

genre de leur travail aurait dû au contraire engager les défendeurs à prendre des mesures de précaution plus complètes. Ils auraient tout d'abord dû comprendre que des cordes ayant une résistance de 600 kilos étaient insuffisantes pour maintenir un animal dont le poids à lui seul était supérieur à cette résistance, et que la présence de deux cordes, non reliées l'une avec l'autre, ne pouvait remédier à cette insuffisance. La circonstance qu'une seule corde avait suffi pendant le voyage sur mer ne leur permettait pas davantage d'admettre qu'il en devait être ainsi pour le transport par véhicule, le cahotement résultant de ce genre de transport devant avoir pour effet de rendre l'animal plus irritable. Les recourants auraient dû également prendre garde au fait que, dans la guimbarde et derrière l'animal, il y avait un espace libre suffisant, lui permettant de déployer toutes ses forces pour rompre ses liens et enfoncer la porte. Enfin, et comme le relève avec raison l'instance cantonale, ils eussent dû « entraver » l'animal, et le mettre ainsi hors d'état de faire usage de sa liberté, même s'il parvenait à s'échapper.

Toutes ces circonstances permettent d'admettre que si les recourants se sont conformés aux usages courants et s'ils ont fait preuve de la diligence accoutumée, ils doivent cependant être considérés comme responsables des conséquences résultant du fait qu'ils n'ont pas agi avec tout le soin commandé par les circonstances.

5. — Il n'y a pas lieu au surplus de reviser la décision de l'instance cantonale en ce qui concerne l'appréciation du dommage. Les frais d'hôpital de 650 fr., réduits à 329 fr., en déduisant les dépenses que la demanderesse aurait dû faire pour subvenir à son entretien, doivent être mis à la charge des défendeurs; le montant en est dû, sans qu'il y ait lieu de rechercher si ces frais ont été réellement payés ou de prévoir l'éventualité de leur abandon en faveur de la demanderesse par l'Hôpital cantonal; cette remise ne pourrait constituer qu'une donation à Dame Chapel, et non une libéralité en faveur des recourants ou de la Société d'assurances contre laquelle ils entendent faire valoir leur recours.

Le calcul du dommage résultant, tant de l'incapacité de travail que de l'infirmité de la demanderesse, est basé sur une expertise; il n'est point contraire à la jurisprudence admise en pareille matière, mais repose au contraire sur une appréciation exacte des circonstances de la cause. Il en est de même de l'allocation d'une indemnité spéciale de 500 francs à teneur de l'art. 54 anc. CO, fondée spécialement sur la possibilité d'une rechute, et que le Tribunal fédéral n'a pas de raisons de modifier dans un sens ou dans un autre.

Par ces motifs

Le Tribunal fédéral
prononce :

Les deux recours, tant le recours principal que celui par voie de jonction sont écartés et l'arrêt de la Cour de Justice civile de Genève du 10 mai 1913 confirmé.

96. Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. Juli 1913
in Sachen *Wahel-Meier*, Befl. u. Ber.-Kl., gegen
Martin, Kl. u. Ber.-Befl.

Gesellschaftsvertrag mit Konkurrenzverbot für einen — den geschäftskundigen — Gesellschafter.

- a) *Uebergangsrecht. Anwendbarkeit des neuen Rechts. Art. 2 SchlT, Art. 27 Abs. 2 ZGB.*
b) *Kriterien der Unsittlichkeit: zu grosse Belastung des einen Teiles zum Vorteil des anderen.*

A. — Durch Urteil vom 19. April 1913 hat die I. Appellationskammer des OStG des Kantons Zürich über die Streitfragen:

„1. Hat der Beflagte anzuerkennen, daß er vertraglich verpflichtet ist, auf die Dauer von 5 Jahren seit dem Austritt aus dem frühern Geschäft *Martin & Wahel*, Pflästereigeschäft in Zürich 3 im Gebiete des Kantons Zürich kein Pflästereigeschäft zu betreiben, noch sich an einem solchen zu beteiligen?

„2. Hat er ferner anzuerkennen, daß er durch die Eröffnung

„des Geschäftes E. Wägel-Meier, Pflästereigenschaft in Zürich 3,
„durch seine Tätigkeit in diesem Geschäft das vertragliche Kon-
„kurrenzverbot übertreten und verletzt hat?

