

Klageabweisungsantrages noch darauf berufen, die Klägerin habe nicht dargetan, dass sie wegen der Verbreitung des fraglichen Attestes auch nur einen einzigen Kunden verloren habe. Dessen bedarf es jedoch zur Begründung eines Klageanspruches auf Grund von Art. 48 OR nicht. Schon die blosser Bedrohung im Besitze der Geschäftskundschaft genügt hiefür; nur ist in solchen Fällen ein Schadenersatzanspruch ausgeschlossen. Einen solchen hat die Klägerin hier auch nicht geltend gemacht. Dass aber im Vorgehen der Reisenden der Beklagten eine derartige Bedrohung erblickt werden muss, steht ausser Zweifel.

3. — Unbehelflich ist endlich auch der Einwand der Beklagten, dass die hier zur Beurteilung stehenden Handlungen lediglich von ihren Reisenden, denen keine Organqualität zukomme, begangen worden seien. Zwar kann — entgegen der im deutschen Recht herrschenden Regelung (§ 13 Abs. 3 des Reichsgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb) — für das schweizerische Recht, mangels einer ausdrücklichen bezüglichen Vorschrift, nicht angenommen werden, dass wenn in einem geschäftlichen Betrieb von einem Angestellten oder Beauftragten Handlungen, die einen unlauteren Wettbewerb darstellen, begangen wurden, ohne weiteres in allen Fällen auch ein Unterlassungsanspruch gegen den Inhaber des Betriebes begründet werde. Doch wird, in analoger Anwendung des dem Art. 55 OR zugrunde liegenden Rechtsprinzips, ein solcher Anspruch jedenfalls dann begründet, wenn der Geschäftsherr nicht nachzuweisen vermag, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet habe, um ein Verhalten dieser Art zu verhüten; wenn ein Geschäftsherr gewisse Funktionen Dritten überträgt, so hat er auch dafür Sorge zu tragen, dass diese nicht die ihnen erteilten Befugnisse in einer Weise missbrauchen, dass daraus für Andere ein Anspruch auf Unterlassung hergeleitet werden kann. Diesen Entlastungsbeweis hat aber die Beklagte nicht geleistet.

Es ist kein Zweifel, dass die Verwendung der fraglichen Prüfungsergebnisse zur Kundenwerbung mit ihrem Einverständnis erfolgte; denn sonst wäre nicht einzusehen, warum die Atteste den Reisenden überhaupt aushingegen wurden. Bei dieser Sachlage hätte die Beklagte aber die Pflicht gehabt, diesen Leuten genaue Instruktionen zu erteilen, wie die Atteste verwendet werden dürfen, und sie hätte sie insbesondere auf die Unzulässigkeit aufmerksam machen müssen, den Kunden nur den für die Beklagte günstigen Attest vorzulegen; denn dass die Reisenden sich zu einem derartigen Vorgehen verleiten lassen könnten, lag äusserst nahe. Dass nun aber die Beklagte nach dieser Richtung irgendwelche Weisungen erteilt habe, ist nicht erstellt und kann auch nicht angenommen werden, angesichts des Umstandes, dass die Beklagte sich heute mit aller Entschiedenheit auf den Standpunkt stellt, es könne in jenem Vorgehen ihrer Reisenden kein unlauteres Gebahren erblickt werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und demgemäss das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 7. Juli 1931 bestätigt.

7. Urteil der I. Zivilabteilung vom 3. Februar 1932
i. S. Eheleute Dietrich gegen Gobbi und Sante Tribò.

Tötung zweier Knaben beim Überschreiten der Strasse durch ein Lastautomobil. Verschulden des übermüdeten Chauffeurs und seines Geschäftsherrn. Schlechter Zustand der Fussbremse. OR Art. 41, 55 (Erw. 1 und 2). — Ablehnung eines Mitverschuldens der getöteten Kinder und ihrer Eltern. OR Art. 44 Abs. 1 (Erw. 3 und 4).

Versorgerschaden. Ob die Eltern in der Zukunft unterstützungsbedürftig und ob die Kinder unterstützungsfähig und -willig geworden wären, beurteilt sich nach der Erfahrung

des Lebens. Anforderungen an den Beweis (Erw. 6). Ablehnung der Anrechnung der weggefallenen Unterhaltungs- und Erziehungskosten als Vorteil an den Versorgerschaden. OR Art. 45 Abs. 3 (Erw. 7).

Genugtuung. Grösse des Schmerzes der Eltern beim Verluste zweier Kinder durch einen einzigen, schrecklichen Unfall. OR Art. 47 (Erw. 8).

