

nicht nachgewiesen, daß die Zeit vom 16. Mai bis zu dem von der Beklagten angeetzten Termin (24. Mai) nicht eine angemessene Nachfrist genannt werden könne. Die Ausführungen der Vorinstanz, daß die Speditionsfrist 12 Tage habe betragen müssen, treffen für die Nachfrist im Sinne des Art. 122 D.-R. jedenfalls nicht zu, da hier dem Schuldner zugemutet werden darf, mit Beschleunigung vorzugehen. Endlich ist zu sagen, daß die Klägerin jedenfalls nicht unter Berufung darauf, daß die Nachfrist nicht angemessen sei, alles weitere außer Nachlassung aller Mahnungen und Fristansetzungen vornehmen durfte; sie hätte vielmehr nachweisen müssen, daß sie innert angemessener Frist vom 16. Mai hinweg erfüllt habe. Diesen Nachweis hat sie aber nicht einmal angetreten, wie es denn übrigens nach der Aktenlage auch klar ist, daß eine rechtzeitige Lieferung in diesem der Klägerin günstigsten Sinne nicht stattgefunden hat.

6. Aus dem Gefagten ergibt sich die Abweisung der Hauptklage vom Prinzipalstandpunkte der Beklagten aus; auf deren übrige Standpunkte ist daher nicht einzutreten. Die Widerklage erscheint damit ohne weiteres begründet, sie ist übrigens eventuell weder im Grundsatz noch dem Maße nach bestritten.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

In Gutheißung der Berufung wird das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 1. Dezember 1902 aufgehoben, die Hauptklage abgewiesen und die Widerklage zugesprochen. Demgemäß wird die Klägerin verpflichtet, der Beklagten 107 Fr. 05 Cts nebst Zins à 5 % seit 23. August 1902 zu bezahlen und derselben ferner die bei Thurnheer & Flück bereits aufgelaufenen und noch auflaufenden Lagerkosten zu bezahlen, sowie ein für diese Forderung an dem Wollgarne bestehendes Retentionsrecht anzuerkennen.

32. Urteil vom 1. Mai 1903 in Sachen **Emde**,  
Bekl. u. Ber.-Kl., gegen **Finsler**, Kl. u. Ber.-Bekl.

*Dienstvertrag. — Kompetenz des Bundesgerichts zur Beurteilung einer Einrede aus Dienstvertrag gegenüber einer Klage erb- oder familienrechtlicher Natur. — Leistung von Diensten seitens des konkursiten Ehemannes im Geschäfte seiner Ehefrau. Stillschweigende Vereinbarung einer Vergütung? Art. 338, Abs. 2, O.-R.*

A. Durch Urteil vom 28. Januar 1903 hat die II. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich erkannt:

1. Das Nachlassvermögen der am 29. Juli 1895 gestorbenen Kaveria Fanny Emde geb. Heimgartner beträgt über die durch hierseitiges Urteil vom 23. Januar 1901 festgestellten 2000 Fr. hinaus noch 120,253 Fr. 88 Cts.

2. Der Beklagte ist pflichtig:

- a) der Klägerin sofort 39,364 Fr. 55 Cts. nebst Zins zu 5 % seit dem 12. September 1897 zu bezahlen;
- b) ihre weitere Forderung von 40,114 Fr. 55 Cts. in ausreichender Weise sicherzustellen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit den Anträgen:

1. In Abänderung des angefochtenen Urteils sei die Salärforderung des Beklagten für seine Dienstleistungen in der Firma F. Emde während der Zeit vom 1. Juni 1881 bis 21. Januar 1891 grundsätzlich gutzuheissen.

2. Das Salär des Beklagten sei jährlich auf 7000 Fr., eventuell nach richterlichem Ermessen, festzustellen.

3. Demgemäß sei dem Begehren des Beklagten Folge zu geben, womit er verlangt, daß ihm nach Abzug seines Anteils an den Haushaltungskosten für die Jahre 1881 bis 1891 ein Salär rückstand von 5000 Fr. per Jahr, jeweilen samt Zins à 4 % von Ende des betreffenden Kalenderjahres bis zum 21. Januar 1891 im Vermögensstatus der Firma F. Emde per 21. Januar 1891 gutzuschreiben sei.