„3. Ist deshalb den Eheleuten Wägel der Weiterbetrieb des
„Pflästereigenschaftes E. Wägel-Meier in Zürich 3 im Kanton
„Zürich auf die Dauer der vertraglichen 5 Jahre zu untersagen?

„Eventuell:

„(4.) Sind die Eheleute Wägel unter Solidarhaft verpflichtet, an
„den Kläger Fr. 3000 Konventionalstrafe zu bezahlen, nebst 5 %
„Zins seit 25. April 1912?“

erkennt:

„1. Dem Beklagten August Wägel wird die Beteiligung an
„dem Pflästereigenschaft E. Wägel-Meier in Zürich 3 auf die Dauer
„der vertraglichen 5 Jahre untersagt.

„Die Klage gegen Frau E. Wägel-Meier wird abgewiesen.

„2.—4. (Kosten).“

B. — Gegen dieses Urteil, das den Parteien am 13. Mai 1913
zugestellt wurde, hat Wägel rechtzeitig die Berufung an das BG
ergriffen mit den Anträgen:

es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage gänzlich
abzuweisen;

eventuell: es seien die Akten behufs Vervollständigung an die
erste, eventuell an die zweite Instanz zurückzuweisen;

subeventuell: es seien die Rechtsbegehren 1—3 abzuweisen und
es sei lediglich das Rechtsbegehren Nr. 4 auf Bezahlung einer
Konventionalstrafe, soweit es sich gegen den Ehemann Wägel richte,
gutzuhelßen und das verlangte Strafgehd erheblich zu reduzieren.

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Be-
klagten diese Anträge erneuert. Der Kläger ist weder persönlich er-
schienen, noch hat er sich vertreten lassen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Parteien schlossen am 15. Mai 1907 folgenden
„Gesellschaftsvertrag“ ab:

„§ 1. Johann Jakob Martin, Kaufmann in Zürich 3, und
„August Wägel, Pflästermeister in Zürich 3, verbinden sich hiemit
„zu einer Kollektivgesellschaft mit dem Zwecke, gemeinsam unter
„der Firma Martin & Wägel in Zürich 3 ein Pflästereigenschaft
„zu betreiben.

„§ 2. Die Gesellschaft nimmt ihren Anfang mit dem 15. Mai
„1907.

„§ 3. Zwischen den Gesellschaftern findet eine Arbeitsteilung in
„der Weise statt, daß Martin das Kaufmännische, Wägel das rein
„Praktische besorgt. Wägel ist hiebei verpflichtet, seine volle Ar-
„beitszeit und Tätigkeit ausschließlich dem Betriebe des Pflästerei-
„geschäftes zu widmen, während Martin berechtigt ist, neben seiner
„kaufmännischen Tätigkeit das von ihm bis anhin innegehabte
„Rechtsbureau in gleicher Weise auf seine persönliche Rechnung
„fortzuführen.

„§ 5. Der Gesellschafter Wägel leistet keine Kapitaleinlage. So-
„weit Betriebskapital nötig ist, wird dasselbe vorläufig, d. h. bis
„Einnahmen erzielt werden, von dem Gesellschafter Martin vor-
„geschossen. Diese Vorschüsse sind zu 5 % zu verzinsen. Zur
„Sicherheit für diese Vorschüsse bestellt die Gesellschaft dem Gesell-
„schafter Martin am gesamten Inventar nach dessen Bezahlung ein
„Faustpfandrecht, sodas bis zur gänzlichen Rückzahlung dieser Vor-
„schüsse das Inventar im alleinigen Besiz des Martin verbleibt.

„§ 6. Für seine Tätigkeit bezieht Wägel per Arbeitstag einen
„Lohn von Fr. 7.—. Der gleiche Betrag kommt dem Gesellschafter
„Martin per Tag für seine kaufmännische Tätigkeit zu. Ein allf.
„Mehrverdienst ist nach Abzug der Unkosten als Gesellschaftskapital
„stehen zu lassen.