A. — Luigi Gobbi, geboren 1899, war als Chauffeur des Sante Tribò, Südfrüchtenhändler, am 30. Mai 1929 morgens kurz nach 6 Uhr mit dessen 2-Tonnenlastautomobil in Begleitung des damals 16 jährigen Ausläufers Dante Pini zum Eilgutbahnhof Zürich und von dort nach Basel und zurück nach Zürich gefahren. Er hatte eine Durchschnittsgeschwindigkeit von 35 km eingeschlagen. Dreimal hatte er Schäden der Bereifung auszubessern. In Basel hatte er eine Lieferung abzuladen. Es war an diesem Tag sehr heiss; die Temperatur betrug morgens 8 Uhr 16,5, um 12½ Uhr 26,6 und um 18½ Uhr 21,7 Grad Celsius. Gobbi litt Durst und trank im Ganzen zwei bis drei grosse Gläser Bier. Auf dem Rückweg musste er in Augst anhalten und etwa eine Viertelstunde schlafen, da er vor Ermüdung die Augen kaum mehr offen halten konnte.

Abends wieder in Zürich eingetroffen, erhielt Gobbi im Geschäft an der Konradstrasse 72 von Sante Tribò den Auftrag, sofort im Magazin an der Brauerstrasse Orangen zu holen. Er begab sich gleich wieder auf den Weg und fuhr zuerst zu einem Pneuvulkaniseur an der Hohlstrasse-Brauerstrasse. Etwa um 18½ Uhr führte er den Lastwagen durch die Hohlstrasse und schwenkte von dort in die Feldstrasse ein.

Die an der Feldstrasse Nr. 130 wohnhaften, am 21. September 1921 und 20. November 1924 geborenen Knaben Paul und Walter Dietrich hatten an jenem Abend nach ihrer Rückkehr vom Schulhort von ihren Eltern die Erlaubnis erhalten, sich mit ihren Trottinets und je einem Stück Brot in die unweit gelegenen Bäckeranlagen zum Spielen zu begeben. Als sie sich beim Restaurant Frei-

heim auf der Strasse neben dem östlichen Trottoir befanden und stillestanden, wurden sie durch den von Gobbi gesteuerten, aus der Hohlstrasse in die Feldstrasse einschwenkenden Lastwagen überfahren und auf der Stelle getötet. Gobbi fuhr mit dem Fahrzeug noch in einem weiten Bogen in die Feldstrasse hinein und brachte es dann zum Stehen.

Gobbi ist am 18. Februar 1930 durch das Schwurgericht von der Anklage der fahrlässigen Tötung freigesprochen worden, doch sind ihm die Kosten der Untersuchung auf-erlegt worden.

B. — Laut Weisungen des Friedensrichteramtes Zürich 4 und 5 haben die Eltern der getöteten Kinder, Paul und Ida Dietrich-Walder, am 27. Februar 1930 gegen Luigi Gobbi und gegen seinen Geschäftsherrn Sante Tribò Klage auf Bezahlung von insgesamt 15,000 Fr. nebst 5% Zins seit dem Datum der Klageeinleitung erhoben.

Die Klagesumme setzt sich nach der Klagebegründung und der Replik folgendermassen zusammen, ist jedoch auf 15,000 Fr. abgerundet worden:

a) Bestattungskosten	Fr.	793.—
b) Versorgerschaden:		
wegen Verlustes von Paul	Fr.	2865.90
wegen Verlustes von Wal-		
ter	»	2451.80
»		5317.70
c) Genugtuung	»	10000.—

C. — Die Beklagten haben Abweisung der Klage beantragt.

D. — Das Bezirksgericht Zürich hat die Prozesse gegen Gobbi und gegen Sante Tribò miteinander vereinigt und die Klage durch Urteil vom 11. Februar 1931 geschützt.

E. — Auf Berufung der Beklagten hin hat das Obergericht das Kantons Zürich mit Urteil vom 2. September 1931 nur einen Betrag von 6000 Fr. nebst Zins zu 5% seit 13. März 1930 zugesprochen; den Anspruch auf Ersatz von Schaden wegen Verlustes der künftigen Versorger hat es abgewiesen.

F. — Gegen diesen Entscheid haben sowohl die Kläger, als die Beklagten die Berufung an das Bundesgericht ergriffen. Die Kläger haben Gutheissung der Klage in vollem Mass, die Beklagten Abweisung, eventuell Herabsetzung des für Genugtuung und Bestattungskosten gewährten Betrages von 6000 Fr. verlangt.

