

**66. Extrait de l'arrêt de la 1<sup>re</sup> Cour Cour civile du 16 novembre 1953 dans la cause Perret contre Jan S.A. et Louis Jan.**

*Art. 352 et 44 CO.* Renvoi abrupt sans juste motif. Quand le salaire dû pour le délai de congé peut-il être réduit pour faute concomitante de l'employé ?

*Art. 352 und 44 OR.* Fristlose Entlassung ohne wichtigen Grund. Voraussetzungen für die Reduktion des Anspruchs des Dienstpflichtigen auf den Lohn während der Kündigungsfrist wegen Mitverschuldens.

*Art. 352 e 44 CO.* Recesso immediato senza causa grave. Quando il salario dovuto pel termine di disdetta può essere ridotto per colpa concomitante del lavoratore.

Perret était au service de Jan S.A. depuis 1941 comme voyageur de commerce. En janvier 1951, il a rapporté à un ancien employé de Jan S.A. les propos que le directeur de cette maison avait tenus sur son compte lors d'une conférence donnée à une trentaine d'agents. C'est essentiellement à cause de cette indiscretion que Jan S.A. a donné à Perret son congé immédiat, sans respecter le délai de résiliation de deux mois institué par l'art. 348 al. 1 CO.

Le Tribunal fédéral a considéré que l'indiscretion de Perret constituait une faute, qui, toutefois, n'était pas suffisamment grave pour justifier un renvoi immédiat (art. 352 CO). A titre subsidiaire, Jan S.A. avait demandé que le salaire alloué à Perret fût réduit pour faute concurrente de celle-ci. Le Tribunal fédéral a refusé d'opérer une telle réduction en l'espèce.

*Extrait des motifs :*

Le Tribunal fédéral a reconnu que le renvoi immédiat, mais sans droit, de l'employé ne met pas fin au contrat de travail. L'employé peut toujours prétendre à son salaire. Mais celui-ci équivaut, dans sa fonction économique, à des dommages-intérêts. Dès lors, on doit admettre, par application analogique de l'art. 44 CO, que la faute concomitante de l'employé diminue sa créance (RO 78 II 441). Cependant, toute faute ne suffit pas. Le principe reste que,

si l'employeur n'est pas en droit de résilier le contrat immédiatement, il doit accomplir les prestations que celui-ci lui impose jusqu'à l'expiration du délai de congé. Sinon l'on introduirait un élément d'insécurité dans un domaine où une réglementation simple et claire est nécessaire. En particulier, une réduction pour faute concurrente de l'employé ne doit être opérée qu'avec réserve dans les cas où, comme en l'espèce, le délai de résiliation est bref ; elle ne se justifie alors que si, compte tenu de toutes les circonstances, la faute de l'employé diminue dans une notable mesure celle de l'employeur. Cette condition n'est pas remplie en l'occurrence.

**67. Urteil der I. Zivilabteilung vom 8. September 1953  
i. S. Kanalisationskonsortium Egli/Stoppany gegen Baschnonga.**

*Zivilrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde* (Anwendung kantonalen statt eidgenössischen Rechts, Art. 68 Abs. 1 lit. a OG).

1. *Einjache Gesellschaft*, stillschweigende Erteilung der Geschäftsführungsbefugnis an einen Gesellschafter, Art. 535 OR.
2. Verletzung des bundesrechtlichen Grundsatzes der Vertragsfreiheit durch die Guttheissung einer kantonalrechtlichen Provokationsklage, durch die der Provokat zur Einräumung eines vertraglichen Rechts an den Provokanten gezwungen wird, wenn er vermeiden will, dass sonst diesem das Recht entschädigungslos zufällt.

*Recours en nullité* (application du droit cantonal à la place du droit fédéral, art. 68 al. 1 litt. a OJ).

1. *Société simple*, concession tacite du droit d'administrer à un associé, art. 535 CO.
2. Violation du principe fédéral de la liberté des contrats par l'admission d'une action provocatoire par laquelle le défendeur est forcé d'accorder un droit contractuel au demandeur s'il veut éviter que ce dernier n'acquière ce droit sans indemnité.

*Ricorso per nullità* (applicazione del diritto cantonale invece del diritto federale, art. 68, cp. 1, lett. a OG).

1. *Società semplice*, conferimento tacito della facoltà di amministrare ad un socio, art. 535 CO.
2. Violazione del principio federale della libertà dei contratti, accogliendo un'azione provocatoria con la quale il convenuto è costretto ad accordare un diritto contrattuale all'attore, se vuole evitare che questi acquisti detto diritto senz'indennità.