## 4. (Kosten.)

5. Die Akten seien zur rechnerischen Rektifizierung des angefochtenen Urteils an die Vorinstanz zurückzuweisen.

C. In der heutigen Verhandlung erneuert der Vertreter des Beklagten diese Berufungsanträge.

Der Vertreter der Klägerin trägt auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In tatsächlicher Beziehung ist aus den Akten hervorzuheben: Der Beklagte, der seit 1876 in Zürich ein Seidenbandgeschäft betrieben hatte, war im März 1877 in Konkurs gefallen. Seit 14. August 1877 führte seine Ehefrau das Geschäft auf ihren Namen unter der Firma F. Emde weiter. Am 15. Mai 1883 erteilte sie an den Beklagten — der von 1877 bis 1881 eine Anstellung bei Maggi & Cie. bekleidet hatte und sich seit 1881 wieder im Geschäft F. Emde betätigte — volle Unterschrift. Laut Eintrag im kantonalen Handelsregister vom 22. Januar 1891 ging an diesem Tage die Firma F. Emde mit Aktiven und Passiven auf den Beklagten über. Am 29. Juli 1895 starb die Ehefrau des Beklagten. In einem wechselseitigen Erbvertrage, den die Eheleute Emde am 4. August 1891 abgeschlossen hatten, war für den — nun eingetretenen — Fall des Vorabsterbens der Ehefrau bestimmt: „1. F. Emde erhält außer dem gesetzlichen Vor-„aus so viel von ihrem Vermögen zu Eigentum, als das dann-„zumal geltende Erbrecht erlaubt. 2. An der übrigen Verlassenschaft hat F. Emde die lebenslängliche Nutzung in der„Meinung, daß derselbe bis zur Volljährigkeit der Tochter Elisa-„betha und allfällig weiterer Nachkommen für deren Unterhalt„und Erziehung in angemessener Weise aufkommt.“ Die Volljährigkeit dieser Tochter Elisabetha (des einzigen aus der Ehe der Eheleute Emde hervorgegangenen Kindes) trat am 12. September 1897 ein; seit 1899 ist sie mit Heinrich Finsler verheiratet. Sie hat nun gegen den Beklagten im Mai 1900 Klage auf Feststellung der Höhe des Nachlasses ihrer verstorbenen Mutter erhoben und ihre gesetzlichen Erbansprüche an ihn geltend gemacht. In diesem Prozesse, in dem das Nachlassvermögen der Ehefrau Emde und damit das Vermögen der Firma F. Emde auf 22. Januar