G. —

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Während die erste Instanz angenommen hatte, Gobbi sei im entscheidenden Augenblick mit stark über-setzter Geschwindigkeit gefahren, ist das Obergericht bei der Würdigung des Zeugenbeweises zum Ergebnis gekommen, es sei nicht erwiesen, dass er mit einer unzulässigen Geschwindigkeit in die Feldstrasse hineingefahren sei. Für das Bundesgericht ist gemäss Art. 81 OG diese Feststellung der zweiten Instanz verbindlich.

Das Verschulden Gobbi's kann aber dennoch nicht in Abrede gestellt werden. Einmal hat er nach der Feststellung des Bezirksgerichtes, die durch das Obergericht nicht etwa widerlegt worden ist, nicht rechtzeitig vor dem Einbiegen hinreichende Warnstösse gegeben, welche die Kinder über das Herannahen des Lastwagens hätten unterrichten und zum Ausweichen oder Fliehen auf das nahe Trottoir veranlassen können. Vor allen Dingen hat er es an der unerlässlichen Aufmerksamkeit fehlen lassen. Die Beeinträchtigung der Sicht durch das Eckhaus, der ziemlich rege Verkehr und das Herumstehen von Fussgängern auf dem Trottoir hätten ihn bewegen sollen, seine ganze Aufmerksamkeit der Strasse zu schenken. Statt dessen war er jedenfalls während einer kurzen Zeitspanne geradezu geistesabwesend, denn es ist erstellt, dass er die Knaben überhaupt nicht bemerkt hatte und dass auch der ebenfalls unaufmerksame Pini sie erst erblickt hatte, als sie sich etwa einen halben Meter vor dem Kühler befanden. Sie sind ihm auch nicht etwa auf unvorhersehbare Weise in den Wagen hineingelaufen, sondern er hätte sie auf eine

Entfernung von 10 bis 15 Metern auf der Strasse beim Trottoir wahrnehmen können, wenn er aufgepasst hätte. Der Fehler Gobbi's, mit einem immerhin nicht gerade harmlosen Tempo in eine Strassenkreuzung hineinzufahren, ohne überhaupt mit vollem Bewusstsein auf die Strasse zu schauen, muss sogar als schwer bezeichnet werden umsomehr, als sich dort zwischen den beiden grossen Schulhäusern des Quartiers die der Schuljugend zu Gebote stehende Bäckeranlage ausbreitet und als demnach dort mit Kindern, die den Verkehrsweg überschreiten mussten, zu rechnen war. Die Ermüdung Gobbi's entschuldigt ihn nicht von seiner Fahrlässigkeit, denn entweder hätte er sich gerade deswegen auf dieser Fahrt ganz besonders und mit der letzten Kraft zusammennehmen sollen, oder er hätte, wenn dies über seine Kraft gegangen wäre, diese neue Dienstleistung gegenüber Tribò schlangweg ablehnen sollen. Ein solches Auftreten gegenüber dem Dienstherrn erfordert freilich Mut und ist nicht ohne persönliches Risiko für den Angestellten, allein die grosse Gefahr, die in der Führung eines Motorfahrzeuges durch einen müden Chauffeur liegt, erheischt, dass er trotzdem die Verantwortung und die Fahrt selbst ablehne. Im vorliegenden Fall ist nicht dargetan, dass er auch nur einen Versuch gemacht habe, ja er hat Tribò nicht einmal auf die Gefahr und auf die Verantwortung hingewiesen, während umgekehrt von einem einigermaßen vernünftigen Dienstherrn doch zu erwarten ist, dass er in einem solchen Fall nicht in geradezu verwerflicher Weise auf der Fahrt beharre.

Gobbi hätte entgegen Art. 33 des Konkordates die Führung des Fahrzeuges auch dann nicht beherrscht, wenn er aufmerksam gewesen wäre. Nach den Feststellungen des Bezirksgerichtes hatte er gar nicht die Absicht, die Fussbremse beim Einbiegen in die Feldstrasse in Funktion zu setzen. Sein Einwand, er habe sie schonen wollen und er benütze gewöhnlich die Handbremse, verrät eine merkwürdige Auffassung von den dem Automobilisten auferlegten Sorgfaltspflichten, denn selbstverständlich entbindet

die drohende rasche Abnutzung nicht davon, die Fussbremse zu gebrauchen. In Wirklichkeit geht hier aber aus dem polizeilichen Bremsbericht hervor, dass die Fussbremse überhaupt nicht wirkte und dass Gobbi sie also deshalb nicht benützte. Die Handbremse aber konnte er im entscheidenden Augenblick nicht handhaben, weil er die linke Hand für die Steuerung brauchte. Daraus ergibt sich zur Genüge, dass er selbst bei der — absolut betrachtet — nicht übermässigen Geschwindigkeit nicht im stande war, das Fahrzeug zu beherrschen.

