

Art. 287 Ziff. 1 anfechtbare Rechts-handlung dar, so muß die Beklagte zur Herausgabe der von ihr im Dezember 1908 einlassierten Valuta dieses Wechsels nebst Verzugszins an die Kläger verurteilt werden. Dabei erfolgt die Verurteilung an die Kläger selbstverständlich nur im Sinne des Art. 260 Abs. 2 SchRG (vergl. darüber Jaeger, Num. 3 lit. i., Num. 9 und 11 zu Art. 260).

erkannt:

Die Berufung wird in dem Sinne gutgeheißen, daß die Beklagte verurteilt wird, an die Kläger alsessionare der Konkursmasse Franceschetti & Pfister außer den bereits zugesprochenen

Fr. 164 10 noch

„ 4237 10, zusammen also

Fr. 4401 20 nebst 5 % Zins seit 31. März 1911 zu bezahlen.

## II. Prozessrechtliche Entscheidungen. — Arrêts en matière de procédure.

### 1. Berufungsverfahren. — Procédure de recours en réforme.

112. Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. Juli 1912  
in Sachen Jenßen, Kl. u. Ber.-Kl., gegen Weingärtner,  
Bekl. u. Ber.-Bekl.

*Art. 56 OG: Oertliche Rechtsanwendung in Bezug auf ein in einem Dienstvertrage enthaltenes Konkurrenzverbot mit Konventionalstrafklausel, speziell hinsichtlich der Frage der Gültigkeit.*

Das Bundesgericht hat,

da sich ergeben:

A. — Der damals in Kassel wohnhafte Beklagte schloß am 18. April 1906 mit dem Kläger einen Vertrag, wonach er gegen die Vergütung eines festen Gehaltes, der Spesen und gewisser Provisionen als Reisender in dessen Geschäft eintrat. Gemäß diesem Vertrage verpflichtete er sich bei einer Konventionalstrafe von 3000 Mk., während drei Jahren nach Beendigung des Dienstverhältnisses weder Firmen, die er schon für den Kläger besucht habe oder die ihm durch diesen bekannt geworden seien, als Konkurrent aufzusuchen, noch in ein Konkurrenzgeschäft als Angestellter oder Teilhaber einzutreten, noch ein solches zu kaufen oder zu errichten. Durch Nachtragsvertrag vom 22. September 1908 wurde einerseits bestimmt, daß der Beklagte sein Domizil von Kassel nach Basel zu verlegen habe, anderseits wurden Gehalts-, Spesen- und Provisionsvergütung neu geordnet; im Übrigen sollte es bei den früheren Vereinbarungen sein Bewenden haben.

Nachdem der Kläger im August 1909 das Verhältnis durch

Entlassung ohne Kündigung gelöst hatte, belangte er in der Folge den Beklagten bei den bernischen Gerichten auf Zahlung der Konventionalstrafe von 3000 Mk. = 3703 Fr. 50 Cts., indem er behauptete, daß dieser durch seinen Eintritt in die Firma Böhm-Sterchi in Bern, bezw. seine Tätigkeit bei letzterer das im Vertrage vom 18. April 1906 vereinbarte Konkurrenzverbot übertreten habe.

B. — Durch Urteil vom 12. März 1912, den Parteien mitgeteilt am 4. Mai 1912, hat der Appellationshof des Kantons Bern die Klage abgewiesen.

Die Motive des Entscheides gehen davon aus, daß das der Klage zu Grunde liegende Vertragsverhältnis dem deutschen Rechte unterstehe, daß der Beklagte als Reisender unter die Kategorie der Handlungsgehülfen im Sinne des § 59 DGB falle, und daß nach den anwendbaren §§ 74 f. DGB in Verbindung mit § 138 BGB die streitige Konkurrenzklausele, weil eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Beklagten enthaltend und gegen die guten Sitten verstößend, als ungültig erklärt werden müsse.

C. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit folgenden Anträgen:

1. Es sei das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 12. März 1912 abzuändern.

2. Es sei der Beklagte zu verurteilen, dem Kläger einen Betrag von 3000 Mk. à 123.45 unigerechnet gleich 3703 Fr. 50 Cts. zu bezahlen unter gesetzlicher Zins- und Kostenfolge.