„§ 8. Verlust und Gewinn werden von den beiden Gesellschaftern
„je zur Hälfte getragen.

„§ 9. Zur Vertretung der Gesellschaft nach außen führt jeder
„Gesellschafter die rechtsverbindliche Unterschrift.

„§ 10. Zur Eingehung von Verpflichtungen im Betrage von
„über Fr. 500.— ist stets die Zustimmung beider Gesellschafter
„nötig.

„§ 11. Dem Gesellschafter Wägel ist die Eingehung jeglicher
„Bürgschaft im Betrage von über Fr. 100 untersagt. Verletzung
„dieser Verpflichtung berechtigt den Gesellschafter Martin, das So-
„zietätsverhältnis ohne jede Entschädigung an Wägel sofort zu
„lösen.

„§ 12. Dem Gesellschafter Martin steht überhaupt das Recht
„zu, den Vertrag ohne Kündigung aufzulösen. In diesem Falle

„hat der Socius Wäzel lediglich Anspruch auf seinen Lohn und die Hälfte eines allf. vorhandenen Reingewinnes.“

„Für Wäzel ist der Vertrag auf zwei Jahre fest verbindlich. Nach Ablauf dieser Frist steht dem Wäzel das Recht zu, den Gesellschaftsvertrag auf sechs Monate zu kündigen.“

„§ 13. Erfolgt der Austritt des Gesellschafters Wäzel aus irgend einem Grunde, so ist ihm auf die Dauer von 5 Jahren strengstens verboten, im Gebiete des Kantons Zürich ein Pflästereigenschaft zu betreiben oder sich an einem solchen zu beteiligen. Für jede Übertretung dieser Vorschrift hat Wäzel an Martin eine Konventionalstrafe von Fr. 3000. — (Franken dreitausend) zu bezahlen.“

„§ 14. Die Gesellschaft ersetzt dem Gesellschafter Martin die Hälfte der Bureaumiete des Rechtsbüreaus Martin.“

Die Gesellschaft wurde in das Handelsregister eingetragen und nahm auf den vereinbarten Zeitpunkt ihren Anfang. Im Jahr 1908 knüpfte der Beklagte mit einer Amalie Hetty ein Verhältnis an. Diese machte ihm ein Darlehen und er legte davon 200) Fr. in das Geschäft ein. In der Folge verlangte die Hetty von Deutschland aus Rückzahlung des Darlehens. Der Beklagte wurde gerichtlich dazu verpflichtet. Er sandte aber — angeblich auf Betreiben des Klägers — an die Hetty einen Drohbrief, der von der Staatsanwaltschaft Offenburg als Erpressungsversuch angesehen wurde. Der Beklagte wurde ausgeliefert und zu drei Monaten Gefängnis verurteilt, die er im Sommer 1911 erstand. Während er diese Strafe abbüßte, unterbreitete ihm der Kläger ein Formular zur Löschung der Firma im Handelsregister zur Unterzeichnung. Der Beklagte entsprach dem Begehren des Klägers, worauf dieser die Löschung vornahm. Der Beklagte bestreitet, sich der Tragweite seines Schrittes bewusst gewesen zu sein.

Inzwischen hatte er sich mit Emilie Meier, gewesener Büffetdame in Zürich, verheiratet. Diese gründete nach seiner Rückkehr nach Zürich mit seiner Zustimmung unter der Firma E. Wäzel-Meier in Zürich 3 ein Pflästereigenschaft, in dem der Beklagte arbeitet. Die Firma wurde am 18. Januar 1912 in das Handelsregister eingetragen. Nachdem der Kläger ohne Erfolg das summarische Verfahren durchgeführt hatte, um die Einstellung dieses Geschäftes

durch Strafandrohung zu erzwingen, strengte er gegen die Eheleute Wäzel-Meier die vorliegende Klage an. Das Bezirksgericht Zürich wies die Klage gänzlich ab, während das ObG sie in dem sub A hievord angegebenen Umfange schützte.

2. — In formeller Beziehung ist zu bemerken, daß die Einreichung neuer Akten durch den Beklagten in der Berufungsinstanz gegen Art. 80 OG verstößt. Diese Aktenstücke (Reumundzeugnisse, Einbürgerungsbewilligung usw.) fallen daher außer Betracht, sie sind übrigens für den Ausgang des Prozesses unerheblich.

