Juni 1920 bestätigt.

68. Urteil der II. Zivilabteilung vom 1. Dezember 1920
i. S. Hauff gegen Stritzky.

Oertliche Rechtsanwendung: deutsches Recht massgehend für einen in der Schweiz von einem Deutschen abgeschlossenen in Deutschland in deutscher Währung zu erfüllenden Darlehensvertrag. — **Umrechnung der Markschuld in Frankenwährung** auf Grund einer in der Schweiz eingeleiteten Arrestbetreibung Art. 67 Ziff. 3 SchKG — Für die Frage, zu welchem Ansatz, und in welchem Zeitpunkt die Umrechnung zu erfolgen hat, welche Bedeutung ihr für den materiellen Bestand der Markschuld zukommt, ist Schweizerrecht massgebend — **Kursschwankungen:** Haftung für sie bei verspäteter Rückzahlung eines Darlehens?

A. — Mit Vertrag, datiert Lugano-Zürich, den 15. März 1919, verpflichtet sich der Kläger « Max Wilhelm Hauff, Stuttgart, z. Zt. in Zürich » der Beklagten Firma Stritzky & C^{ie} in Berlin, zum Zwecke des Einkaufes elektrotechnischer Artikel 150,000 Mark zur Verfügung zu stellen. Nach § 5 des Vertrages sollte das Kapital jederzeit kündbar sein und zwar « dergestalt, dass derjenige Betrag, der von der Firma Stritzky & C^{ie} noch nicht zu Einkäufen verwendet wurde, sofort an Herrn Hauff in Stuttgart abzuführen ist... » Von diesem Kündigungsrecht machte der Kläger am 28. Mai 1919 Gebrauch und forderte die Beklagte auf, ihm 65,000 Mark auf sein Bankkonto in Stuttgart zurückzuzahlen. Da die Zahlung nicht erfolgte, erwirkte Hauff am 6. August 1919 in Zürich auf ein Guthaben der Schuldnerin einen Arrest, wobei er als Arrestforderung angab: « zirka 26,000 Fr. nebst Zins zu 6 % seit 5. Juni. » In der nachfolgenden Betreibung erhob die Beklagte Rechtsvorschlag, worauf der Kläger rechtzeitig die vorliegende Arrestanerkennungsklage erhob. Er verlangte von der Beklagten Zahlung von 26,000 Fr.