Schliesslich kann nach den Feststellungen der beiden Vorinstanzen, die sich auf die Zeugenaussagen im Strafverfahren und auf die technische Expertise Schwarz stützen, nicht bezweifelt werden, dass auch der Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten Gobbi's und dem Unglück gegeben ist.

2. — Der Geschäftsherr Tribò haftet nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu OR Art. 55 für den von seinem Angestellten Gobbi in Ausübung einer dienstlichen Verrichtung verursachten Schaden auch dann, wenn ihn kein Verschulden trifft, sofern er nur den Entlastungsbeweis, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet habe, nicht erbracht hat (BGE 45 II S. 86, 647; 47 II S. 412; 49 II S. 94; 56 II S. 287, 289; 57 II S. 43). Diesen Beweis hat Tribò nicht geleistet. Um einen Schaden dieser Art zu verhüten, wäre notwendig gewesen, dass Tribò die Unglücksfahrt in Anbetracht der Überanstrengung und Ermüdung des Chauffeurs überhaupt nicht mehr veranlasst hätte. Die Unaufmerksamkeit Gobbi's, wie übrigens auch diejenige des Pini kann nicht anders erklärt werden, als durch die Tagesleistung, die beide hinter sich hatten; es ist bekanntlich keine geringe physische und psychische Anstrengung, bei grosser Hitze von morgens früh bis abends einen Lastwagen zu steuern, Waren abzuladen und die Pneus zu reparieren. Wer aber als Geschäftsherr einen Chauffeur in Kenntnis einer solchen Leistung und der mit dem Ermüdungszu-

stand verbundenen erheblichen Gefahr neuerdings in den Verkehr schickt, statt es bei der Leistung bewenden zu lassen und dem Angestellten endlich eine angemessene Ruhezeit zu gewähren, kann sich nicht darauf berufen, dass er alle erforderliche Sorgfalt habe walten lassen, sondern der handelt im Gegenteil fahrlässig. Daran ändern auch Rücksichten auf eine zweckmässige Arbeitseinteilung und auf die Rendite des Geschäftes nichts, denn die Verkehrssicherheit, von der höhere Rechtsgüter abhängen, geht voran.

Tribò haftet, nicht als Geschäftsherr, aber als Eigentümer des Lastwagens auch für den mangelhaften Zustand der Fussbremse. Dieser Zustand war mit eine Ursache dafür, dass Gobbi das Fahrzeug nicht beherrschte und dass namentlich der eine Knabe, der nach verschiedenen Zeugenaussagen vom Vorderrad nicht erfasst worden war, durch das Hinterrad dann doch getötet wurde.

3. — Die Beklagten erblicken ein Mitverschulden der Kläger darin, dass sie die Knaben mit Trottinets auf die Strasse gehen liessen. Das Bundesgericht hat zwar am 14. Februar 1915 i. S. Métein gegen Péliissier (BGE 41 II S. 227 ff.) entschieden, dass gegenüber dem verletzten Kinde, das eigene Rechte geltend mache, ein Fehler der aufsichtspflichtigen Eltern nicht als Mitverschulden entgegengehalten werden könne, auch wenn die Eltern den Prozess als gesetzliche Vertreter des Kindes führen; es hat aber beigefügt, und das ist für den vorliegenden Fall von Belang: « Sans doute, lorsque les parents élèvent des réclamations qui leur sont propres, par exemple à raison des frais que l'accident leur a occasionnés ou à raison de la perte de soutien de famille, le défendeur peut exciper de leur faute personnelle (BGE 33 II S. 503) »; es ist hier demnach auf die Behauptung der Beklagten einzutreten.

Es ist nicht richtig, dass in Zürich schon zur Zeit des Unfalles ein ausdrückliches polizeiliches Verbot bestanden habe, Kinder mit diesen Laufvelos auf der Strasse fahren und spielen zu lassen. Die einschlägigen Vorschriften

der massgebenden Polizeiverordnung vom 4. Juni 1913 lauten :

Art. 3 Abs. 3 : Kinder dürfen auf der Fahrbahn nicht spielen, wenn dadurch der Verkehr gehindert oder sie selbst gefährdet werden.

Art. 12 Abs. 3 : Die Verwendung von Fahrzeugen, die den Verkehr gefährden oder stören, ist verboten.