A. — Baschnonga ist seit 1948 Eigentümer einer aus drei Parzellen (Wohnhaus mit Metzgereigeschäftslokal,

Schlachthaus, Schmiedewerkstatt) bestehenden Liegenschaft in Zuoz. Das Abwasser des Wohnhauses und des Schlachthauses wird seit 1938 in eine Kanalisation abgeleitet, die dem Konsortium Egli/Stoppany gehört. Dieser Kanalisationsanschluss wurde vom Rechtsvorgänger des Baschnonga vorgenommen auf Grund einer Vereinbarung vom 29. Oktober 1938, wonach das Konsortium jenem gestattete, gegen Bezahlung einer Anschlussgebühr von Fr. 450.— « die Abwasser seines Hauses (ehem. Haus Cordet) in die ... Canalisationsleitung einzuleiten.»

Am 28. Februar 1949 teilte Egli dem Baschnonga mit, es sei erst jetzt festgestellt worden, dass 1938 gleichzeitig mit dem Haus Cordet auch das Schlachthaus an die Kanalisation angeschlossen worden sei. Dieser Anschluss sei rechtswidrig erfolgt, da für das Schlachthaus kein Anschlussvertrag vorliege und auch nie eine Gebühr bezahlt worden sei. Er sei jedoch bereit, diesen Anschluss gegen eine Gebühr von Fr. 600.— nebst 5 % Zins seit 15. November 1938 zu bewilligen.

Baschnonga lehnte dieses Begehren ab, weil sich der Vertrag von 1938 auf die ganze Liegenschaft einschliesslich des Schlachthauses bezogen habe.

Da sich die Parteien über die Frage der Anschlussberechtigung nicht einigen konnte, liess Egli den Kanalisationsstrang des Schlachthauses bei der Einmündung in die Kanalisationsleitung abdrosseln. Durch Verfügung des Kreisamts Oberengadin vom 25. Oktober 1952 wurde er jedoch angewiesen, die Einmündung unverzüglich wieder freizulegen.

B. — Am 30. Oktober 1952 reichte Baschnonga gegen das Kanalisationskonsortium Egli/Stoppany Klage ein mit dem Begehren :

« Es sei das Kanalisationskonsortium Egli/Stoppany aufzufordern, binnen der Notfrist von einem Monat oder nach richterlichem Ermessen von der Eröffnung des Urteils an gerechnet, gegen den Kläger und Provokanten Klage auf Leistung der geforderten Summe von Fr. 600.— plus Verzugszins ab 15. November 1938 einzureichen, unter der Androhung, dass ein Versäumnis dieser Frist für immer den Verlust des Klagerechtes aus diesem Titel zur Folge habe. »

Dieses Vorgehen erfolgte gestützt auf Art. 142 grab. ZPO, wonach eine Aufforderung zur Klage zulässig ist, « wenn jemand mündlich oder schriftlich Rechtsansprüche gegen einen andern behauptet hat, die der letztere nicht anerkennen will, und wenn der letztere ein erweisbares rechtliches Interesse hat, dass die gerichtliche Behandlung der fraglichen Rechtsansprüche nicht verschoben werde, ohne dass er selbst zu klagen in der Lage ist. »

Das Kanalisationskonsortium bestritt, dass die Voraussetzungen für eine Klageprovokation erfüllt seien; denn nicht von ihm, sondern vom Kläger werde ein Rechtsanspruch erhoben, nämlich der Anspruch, bedingungslos berechtigt zu sein, die Kanalisation auch für das Schlachthaus benützen zu dürfen.

C. — Das Bezirksgericht Maloja schützte mit Urteil vom 12. Januar 1953 die Provokationsklage; es erkannte, das Kanalisationskonsortium Egli/Stoppany habe im Sinne der Erwägungen binnen einer Notfrist von 3 Monaten ab Zustellung des Urteils gegen den Kläger und Provokanten Klage auf Leistung der geforderten Summe von Fr. 600.— nebst Verzugszins ab 15. November 1938 einzureichen, bei Verlust des Klagerechtes im Unterlassungsfalle.