1891 festzustellen war, hat der Beklagte u. a. den Standpunkt eingenommen, es werde ihm für seine Tätigkeit im Geschäft für die Jahre 1881 bis 1891 ein Salär geschuldet, das auf 7000 Fr. jährlich zu berechnen sei. Werde hievon ein Beitrag an die Haushaltungskosten mit 2000 Fr. abgezogen, so kommen ihm netto per Jahr 5000 Fr. oder für die zehn Jahre 50,000 Fr. zu, mit welchem Betrag, zuzüglich Zinsen von jedem Jahressalär zu 4 %, das Geschäftsvermögen zu belasten sei. Die Klägerin hat diese Salärforderung des Beklagten bestritten. Die erste Instanz (das Bezirksgericht Zürich, II. Abt.) hat dieselbe grundsätzlich für begründet erklärt, mit folgenden Ausführungen: Von 1881 an habe der Beklagte seine Arbeitskraft einzig und allein in den Dienst des Geschäftes der Klägerin gestellt. Einzelne Funktionen des Geschäftsbetriebes, wie Buch- und Kassaführung und Besorgung der Korrespondenz, seien ihm völlig übertragen gewesen; ja er sei als der eigentliche Leiter des Geschäftes zu betrachten. Nach außen sei dieses Verhältnis durch die Erteilung der vollen Unterschrift an den Beklagten zur Kenntnis gebracht worden. Siege demnach ein Dienstverhältnis vor, so müsse gemäß Art. 338, Abs. 2, D.-R., dessen Entgeltlichkeit präsumiert werden, eventuell spreche jedenfalls eine tatsächliche Vermutung für die Entgeltlichkeit, weil diese auch bei einem derartigen Verhältnisse der Anstellung des Ehemannes durch die Ehefrau die Regel bilde. Den ihr danach obliegenden Beweis der Unentgeltlichkeit habe die Klägerin nicht erbracht: es liege nichts für ihre Behauptung vor, daß der Beklagte (als Konkursit) überhaupt kein Vermögen habe erwerben wollen; und daß in den Büchern der Firma F. Emde nirgends ein Salärguthaben des Beklagten eingetragen sei, erkläre sich daraus, daß der Beklagte stetsfort sich selbst als den wirklichen Geschäftsinhaber betrachtet habe. Als Betrag des jährlichen Salärs hat die erste Instanz sodann unter Berücksichtigung einerseits der Tätigkeit des Beklagten im Geschäft, anderseits des jährlichen Nettogewinnes, der auf 10,000 Fr. anzuschlagen sei, die Hälfte hievon, also 5000 Fr., angemessen erachtet. Indem sie hievon 2000 Fr. als Beitrag an die auf 4000 Fr. festgesetzten Haushaltungskosten abgezogen hat, ist sie auf einen Ansaß von 3000 Fr., zusammen also auf ein Lohnguthaben des Beklagten

von 30,000 Fr., gelangt; die Zinsforderung hat sie als unbegründet abgewiesen, weil der Beklagte sein Lohnguthaben unverzinslich im Geschäfte als Darlehen habe stehen lassen. Dagegen hat sie den eventuellen Standpunkt der Klägerin, eine allfällige Lohnforderung wäre durch Bezüge des Beklagten aus dem Geschäfte getilgt, als unbegründet erklärt. Die zweite Instanz, an welche beide Parteien in diesem Punkte appellierten, — die Klägerin mit dem Antrage auf gänzliche Abweisung der Lohnforderung, der Beklagte mit dem Antrage auf Gutheißung in der ursprünglich verlangten Höhe — ist in ihrem Eingangs mitgetheilten Urteile zur Abweisung der Forderung des Beklagten gelangt, unter folgender Erwägung: Es gehe nicht an, ohne jeglichen Anhaltspunkt eine Vereinbarung zwischen den Ehegatten Emde zu präsumieren, wonach dem Beklagten ein Anspruch auf ein jährliches Salär in einem solchen Umfange zugestanden hätte, und ferner, ebenfalls ohne daß in den Akten irgend etwas dafür vorliege, anzunehmen, er habe davon 3000 Fr. jährlich dem Geschäfte zugewendet, bezw. nicht bezogen. In Berücksichtigung der Verhältnisse, welche zu der Uebernahme des Geschäftes durch die Ehefrau Emde geführt, könne in Ermangelung eines schriftlichen Vertrages und irgendwelcher auf eine Salarierung hindeutender Bucheinträge nur davon ausgegangen werden, daß der Beklagte im Geschäfte seinen Unterhalt verdienen, seiner Beitragspflicht an die Kosten der Haushaltung und der Erziehung der Tochter genügen und daneben über so viel Geld habe disponieren wollen, als zur Bestreitung seiner sonstigen Bedürfnisse und Liebhabereien nötig gewesen sei. Jede andere Annahme sei durchaus willkürlich. Dabei falle auch in Betracht, daß aller Wahrscheinlichkeit nach schon während der Dauer dieses Anstellungsverhältnisses den Ehegatten Emde eine Regulierung der zukünftigen Eigentumsverhältnisse am Geschäfte vorgeschwebt habe (wofür auch ein Testamentsentwurf aus den 80er Jahren spreche), wie dieselbe dann in dem Geschäftsübergange vom Jahre 1891 und in dem Erbvertrage vom 4. August 1891 ihre vertragliche Erledigung gefunden habe, so daß der Beklagte schon damals ein eigenes Interesse daran gehabt habe, durch seine Arbeitsleistung an der Prosperität des Geschäftes mitzuarbeiten. Gegen den Entscheid der Vorinstanz in diesem