Das Trottnet ist dabei nicht erwähnt und es galt nach der Feststellung des Bezirksgerichtes damals noch als ein an sich auf der Strasse zugelassenes Fahrzeug. Einige Wochen nach dem Unfall, der zu diesem Prozess geführt hat, sah sich der Polizeivorstand zu einer authentischen Interpretation der erwähnten Bestimmungen veranlasst, indem er sie dem Publikum in Erinnerung rief und beifügte :

« Darnach ist das Fahren mit dem Trottnet sowohl auf der Fahrbahn, als auch auf dem Trottoir verboten. »

Auch ohne ausdrückliches polizeiliches Verbot musste jedoch den Eltern bewusst sein, dass es in höchstem Grad gefährlich sei, Kinder auf belebten Strassen mit diesem in seiner Fahrriichtung unberechenbaren Spielzeug spielen und sich frei bewegen zu lassen. Dagegen musste es den Eltern nicht einfallen, den Kindern zu verbieten, sich unter Mitnahme, aber ohne Benützung dieses Spielzeuges in eine öffentliche Anlage zu begeben, sofern die Kinder sich auf dem geradesten Weg und ohne dort mit dem Trottnet zu fahren in die Anlage zu verfügen hatten. Eine Pflicht der Eltern, die Kinder zu begleiten, um ja eine Benützung des Trottnets auf der Strasse bis zur Anlage zu verhindern, besteht nicht, denn vielen Eltern wäre dies gar nicht möglich, und die diesbezügliche Behauptung der Beklagten entspringt der irrthümlichen Ansicht, dass die Strasse überhaupt wegen der Automobile nicht mehr für kleinere Kinder da sei. Die Kläger durften sich darauf verlassen, dass sich die beiden Buben in die Bäckeranlagen begeben werden, und diese haben das Vertrauen denn auch gar nicht getäuscht, das man in sie in Bezug auf die Befol-

gung der Anweisungen gesetzt hatte. Nach den Akten kann keine Rede davon sein, dass sie auf der Strasse mit dem Trottnet gespielt hätten, und ganz besonders nicht in dem Zeitpunkt, als Gobbi sie hätte sehen sollen und als sie überfahren wurden. Wenn sie vom Trottoir beim Restaurant « Freiheim » auf die Strasse traten, war es offenbar nicht, um sich dort aufzuhalten oder um dort zu spielen, sondern um die Strasse zu überschreiten und in die Anlagen zu gelangen. Dass sie durch ihr Spielzeug auch nur abgelenkt worden seien, ist nicht erwiesen, und das Trottnet spielt daher beim Hergang des Unfalles keine Rolle. Unter diesen Umständen wüsste man nicht, welcher Vorwurf die Eltern denn noch treffen sollte. Der Bemerkung des technischen Experten, Kinder mit Trottnets gehören nicht auf die Strasse, kommt im vorliegenden Fall nur die Bedeutung eines « ceterum censeo » zu ; hier hatte das Vorhandensein dieser gefährlichen Spielzeuge keinen Einfluss auf die Entstehung des entsetzlichen Unfalles.

4. — Von einem Mitverschulden der beiden Knaben kann man in Anbetracht ihres Kindesalters nicht sprechen (vgl. OSER, Kommentar, Nr. 7 zu Art. 44 OR). Ein verkehrswidriges Verhalten ihrerseits könnte also für die Bemessung des Schadenersatzes nicht nach Art. 44, sondern nur nach Art. 43 OR in Betracht fallen. Indessen rechtfertigen die Akten die Annahme eines unrichtigen Verhaltens überhaupt nicht ; sie waren nicht über die Strasse gelaufen, sondern geschritten, und der Grössere soll sich nach der Zeugenaussage der Frau Bächtold noch umgesehen haben, bevor er vom Trottoir auf die Strasse trat.

5. — Todesfallkosten...

6. — Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist Versorger im Sinne des Art. 45 Abs. 3 OR nicht nur, wer den Unterstützungsbedürftigen zur Zeit des tödtlichen Unfalles tatsächlich schon unterstützt hat, sondern auch, wer ihn nach der Erfahrung des Lebens in einer mehr oder weniger nahen Zukunft unterstützt

haben würde (BGE 16 S. 816 ff. ; 22 S. 1226 ff. ; 33 II S. 88 ff. ; 35 II S. 285 ; 44 II S. 66 ; 53 II S. 126 ff.). Das Bundesgericht hat denn auch schon wiederholt minderjährige Kinder als zukünftige Versorger ihrer Eltern behandelt (BGE 17 S. 641 ; 22 S. 1226 ff. ; 33 II S. 88 ff. ; 35 II S. 285 und das unveröffentlichte Urteil i. S. Pfirter gegen Vogt vom 2. Dezember 1930). Die Vorinstanz hat zu Unrecht gefunden, dass diese Praxis auf einer ausdehnenden Auslegung des Gesetzes beruhe und dass die beiden Knaben nicht Versorger ihrer Eltern sein konnten, denn Art. 45 Abs. 3 OR bestimmt überhaupt nicht, auf welchen Zeitpunkt es hinsichtlich der Versorgung ankomme, auf den gegenwärtigen oder auch auf den zukünftigen und dass sinngemäss nicht auch dann von einem Verlust des Versorgers gesprochen werden könne, wenn jemand in der Zukunft durch den Getöteten unterstützt worden wäre, kann mit Fug nicht behauptet werden. Die bundesgerichtliche Auslegung des Art. 45 Abs. 3 OR wird übrigens allein der Erwägung gerecht, dass es in hohem Mass unbillig wäre, den Geschädigten entgelten zu lassen, dass die Tötung zufällig gerade noch in einem Augenblick erfolgte, in dem der Verunglückte noch nicht unterstützungsfähig war.

Das Obergericht hat sodann ausgeführt, es sei in Anbetracht des jugendlichen Alters der beiden Kinder völlig ungewiss, ob sie in die Lage gekommen wären, ihre Eltern zu unterstützen, und ob sie es auch tatsächlich getan hätten ; die Annahme des Bezirksgerichtes, dass sie die Kläger während 10 Jahren mit monatlich 50 Fr. unterstützt hätten, könne richtig oder falsch sein und habe deshalb keine Wahrscheinlichkeit für sich. Es liegt jedoch auf der Hand, dass die Anwendung der Rechtssätze über den Versorgerschaden auf die Tötung von noch nicht erwerbsfähigen Kindern durch solche Anforderungen an die Behauptungs- und Beweispflicht unterbunden würde ; Unterstützungsfähigkeit und Unterstützungswille der Kinder sind in diesen Fällen ihrer Natur nach ungewiss, da

es sich um künftige Verhältnisse handelt, und nicht weil eine Behauptung nicht aufgestellt oder nicht bewiesen worden wäre ; deshalb darf der Richter nicht, wie es die Vorinstanz getan hat, den Anspruch wegen dieser Ungewissheit abweisen.

Kommt es aber, wie das Bundesgericht in den zitierten Entscheiden wiederholt erkannt hat, auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge, oder, was dasselbe ist, auf die Erfahrung des Lebens an, so fragt es sich, ob der Richter sich darnach vorzustellen habe, dass die beiden Knaben ihre Eltern dereinst, wenn auch nur teilweise und nur während einer beschränkten Zeit, unterstützt hätten. Diese Frage ist unbedenklich zu bejahen. An der Unterstützungsbedürftigkeit kann nach den Akten kein Zweifel bestehen, da die Kläger sich in dürftigen ökonomischen Verhältnissen befinden und da der Vater der Knaben nach der Feststellung des Bezirksgerichtes heute schon wegen seines Gesundheitszustandes nur teilweise arbeitsfähig ist. Die Ungewissheit darüber, ob die Kläger die Zeit erleben und überleben werden, in der die Kinder unterstützungsfähig geworden wären, wird durch die Statistik der Lebenserwartung behoben, und was sodann diese Unterstützungsfähigkeit anbelangt, ist darauf zu verweisen, dass die beiden Buben gesund und geistig normal entwickelt waren, sodass sie in Anbetracht der zur Verfügung stehenden Ausbildungsmöglichkeiten zu der Hoffnung berechtigten, dass sie die Kläger in dem vom Bezirksgericht angenommenen Masse unterstützen werden. Wenn das Obergericht sozusagen anhangsweise ausgeführt hat, es sei auch erfahrungsgemäss eher eine seltene, keinesfalls normale Erscheinung, dass Kinder zum Unterhalt ihrer Eltern beitragen, so liegt darin eine Verallgemeinerung, die für Leute aus den Verhältnissen, aus denen die Kläger stammen, nicht zutrifft, ganz abgesehen davon, dass auch das Obergericht einräumt, erwerbsfähig gewordene Kinder fänden Unterkunft und Nahrung oft weiterhin im elterlichen Haushalt, wobei dann in dem von ihnen bezahlten Entgelt eine der

Unterstützung dienende überschüssige Zuwendung enthalten ist. Was schliesslich den von der Vorinstanz auch behandelten Willen der Kinder, ihre Eltern zu unterstützen, betrifft, ist daran zu erinnern, dass die Eltern nach Art. 328 ZGB gegenüber ihren Kindern im Bedürfnisfall einen gesetzlichen Anspruch auf Unterstützung haben; ferner muss von gut gearteten Kindern doch vorausgesetzt werden, dass sie diese Kindespflicht ohne Weiteres erfüllen werden, ohne dass den Eltern noch ein Wahrscheinlichkeitsbeweis auferlegt werden müsste.