Die Begründung dieses Entscheides geht im Wesentlichen dahin, die grab. ZPO kenne die negative Feststellungsklage nicht, sondern sehe statt ihrer die Provokationsklage vor. Das für eine solche erforderliche rechtliche Interesse des Klägers an sofortiger Abklärung der Rechtslage sei gegeben, da der Kläger Gefahr laufe, seiner eventuellen Regressansprüche gegen den Rechtsvorgänger verlustig zu gehen, sowie weil er Anspruch habe, trotz der Nichtanerkennung seitens des Beklagten nicht in seinem Anschluss an die Kanalisationsleitung gestört zu werden. Als erfüllt erachtete das Bezirksgericht sodann auch die weitere Voraussetzung, dass der Provokant nicht in der Lage sei, selber Klage zu erheben. Denn selbst wenn man die — von der kantonalen ZPO ebenfalls nicht vorgesehene — positive Feststellungsklage zulassen wollte,

käme man nicht zu einem abschliessenden Ergebnis. Gegenstand einer solchen Feststellungsklage könnte nämlich nicht der streitige Forderungsanspruch als solcher sein, sondern sie könnte nur auf Feststellung des vom Konsortium bestrittenen Rechts des Klägers auf Anschluss an die Kanalisationsleitung ohne Bezahlung einer neuen Taxe gehen. Erst als Folge dieser «so oder so» zu beantwortenden Feststellungsklage könnte dann die streitige Forderung geltend gemacht werden, wobei erst noch andere rechtliche Einsprachen, wie z. B. diejenige der Verjährung, möglich wären. Unter diesen Umständen könne dem Provokationskläger nicht zugemutet werden, selber zu klagen. Das Bestreben des Konsortiums, den Provokationskläger zur Erhebung einer nicht zum Ziele führenden Feststellungsklage zu zwingen, um nicht selber klagen zu müssen, erscheine daher als ein Umgehungsmanöver, das keinen Schutz verdiene.

D. — Gegen diesen Entscheid hat das Kanalisationskonsortium Egli/Stoppany beim Bundesgericht gestützt auf Art. 68 Abs. 1 lit. a OG (Anwendung kantonalen statt eidgenössischen Rechts) Nichtigkeitsbeschwerde erhoben mit dem Antrag auf Aufhebung des Urteils und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu neuer Entscheidung.

Der Beschwerdegegner beantragt Abweisung der Beschwerde aus formellen und materiellen Gründen. Das Bezirksgericht Maloja schliesst sich diesem Antrag an.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Der Beschwerdebeklagte bestreitet zu Unrecht die Befugnis Eglis, namens des Konsortiums einem Anwalt Prozessvollmacht zu erteilen. Nach Art. 535 OR kann die Geschäftsführung einer einfachen Gesellschaft — und um eine solche handelt es sich bei dem Konsortium — einem Gesellschafter auch stillschweigend übertragen werden. Dies trifft im vorliegenden Falle zu, da Egli seit jeher als Geschäftsführer des Konsortiums aufgetreten und als solcher anerkannt worden ist. So wird er im Entscheid des Kreisamts Oberengadin vom 25. Oktober 1952 aus-

drücklich als Verwalter des Konsortiums bezeichnet, und der Beschwerdebeklagte selber hat seine Provokationsklage gegen « das Kanalisationskonsortium Egli/Stoppany, vertreten durch seinen Verwalter Egli » gerichtet. Unter diesen Umständen verstösst die nachträgliche Bestreitung der Vertretungsbefugnis gegen die gute Treue. Als Geschäftsführer der einfachen Gesellschaft aber war Egli nach der analog anwendbaren Vorschrift von Art. 396 OR befugt, sich namens des Konsortiums gegen das von Baschnonga erwirkte Provokationsdekret zur Wehr zu setzen.

2. — In der Sache selbst erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als begründet ; denn das Bezirksgericht Maloja hat im angefochtenen Entscheid im Sinne des Art. 68 Abs. 1 lit. a OG statt des massgebenden eidgenössischen Rechts kantonales angewendet. Das ergibt sich auf Grund der folgenden Überlegungen.

Gemäss der im OR anerkannten Vertragsfreiheit steht es einem Rechtssubjekt grundsätzlich frei, einen Vertrag abzuschliessen oder nicht. Durch das auf die Provokation zur Klage hin erlassene Urteil wird nun zwar wohl das Konsortium zunächst nur verpflichtet, die Gegenseite auf Bezahlung des Betrages von Fr. 600.— einzuklagen. An diese Verpflichtung knüpft das Urteilsdispositiv aber die Androhung, dass das Konsortium im Unterlassungsfalle sein Klagerecht verliere. Das kann, wie übrigens die Urteilerwägungen, auf die das Dispositiv ausdrücklich hinweist, bestätigen, nur die Meinung haben, falls das Konsortium nicht klage, solle Baschnonga nach wie vor ohne besondere Entschädigung auch das Abwasser des Schlachthauses in die Kanalisationsanlage des Konsortiums ableiten dürfen. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, bliebe dem Konsortium auf Grund des Provokationsdekrets nichts anderes übrig, als zu klagen, d. h. von Baschnonga den Betrag von Fr. 600.— einzufordern. Eine solche Klage würde aber eine vertragliche Einräumung des Rechts zur Benützung der Kanalisationsanlage auch für den Schlachthausbetrieb an Baschnonga voraussetzen. Durch das