Punkte richtet sich, wie aus Fakt. B. ersichtlich, die Berufung des Beklagten.

2. Der Vertreter der Klägerin hat heute u. a. die Einrede der Unzuständigkeit des Bundesgerichts zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache erhoben (ohne freilich daraus den Schluß auf Nichteintreten auf die Berufung zu ziehen), da es sich in der Sache um erb- und familienrechtliche Verhältnisse und somit um die Anwendung kantonalen, nicht eidgenössischen Rechtes handle. Diese Auffassung ist offensichtlich unzutreffend. Allerdings handelt es sich bei der Klage um eine Klage erbrechtlicher Natur, eine erbrechtliche Feststellungs- und zum Teil auch Leistungsklage. Allein der Beklagte hält dieser Klage eine Reihe von selbständigen Ansprüchen entgegen, worunter den heute einzig streitigen Lohnanspruch aus Dienstvertrag. Dieser selbständige Anspruch, der durchaus für sich beurteilt werden kann, wird nicht etwa aus familienrechtlichen Bestimmungen hergeleitet, sondern unzweifelhaft auf die Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrechts über den Dienstvertrag gestützt, untersteht also dem eidgenössischen Recht.

3. In der Sache selbst ist nicht streitig, daß der Beklagte im Geschäfte seiner Ehefrau während der Zeit, für die er einen Lohnanspruch erhebt, tatsächlich Dienste, und zwar in umfassendem Umfange, geleistet hat. Ebenso ist unbestritten, daß eine ausdrückliche Vereinbarung eines Lohnes nicht stattgefunden hat; es kann sich danach nur fragen, ob eine stillschweigende Vereinbarung dieses Sinnes anzunehmen sei. Aus der Tatsache der Leistung der Dienste allein folgt nun noch keineswegs das Bestehen eines Dienstvertrages im Sinne der Art. 338 ff. des schweiz. Obligationenrechts, also eines entgeltlichen Anstellungs- und Dienstverhältnisses. Es kann nicht mit der ältern Theorie (vergl. u. a. Dankwart, in Iherings Jahrbüchern, Bd. 14, S. 244) gesagt werden, die Leistung von Diensten begründe an sich schon die Vermutung der Vereinbarung einer Vergütung, da andernfalls Schenkung vorliege, eine solche aber nicht vermutet werde; es kommt vielmehr, gerade auch nach der positiven Bestimmung des Art. 338, Abs. 2, D.-R., auf die Umstände an, ob eine Vergütung als stillschweigend vereinbart zu gelten habe. (Vergl. auch