Ferner ist mit der Vorinstanz zu sagen, daß es sich bei den Klagebegehren 1 und 2 um bloße Vorfragen handelt, die bei Behandlung der übrigen Streitfragen zu entscheiden sind.

Endlich fällt die Klage gegen Frau Wäzel-Meier für das BG außer Betracht, da sie von der Vorinstanz abgewiesen wurde und der Kläger das obergerichtliche Urteil nicht weitergezogen hat.

3. — In der Sache selber ist davon auszugehen, daß ein Gesellschafts- und nicht ein Dienstverhältnis vorliegt. Auf dieser Annahme beruht auch das Urteil der Vorinstanz, während die erste Instanz dafür hält, daß nur die Form des Gesellschaftsvertrages gewählt sei; es handle sich in Wirklichkeit um ein Dienstverhältnis, indem der Vertrag in wesentlichen Punkten — und namentlich hinsichtlich der Auflösung — von den gesetzlichen Bestimmungen über die Gesellschaft zu Ungunsten des Beklagten abweiche. Allein dieser Umstand ist nicht ausschlaggebend, da jene Bestimmungen nicht zwingenden Rechtes sind. Entscheidend ist, daß die Kontrahenten einen gemeinsamen Zweck mit gemeinsamen Kräften erreichen wollten (Art. 524 alt, 530 neu OR). Gegen die Annahme eines Dienstvertrages spricht ferner die Vereinbarung über die Teilung von Gewinn und Verlust zu gleichen Hälften unter den Parteien.

4. — Streitig ist vor Allem die Gültigkeit des Konkurrenzverbotes. Und zwar ist mit den kantonalen Instanzen in erster Linie die vom Beklagten erhobene Einrede der Unsittlichkeit zu prüfen. Dieser Prüfung ist das neue Recht zu Grunde zu legen: es handelt sich um Bestimmungen, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt sind (vergl. Ostertag in Schw. Jur. Ztg. 8 S. 384 unten). Maßgebend sind also Art. 27 Abs. 2 ZGB und Art. 20 rev. OR.

Daß die §§ 12 und 13 des Vertrages, jeder für sich allein betrachtet, nicht als „unsittlich“ bezeichnet werden können, ist der Vorinstanz zuzugeben. Es ist in der Tat nichts außergewöhnliches, wenn über die Auflösung einer Gesellschaft Bedingungen vereinbart werden, die für die einzelnen Gesellschafter nicht gleich lauten. Angesichts der großen Verschiedenheit der Lebensverhältnisse muß in dieser Hinsicht der Vertragsfreiheit ein weiter Spielraum gelassen werden. Und es ist nicht zu verkennen, daß der Kläger ein größeres Risiko übernahm als der Beklagte, da er laut Vertrag das Gesellschaftskapital zu beschaffen hatte. Das Konkurrenzverbot sodann ist örtlich und zeitlich beschränkt und bei der Konventionalstrafe könnte es sich höchstens um eine Ermäßigung nach richterlichem Ermessen handeln.

Anders verhält es sich — und das gibt im Grunde auch die Vorinstanz zu —, wenn die in §§ 12 und 13 des Vertrages enthaltenen Bestimmungen in Verbindung miteinander in Betracht gezogen werden. Diese Voraussetzung trifft aber zweifellos zu. Bei Prüfung der Frage, ob ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliege, indem der Beklagte sich im Gebrauch seiner Freiheit in einem die Sittlichkeit verletzenden Grade vertraglich beschränkt habe, ist das Rechtsverhältnis als Ganzes zu würdigen; die §§ 12 und 13 im besondern sind in Verbindung miteinander ins Auge zu fassen und in ihrer Zusammenwirkung zu prüfen; die Stellung des Beklagten muß mit Rücksicht auf diejenige des Klägers beurteilt werden, wie denn auch alle Umstände des Falles heranzuziehen sind (vergl. BGE 30 II 526, Egger, Anm. V in fine und VI 2 zu Art. 27 ZGB). Mit Recht hat das Bezirksgericht bei dieser Sachlage angenommen, es liege eine unzulässige Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit des Beklagten vor und demgemäß die Einrede der Unsittlichkeit begründet erklärt. Die Stellung des Beklagten in der Gesellschaft war auffällig und außerordentlich ungünstiger geregelt wie diejenige des Klägers. Der Beklagte war verpflichtet, seine volle Arbeitszeit und Tätigkeit ausschließlich dem Pflästereigengeschäfte zu widmen, während der Kläger berechtigt war, das von ihm bisher innegehabte Rechtsbureau in gleicher Weise auf seine persönliche Rechnung fortzuführen, und die Gesellschaft ihm sogar die Hälfte des Mietzinses für das Rechtsbureau ersetzen mußte. Dem Beklagten war die Eingehung von Bürgschaften über 100 Fr.