7. — Von dem Versorgerschaden von 5317 Fr. 70 Cts. wollen die Beklagten nach ihrem Eventualstandpunkt den Betrag von 9072 Fr. abziehen, den die Kläger für Unterhalt und Erziehung der Kinder angeblich noch ausgelegt hätten, wenn sie nicht getötet worden wären. Sie können sich auf ein Urteil des Appellationsgerichtes von Basel-Stadt berufen, das diesen Grundsatz ausgesprochen hat (WEISS, Entscheidungen Nr. 4267). Allein der im Schadenersatzrecht allgemein anerkannte Gedanke der Vorteilsanrechnung lässt sich nicht einfach auf den Versorgerschaden übertragen. Es hiesse an den realen Verhältnissen vorbeigehen, auf dem Wege einer Berechnung eine Nettoverschlechterung oder eine Nettoverbesserung der Vermögenslage feststellen zu wollen, die sich beim Vergleich des Zustandes mit dem Versorger mit dem Zustand ohne den Versorger ergibt. Die Beklagten können nicht einwenden, die Kläger sollten jedes Jahr ihre Ersparnisse an Erziehungs- und Unterhaltskosten der beiden Kinder auf einem Sparbüchlein anlegen, dann seien sie im Zeitpunkt, in dem die Kinder erwerbs- und unterstützungsfähig geworden wären, für den Versorgerschaden bereits mehr als gedeckt. Angenommen z. B., dass in einem solchen Fall zu den überlebenden Kindern später noch zwei Kinder hinzukämen, so wäre der angebliche Vorteil wieder aufgehoben, nicht aber der Versorgerschaden im Sinne des Gesetzes. Schon dieses Beispiel zeigt, dass noch andere Vor- und Nachteile zu berücksichtigen wären. Die Gegen-

überstellung der Posten würde aber ins Uferlose und zu Unbilligkeiten führen. Mit Fug hat die Klägerschaft darauf hingewiesen, dass sie dann wiederum berechtigt werden müsste, die bereits « nutzlos » ausgelegten Erziehungs- und Unterhaltskosten bis zum Tode der beiden Knaben vom Vorteil der weitem Ersparnis abzuziehen; allein diese erfolglosen Aufwendungen können richtigerweise nicht als Versorgerschaden betrachtet werden. Das Bundesgericht hat es in seinem Urteil vom 3. November 1904 i. S. Bordet gegen Schweizerische Bundesbahnen schon abgelehnt, den Versorgerschaden auf Grund der Erziehungs- und Unterhaltskosten des minderjährigen Kindes zu berechnen (Journal des Tribunaux 1905, S. 467 ff.). Eine kaufmännische Gegenüberstellung von « nutzlosen Aufwendungen » und « Vorteilen aus dem Tode », wie sie die Beklagten anstreben, würde ohne Zweifel auch gegen das Rechtsgefühl verstossen, indem nach einer Richtung die Geburt der Kinder letzten Endes als ein Schadensereignis, der Tod als Vorteil in Rechnung käme. Dem gegenüber rechtfertigt es sich, den Versorgerschaden zum Vorneherein von einer solchen Diskontierung der Unterhalts- und Erziehungskosten auf den Todestag auszuschliessen. Die Ersparnis an solchen Kosten kann denn auch sinngemäss nicht als eine eigentliche Vermögensvermehrung (durch Wegfall eines Passivums oder Hinzukommen eines Aktivums) aufgefasst werden, so wenig als die Nutzlosigkeit der bisherigen Kosten als eine Vermögenseinbusse. Der Versorgerschaden ist kein eigentlicher Vermögensschaden und widersetzt sich deshalb der Vorteilsausgleichung. Es ist auch noch auf folgenden Umstand hinzuweisen: Wenn der Versorgungspflichtige dem Versorgungsbedürftigen vor Eintritt der Bedürftigkeit einen Kapitalbetrag zur Erfüllung der gesetzlichen Pflicht aushändigt und der Bedürfnisfall nachher, z. B. infolge von unglücklichen Spekulationen des Empfängers, doch eintritt, kann sich der Unterstützungspflichtige nicht darauf berufen, er habe die Pflicht ein-