D. — Der Beklagte hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen; —

in Erwägung:

1. — Nach Art. 56 DG ist erste Voraussetzung der Zulässigkeit der Berufung, daß der Rechtsstreit von den kantonalen Gerichten unter Anwendung eidgenössischer Gesetze entschieden worden ist oder zu entscheiden gewesen wäre. Das Bundesgericht wäre daher zur Beurteilung der vorliegenden Berufung nur dann zuständig, wenn das Gegenstand des Prozesses bildende Rechtsverhältnis dem schweizerischen Rechte unterstünde. Mit Recht hat in dessen die Vorinstanz erklärt, daß auf den am 18. April 1906

zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag und somit auch auf das darin enthaltene Konkurrenzverbot nicht das schweizerische, sondern das deutsche Recht zur Anwendung komme. Denn es steht fest, daß beide Parteien deutsche Staatsangehörige sind, beide zur Zeit des Vertrages in Deutschland ihren Wohnsitz hatten und daß der Beklagte nach der damals herrschenden Auffassung auch vornehmlich in Deutschland reisen, also hier den Vertrag erfüllen sollte. Angesichts dieser Momente kann aber darüber kein Zweifel bestehen, daß die Parteien selbst ihre vertraglichen Beziehungen dem deutschen Rechte unterstellen wollten, und daß dieses auch dann Anwendung finden muß, wenn man die Frage der Rechtsanwendung, von den Parteintentionen absehend, nach objektiven Merkmalen lösen will. Tatsächlich hat sich denn auch der Kläger selbst vor den kantonalen Instanzen auf deutsches Recht berufen und der Beklagte hat dessen Anwendbarkeit nicht für den Hauptvertrag von 1906, sondern nur für den Nachtragsvertrag von 1908 in Abrede gestellt. Die Frage, nach welchem Rechte der letztere zu beurteilen sei, spielt aber, wie die Vorinstanz zutreffend hervorhebt, hier deshalb keine Rolle, weil das Konkurrenzverbot im Hauptvertrage enthalten ist und dessen Bestimmungen hierüber durch den Nachtragsvertrag nicht abgeändert worden sind.

2. — Zweifelhaft kann nur scheinen, ob das deutsche Recht die gesamte materielle Entscheidung des Rechtsstreites beherrsche, oder ob nicht wenigstens in Bezug auf die — von der Vorinstanz einzig entschiedene — Frage der Zulässigkeit des streitigen Konkurrenzverbotes eine Ausnahme gemacht werden müsse. Auch dies ist aber zu verneinen. Zuzugeben ist freilich, daß das Bundesgericht in einer Reihe von Fällen, wo an sich dem ausländischen Rechte unterstehende Vertragsverhältnisse im Streite lagen, die Kompetenz für sich beansprucht hat, zu prüfen, ob nicht zwingende Normen des eidgenössischen Privatrechtes, wie z. B. das in den Art. 17 und 512 (alt) DG ausgesprochene Prinzip der Nichtigkeit bezw. Unklagbarkeit unsittlicher oder Spielcharakter tragender Geschäfte, der Gutheiligung der Klage entgegenstehen (vergl. US 20 S. 449 Erw. 6, 23 S. 250 Erw. 3 und 4 und die übrigen bei Weiß, Berufung, S. 15 unter c angeführten Entscheide). Allein dies geschah doch stets nur von der Erwägung