unter Androhung sofortiger Vertragsauflösung untersagt. Überhaupt hatte der Kläger das Recht, den Vertrag jederzeit ohne Kündigung und ohne jede Entschädigung an den Beklagten aufzulösen, während dieser auf zwei Jahre fest gebunden war und auch nachher erst auf sechsmonatliche Kündigung vom Vertrag zurücktreten konnte. Trat aber der Beklagte aus irgend einem Grunde aus der Gesellschaft aus, so war ihm auf die Dauer von 5 Jahren und bei einer Konventionalstrafe von 3000 Fr. für jede Übertretung verboten, im Gebiet des Kantons Zürich ein Pflästereigengeschäft zu betreiben oder sich an einem solchen zu beteiligen, obschon nicht er als gelernter Pflästerer, sondern der Kläger als Laie während des Bestandes der Gesellschaft Erfahrungen sammeln konnte, die er nicht schon früher besaß. Mochte also der Beklagte — der eigentliche Techniker — von seinem Kündigungsrecht Gebrauch, so verzichtete er damit während voller 5 Jahre auf die Ausübung seines Berufes im Kanton Zürich, wo er bekannt war und seit seiner Ansiedelung in der Schweiz ausschließlich gearbeitet hatte. Daraus folgt, daß dem Beklagten der Austritt aus der Gesellschaft tatsächlich verunmöglicht wurde. Der Kläger dagegen war in seiner wirtschaftlichen Freiheit in keiner Weise beeinträchtigt. Er konnte nach dem Ausscheiden des Beklagten sowohl das Pflästereigengeschäft als das Rechtsbureau fortführen und war vor jeglicher Konkurrenz seitens des Beklagten durch das vertragliche Verbot geschützt, das augenscheinlich in seinem ausschließlichen Interesse und nicht in demjenigen der Gesellschaft statuiert war. Eine so weitgehende Beschränkung der persönlichen Freiheit des einen Gesellschafters zu Gunsten des andern ist unvereinbar mit den guten Sitten, sie erweist sich als Ausbeutung der überwiegenden Machtstellung des Klägers und hält vor dem Gesetz nicht stand (vergl. Hafter, Anm. 7—9; Egger, Anm. V und VI zu Art. 27 ZGB; Oser, Anm. IV zu Art. 20 OR).

Daran vermag der Umstand nichts zu ändern, daß der Kläger die Gesellschaft vier Jahre lang bestehen ließ, daß er den Vertrag nicht aus bloßer Willkür, sondern auf einen ernsthaften Grund hin aufgelöst zu haben scheint und daß der Beklagte gegen die Lösung der Firma im Handelsregister keinen Einwand erhob. Maßgebend ist der unzweideutige Wortlaut des Vertrages. Ergibt sich daraus eine zu weitgehende Beschränkung der wirtschaftlichen

Freiheit des Beklagten, so ist der Vereinbarung der Rechtsschutz zu versagen und es wird die Nichtigkeit entgegen der Auffassung der Vorinstanz durch eine scheinbar weniger strenge Anwendung der vertraglichen Bestimmungen nicht geheilt. Die streitigen Bestimmungen sind vom Moment des Vertragsschlusses an nichtig; auf die Art und Weise der Ausführung kommt es nicht an. Ob die Nichtigkeit sich auf den ganzen Vertrag erstreckt oder nur auf einzelne Teile im Sinn von Art. 20 Abs. 2 OR, kann dahingestellt bleiben, da die Klage sich nur auf das Konkurrenzverbot stützt und dieses jedenfalls nichtig ist.