für allemal erfüllt und der Betrag hätte für die Versorgung hingereicht. Daraus erhellt, dass die Anrechnung gegenüber Unterstützungsansprüchen auch ausserhalb des Schadenersatzrechtes versagt. Die Frage hat nämlich einen öffentlich-rechtlichen Einschlag. Wenn man die Vorteilsausgleichung mit den ersparten Erziehungs- und Unterhaltskosten zulassen wollte, und wenn die Eltern dann aus diesen « Ersparnissen » doch keine Rücklagen machen können oder wollen, würden sie der Öffentlichkeit zur Last fallen. Der Ersatzpflichtige soll sich aber nicht auf Kosten der Öffentlichkeit der Ersatzpflicht entziehen können, wenn gar nicht gewiss ist, ob dem Bedürftigen vermögensrechtlich wirklich ein Vorteil erwachsen ist.

8. — Hinsichtlich der Genugtuung kann dahingestellt bleiben, ob in Anbetracht der besondern Umstände, z. B. des besondern Schmerzes der Hinterbliebenen, ein Geschäftsherr auch dann zu einer solchen verurteilt werden kann, wenn ihn kein Verschulden trifft, wenn er aber den Entlastungsbeweis des Art. 55 OR nicht geleistet hat, oder ob nach Art. 47 OR für die Zusprechung einer Genugtuung stets ein Verschulden verlangt wird. Im vorliegenden Fall ist schon gesagt worden, dass den Beklagten Tribò eine Schuld an dem Unglück trifft, die sogar nicht als leicht gewertet werden kann. Aber auch den Beklagten Gobbi trifft der Vorwurf einer ziemlich groben Fahrlässigkeit.

Bei der Bemessung der Genugtuung ist zunächst ein Vergleich mit dem bundesgerichtlichen Urteil vom 6. Mai 1931 i. S. Thoma gegen Dr. X. (BGE 57 II S. 196 ff.) zum Vornherein abzulehnen, da ein ärztlicher Kunstfehler bei einer Diagnose und hinsichtlich einer vorbeugenden Behandlung eines nicht ganz normalen Krankheitsverlaufes doch nicht mit dem Verschulden bei einem Verkehrsunfall verglichen werden kann. Sodann ist dem überaus grossen Schmerz der Eltern Rechnung zu tragen, die zwei gesunde Kinder auf einmal, auf so entsetzliche Weise und in einem Alter verloren haben, wo sie ihnen Freude ge-

macht haben. Berücksichtigt man, dass dadurch auch die Mutter der Knaben in ihrer Gesundheit betroffen wurde — sie fiel bei Empfang der schaurigen Nachricht in Bewusstlosigkeit und war nach den Akten lange Zeit vollständig arbeitsunfähig —, dass ferner kein Mitverschulden vorliegt, so erscheint die eingeklagte Summe von 10,000 Fr. nicht als übersetzt.

Es ist also das bezirksgerichtliche Urteil wiederherzustellen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung der Kläger wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 2. September 1931 wird aufgehoben und die Beklagten werden solidarisch verpflichtet, den Klägern 15,000 Fr. nebst 5% Zins seit 13. März 1930 zu bezahlen.

Die Berufung der Beklagten wird abgewiesen.

8. Arrêt de la 1^{re} Section civile, du 3 février 1932,
dans la cause **Fromage Alpina S. A. contre Alpa S. A.**

Raisons sociales des sociétés anonymes, art. 873 CO. Le mot *Alp* ou *alpe* ne peut être monopolisé par un commerce de fromages suisses. Les désignations de semi-fantaisie *Alpa* et *Alpina* ne diffèrent pas assez pour exclure le risque de confusion.

A. — La société demanderesse a fait inscrire au registre du commerce de Berthoud, le 31 octobre 1919, la raison sociale « *Alpina Kaese A.-G.* », « *Fromage Alpina S. A.* », « *Fromaggio Alpina S. A.* », « *Alpina Cheese Co* », « *Queso Alpino S. A.* ». Le but social est l'exploitation d'un procédé pour la préparation de fromages en conserves. Le capital-actions est de 1 902 000 fr. En 1929, la société a vendu en Suisse 570 000 boîtes de fromage et 8 140 284 boîtes à l'étranger.

La société défenderesse, dont le siège est à Prilly, a fait inscrire au registre du commerce de Lausanne, le 19 juillet