aus, daß Geschäften, die der inländische Gesetzgeber im Interesse der öffentlichen Ordnung verboten habe, unter keinen Umständen der richterliche Schutz gewährt werden dürfe, und nicht etwa mit der Begründung, daß die Frage, ob ein Rechtsgeschäft sich innert der gesetzlichen Schranken der Vertragsfreiheit halte, stets nur nach inländischem Rechte zu beurteilen sei. In der Tat wäre auch die letztere Ansicht nicht zu billigen. Denn sie würde zu dem Ergebnisse führen, daß Geschäfte, die nach den strengeren Vorschriften des ausländischen Rechtes unzulässig und ungültig wären, dennoch vom schweizerischen Richter geschützt werden müßten, wenn das schweizerische Recht eine entsprechende Einschränkung der Vertragsfreiheit nicht enthielte. Vielmehr ist in jedem Falle zunächst zu prüfen, ob das im Streite liegende Geschäft nicht schon nach dem an sich darauf anwendbaren ausländischen Rechte ungültig sei. Erst dann, wenn diese Frage verneint werden muß, kann sich die weitere Frage erheben, ob nicht die Ungültigkeit aus zwingenden Vorschriften des schweizerischen Rechtes folge und daher der gerichtliche Schutz zu verweigern sei. Nur dann, d. h. wenn das ausländische Recht der Vertragsfreiheit weitere Schranken zieht als das schweizerische Recht, kann die Anwendung des letzteren in Frage kommen.

3. — Nun bestimmen aber die von den Konkurrenzverboten gegenüber Handlungsgehilfen handelnden §§ 74 und 75 OHGB ausdrücklich, daß solche Verbote nur auf die Dauer von drei Jahren und nur mit Mehrjährigen vereinbart werden können, daß sie auch unter diesen Voraussetzungen nur insoweit gültig seien, als sie sich nach Zeit, Ort und Gegenstand innert der Grenzen halten, durch die eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehilfen ausgeschlossen werde, daß der Prinzipal seine Ansprüche aus dem Verbote verwerke, wenn er durch vertragswidriges Verhalten die Auflösung des Dienstverhältnisses verschulde, und daß, wenn auf die Übertretung des Verbotes eine Konventionalstrafe gesetzt sei, nur diese gefordert werden könne, der Anspruch auf Erfüllung oder Ersatz weiteren Schadens dagegen ausgeschlossen sei. Das OHGB anerkennt also die Gültigkeit der Konkurrenzverbote mit Handlungsgehilfen nur innert der nämlichen, wenn nicht sogar innert noch engerer Schranken, wie sie für das alte Recht auf Grund des Art. 17 OR von der

bundesgerichtlichen Praxis (vergl. über diese die zusammenfassenden Ausführungen in US 30 II S. 525 Erw. 3) aufgestellt und für das neue Recht in den Art. 356 ff. OR nunmehr speziell normiert worden sind. Ein Konkurrenzverbot, das nach schweizerischem Rechte nichtig wäre, ist somit auch nach deutschem Rechte nichtig, so daß, wenn die das Verbot enthaltende Vereinbarung an sich dem deutschen Rechte untersteht, nach dem in Erw. 2 Ausgeführten auch die Frage ihrer Zulässigkeit ausschließlich nach deutschem Rechte zu beurteilen ist; —

erkannt:

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

#### 113. Arrêt de la I<sup>re</sup> section civile du 12 juillet 1912

*dans la cause Compagnie genevoise des Tramways électriques à Genève, dem. et rec., contre Etat de Genève, déf. et int.*

**Recours en réforme.** Eléments nécessaires; application du droit fédéral (OJF art. 58). — **Contestation en matière d'impôts,** spécialement action en enrichissement résultant du paiement d'impôts non dus: droit fiscal cantonal applicable; recevabilité éventuelle d'une **action civile directe** devant le Tribunal fédéral (OJF art. 48).

A. — En exécution d'un arrêté rendu par l'Assemblée fédérale le 22 décembre 1898, portant concession d'un réseau de chemins de fer électriques sur routes dans le canton de Genève, il a été signé le 14 avril 1899, entre l'Etat de Genève et la Compagnie générale des Tramways électriques, un cahier des charges réglant les conditions de l'utilisation des routes par la Compagnie concessionnée. L'art. 42 de ce cahier des charges prévoit que « les concessionnaires empruntant à titre précaire les routes, rues, places et ponts publics paieront à titre de loyer aux administrations compétentes une redevance totale annuelle fixée à 1% de la recette brute..... » L'art. 53 du même cahier des charges porte: « Les concessionnaires se reconnaissent, eux et leurs