Provokationsdekret wird somit das Konsortium gezwungen, gegen seinen Willen dem Baschnonga dieses vertragliche Recht einzuräumen, da es sich sonst vor die Tatsache gestellt sähe, dass diesem eine solche Berechtigung entschädigungslos zustünde.

Führt aber dergestalt das Provokationsdekret zu einem mit dem OR im Widerspruch stehenden Ergebnis, so muss es nach Art. 68 Abs. 1 lit. a OG aufgehoben und die Sache nach Art. 73 Abs. 2 OG zu neuer Entscheidung (die nur auf Abweisung des Provokationsbegehrens lauten kann) zurückgewiesen werden.

Baschnonga geht auf diese Weise des von ihm behaupteten Anspruchs auf entschädigungslose Ableitung des Abwassers des Schlachthausbetriebes in die Kanalisationsanlage des Konsortiums nicht verlustig, falls ihm ein solches Recht tatsächlich zustehen sollte. Er muss lediglich als Kläger auftreten. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob das nur in der Form einer Feststellungsklage (Klage auf Feststellung des Bestehens des von ihm behaupteten Rechtes) geschehen könne, oder ob er allenfalls eine Klage auf Verurteilung des Konsortiums zur entschädigungslosen Duldung der Abwasserzufuhr aus dem Schlachthausbetrieb zu erheben habe. Denn selbst wenn nur eine Feststellungsklage in Frage käme, müsste sie von den bündnerischen Gerichten entgegengenommen werden, obwohl die ZPO des Kantons Graubünden die Feststellungsklage nicht ausdrücklich vorsieht. Diese Folge ergäbe sich aus dem Umstand, dass überall dort, wo das materielle Bundesrecht zu seiner wirksamen Durchsetzung eine Feststellungsklage erheischt, diese vom kantonalen Richter zugelassen werden muss (BGE 77 II 348 f.).

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird begründet erklärt, das Urteil des Bezirksgerichts Maloja vom 12. Januar 1953 wird aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

#### IV. MOTORFAHRZEUGVERKEHR

##### CIRCULATION ROUTIÈRE

**68. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 27. Oktober 1953 i. S. Rüz gegen L'Assicuratrice Italiana.**

*Art. 37 Abs. 3 und 42 MFG.*

Leichtfertige Eingehung eines erkennbaren Risikos als Mitverschulden des Geschädigten. Anforderungen an den Kausalzusammenhang.

Zum Genugtuungsanspruch des mitschuldigen Verletzten.

*Art. 37 al. 3 et 42 LA.*

Faute concomitante du lésé qui, à la légère, s'expose à un risque reconnaissable. Conditions que doit remplir le rapport de causalité.

De la réparation morale lorsque le lésé a commis une faute concurrente.

*Art. 37, cp. 3 e 42 LA.*

Colpa concomitante del leso che alla leggera si espone ad un rischio riconoscibile. Condizioni che deve soddisfare il nesso di causalità.

Della riparazione del torto morale, quando al leso è addebitabile una colpa concomitante.

A. — Am 20. April 1950, kurz vor Mitternacht, verunfallte der Kläger Rüz auf der Mutschellenstrasse als Mitfahrer des vom Eigentümer selber gesteuerten Motorrades des Hans Lüthy. Dieser war haftpflichtversichert bei der Beklagten, welche die Ersatzpflicht als solche für den vom Kläger erlittenen Schaden anerkannte und Fr. 5957.25 bezahlte, jedoch erhobene Mehrforderungen ablehnte.

B. — Daraufhin belangte der Kläger die Beklagte für weiteren Schadenersatz in der Höhe von Fr. 5120.10 nebst 5 % Zins seit 25. Januar 1951 und für eine Genugtuungssumme von Fr. 2000.—. Während das Bezirksgericht Bremgarten einen Anspruch von Fr. 4296.20 schützte, sprach das Obergericht des Kantons Aargau mit Urteil vom 19. Februar 1953 Fr. 1657.70 als Schadenersatz und