Entsch. des Reichs-Gerichts in Civilsachen, Bd. IV, S. 121.) Durch die Ausdrucksweise des Gesetzes wird darauf hingewiesen, daß es jeweilen auf den einzelnen konkreten Fall ankommt, daß also jedenfalls eine Rechtsvermutung für die stillschweigende Vereinbarung einer Vergütung (wie sie die erste Instanz in erster Linie angenommen hat) nicht besteht. Dagegen können allerdings gewisse Umstände eine tatsächliche Vermutung im einen oder im andern Sinne begründen, oder, anders ausgedrückt, ein Indizium für die Annahme oder Nichtannahme einer stillschweigenden Vereinbarung einer Vergütung bilden. Zu den Indizien nun, welche darauf hinweisen, daß eine Entgeltlichkeit der Dienste stillschweigend nicht vereinbart, vielmehr Unentgeltlichkeit anzunehmen sei, hat das Bundesgericht in mehreren Entscheiden (s. bes. Urteil vom 10. November 1893 i. S. Jäggi & Cie. gegen Erben Segesser, Amtl. Samml., Bd. XIX, S. 842) ein nahe verwandtschaftliches oder überhaupt familienrechtliches Verhältnis zwischen dem Dienstleistenden und dem andern Teil gerechnet. Ohne daß diese Auffassung auf die Spitze zu treiben wäre, und unter Vorbehalt insbesondere aller Rechte der Gläubiger des Dienstleistenden (namentlich des Konkursiten Ehemannes, der das Geschäft auf seine Ehefrau übertragen hat und nun als Angestellter darin weiter arbeitet) — wird daran festgehalten werden müssen, daß dies der regelmäßige Fall ist, und daher im einzelnen Falle zu untersuchen sein, ob die tatsächlichen Verhältnisse eine Abweichung von dieser regelmäßigen Erscheinung aufweisen. Auch die Auffassung der ersten Instanz, es bestehe auch bei einem derartigen verwandtschaftlichen oder familienrechtlichen Verhältnisse wenigstens eine faktische Vermutung für die Entgeltlichkeit, ist daher unhaltbar. Nun erscheint die Würdigung der Akten, die die Vorinstanz, von dieser richtigen Rechtsauffassung ausgehend, vorgenommen hat, durchaus nicht als aktenwidrig. Auch wenn mit der ersten Instanz die Zeugenaussagen dahin gewürdigt werden wollten, daß der Beklagte der eigentliche Leiter des Geschäftes gewesen sei — so folgt daraus noch nichts für die Entgeltlichkeit der geleisteten Dienste; vielmehr ist mit der Vorinstanz abzustellen auf die Umstände, unter denen der Beklagte s. Z. das Geschäft seiner Ehefrau abgetreten hat und unter denen er nachher ins Geschäft ein-

getreten ist. Alsdann muß mit der Vorinstanz gesagt werden, daß es als willkürlich erscheint, dem Beklagten eine Salärforderung zuzusprechen, das namentlich in Anbetracht des Umstandes, daß eine Gutschrift derartiger Guthaben in den Geschäftsbüchern völlig fehlt. Mit Recht weist die Vorinstanz auch auf die verschiedenen Maßnahmen der Eheleute Emde, ihre Vermögensverhältnisse zu regulieren, hin, woraus wiederum ein Schluß auf die Stellung des Beklagten als nichtbejoldeten Angestellten zu ziehen ist. Die ganze Stellung des Beklagten erscheint vielmehr als Ausfluß seiner ehe- und familienrechtlichen Stellung, unter Berücksichtigung seines Konkurses, denn als Dienstverhältnis im Sinne der Art. 338 ff. O.-R.; welche Ansprüche ihm aus dieser Stellung zukommen, ist aber vom Bundesgerichte nicht zu überprüfen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und somit das Urteil der II. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Januar 1903 in allen Teilen bestätigt.

33. Arrêt du 9 mai 1903, dans la cause de Frise, déf. rec.,  
contre de Feldau, dem., rec.

**Acte illicite:** Accident causé par une automobile. — Cheval conduisant un phaéton, effrayé par une automobile. — **Rapport de causalité** entre les faits du conducteur de l'automobile et l'accident. — **Faute grave.** — Violation des règlements concernant la circulation sur la voie publique. — **Etendue du dommage,** art. 50, 53, al. 1, 54 CO.

A. — Le 29 août 1900, à midi et quart environ, de Feldau suivait, en phaéton, sous la conduite de son cocher Georges Prandi, le Quai du Léman, à Genève, lorsqu'il vit venir en sens inverse l'automobile de de Frise, conduite par ce dernier, à une vitesse d'au moins 15 à 18 kilom. à l'heure. Le