5. — Danach ist das Urteil der Vorinstanz aufzuheben und die Klage in vollem Umfang abzuweisen, ohne daß auf die übrigen Einreden des Beklagten einzutreten ist. Unerörtert bleiben kann ferner, ob der Beklagte im Sinn von § 13 des Vertrages aus der Gesellschaft „ausgetreten“ ist und ob die Klage nicht auch wegen Fehlens dieser Voraussetzung abzuweisen wäre. Endlich entfallen nach dem Gesagten die eventuellen Berufungsbegehren.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung des Beklagten wird begründet erklärt. Demgemäß wird das Urteil der I. Appellationskammer des OStG des Kantons Zürich vom 19. April 1913 aufgehoben und die Klage gänzlich abgewiesen.

97. Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. September 1913
in Sachen **Kurz, Kl. u. Ber.-Kl., gegen Weil-Einstein,**
Bekl. u. Ber.=Bekl.

Abtretung und Verpfändung grundversicherter Forderungen vor dem Inkrafttreten des ZGB kantonrechtlich. — Die Feststellungen von nach kantonalem Rechte zu beurteilenden Tatsachen sind nicht nach Art. 81 OG anfechtbar. — Die Vereinbarung, dass eine Bürgschaftsverpflichtung mit der Abtretung der verbürgten Forderung erlösche, ist zulässig.

A. — Durch Urteil vom 30. April 1913 hat die I. Appellationskammer des zürcherischen Obergerichts in vorliegender Streit-

sache erkannt: „1. Die Klage wird abgewiesen.“ 2.—6. (Kostenpunkt und Mitteilung).

B. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger formrichtig die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrage, die Klage im ganzen Umfange gutzuheißen und den Beklagten zu verurteilen, dem Kläger 20,665 Fr. 30 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 18. Januar 1912 zu bezahlen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Durch Kaufvertrag vom 1. Juli 1909 erwarb der Beklagte Weil-Einstein vom Kläger eine Bauparzelle. Der Kaufpreis war zum Teil durch Übertragung zweier Schuldbriefe, davon der eine — hier in Betracht kommende — von 20,000 Fr. auf Scheuchzerstrasse Nr. 62 in Zürich, zu begleichen. Am nämlichen Tage stellte der Beklagte dem Kläger die Erklärung aus, daß er für die beiden Schuldbriefe, „Ihnen (dem Kläger), aber nur Ihnen persönlich Ausfallbürgschaft leiste“ In der Folge kam der Schuldbrief von 20,000 Fr. in Verlust und mit der vorliegenden Klage, die von der ersten Instanz gutgeheißen, von der zweiten aber abgewiesen wurde, belangt nunmehr der Kläger den Beklagten auf Bezahlung einer Ausfallforderung von 20,665 Fr. 30 Cts. nebst Verzugszins zu 5 % seit dem 18. Januar 1912. Der Beklagte bestreitet seine Zahlungspflicht vor allem mit der Behauptung, der Kläger habe den Schuldbrief in einem Zeitpunkt vor dem 30. November 1909 (und bevor dafür betrieben wurde) seinem Associé S. Weil-Rothschild zu Eigentum abgetreten und durch diese Übertragung sei die Bürgschaftsverpflichtung des Beklagten vom 1. Juli 1909 erloschen. Sie sei ferner auch deshalb untergegangen, weil der Kläger eine von ihm übernommene Verpflichtung, die Bürgschaft geheim halten zu wollen, nicht erfüllt und weil er auch nicht die nötigen Schritte getan habe, um einen Verlust zu vermeiden. Eventuell müsse die Klage zur Zeit abgewiesen werden, weil noch nicht feststehe, daß der Kläger durch die Konkursdividende des Briesschuldners nicht gedeckt werde.

2. — Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Berufung liegen vor. Im besondern untersteht der eingeklagte Anspruch als Bürgschaftsforderung den Bestimmungen des eidgenössischen Rechts; dies namentlich auch hinsichtlich der Frage, ob die vom Beklagten