

## BGE 26 II 108

Bundesgericht (BGE), 1900-03-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_26\\_II\\_108](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_26_II_108)

FR: ATF 26 II 108

IT: DTF 26 II 108

### Volltext

14. Urteil vom 9. März 1900 in Sachen Bachmann und Genossen gegen Gerber. « Vorurteil » betr. die Gültigkeit eines Konkurrenzverbotes, Haupturteil Art. 58 Org.-Ges. — Konkurrenzverbot unter Konventionalstrafe. Gültigkeit, Art. 17 und 181 O.-R. — Erster Vertragsbruch durch den Strafberechtigten? — Ansprüche des Berechtigten; Wandelpön? Art. 179, spez. Abs. 3 O.-R. Durch Urteil vom 2. Dezember 1899 hat die Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich erkannt: Die Klage wird abgewiesen und demgemäß den Klägern die Betreibung von Geschäften von der Art des vom Beklagten betriebenen im Gebiete der Stadt Zürich untersagt und zwar dem F. Bodmer bis zum 15. April 1899, den übrigen Klägern bis zum 15. April 1900. B. Gegen dieses Urteil haben sämtliche Kläger rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrage: In Aufhebung des angefochtenen Urteils sei das in Ziffer 2 der zwischen den Parteien abgeschlossenen Dienstverträge enthaltene Konkurrenzverbot als ungültig zu erklären. C. Innert der Anschlußberufungsfrist hat der Vertreter des Beklagten erklärt: Er stelle den Antrag, Erwägung 5 des obergerichtlichen Urteils sei für unrichtig zu erklären, und in der Begründung des bundesgerichtlichen Urteils sei deutlich zu sagen: 1. daß der Befehl des Audienzrichters vom 5. Mai 1898 durch die Einleitung der Klage im ordentlichen Verfahren durchaus nicht dahingefallen, sondern daß nur dessen Vollstreckbarkeit dahin gefallen sei; 2. daß das bundesgerichtliche Urteil mit seiner Ausfällung vollstreckbar sei und es folglich eines besondern Vollstreckungsverfahrens nicht mehr bedürfe. Eventuell erklärt der Vertreter des Beklagten förmlich die Anschlußberufung, und beantragt, in Dispositiv 1 des obergerichtlichen Urteils seien zwischen „abgewiesen“ und „und“ die Worte einzufügen: „und der Befehl des Audienzrichters des Bezirksgerichts Zürich vom 5. Mai 1898 bestätigt. D. In der heutigen Verhandlung begründen die Vertreter der Parteien ihre Berufungsanträge und tragen wechselseitig auf Abweisung der gegnerischen Berufung an. Das Bundesgericht zieht in Erwägung: 1. Die Kläger waren Milchführer im Geschäfte (der Molkerei) des Beklagten. Aus ihren schriftlichen Anstellungsverträgen betitelt „Vertrag und Vorschriften für die Milchführer“ folgendes als für den gegenwärtigen Prozeß erheblich hervorzuheben: Der Vertrag mit dem Kläger Bodmer (vom 25. September 1887) bestimmte in Art. 2: „Er (Bodmer) verpflichtet .... wenigstens ein Jahr lang nach seinem Austritt „sich „keinen Milchhandel in Zürich und Umgebung zu betreiben oder „darin weder für seine eigene, noch für Rechnung dritter Personen etwas zu thun. Auf jeden Zuwiderhandlungsfall steht eine

„Konventionalstrafe von zweihundert Franken.“ Art. 22 enthält eine Anzahl Bußenandrohungen (z. B. für Trunkenheit, unmotiviertes Ausbleiben vom Dienst u. dgl.). Die Verträge der andern Kläger enthielten in Art. 2 folgende Bestimmung: „Er „(der Milchführer) verpflichtet sich .... wenigstens zwei Jahre „lang nach seinem Austritte in Zürich und Umgebung weder für „seine eigene Rechnung, noch für Rechnung anderer ein

gleiches „Geschäft oder einzelne Zweige desselben zu betreiben;“ und Art. 22 dieser Verträge enthielt die „Bußenandrohung,“ wobei unter n eine „Buße“ von 500 Fr. angedroht ist für den Fall des Zuwiderhandelns gegen die Bestimmungen in Art. 2. Betreffend den Gehalt der Milchführer bestimmte der Vertrag mit Bodmer, er bestehe in einem festen Monatsgehalt von anfänglich 60 Fr., in einer Tantieme von  $\frac{1}{2}$ —1 Centime per Liter bezahlter Milch, auf Butter, Rahm, Käse einer Tantieme von 2% der bezahlten Waren. Die übrigen Verträge setzten einen Monatsgehalt von im Minimum 120 Fr. fest; dem Kläger Boßhard war außerdem im Verträge selbst eine Provision von 7% auf Milch, Käse und Centrifugenbutter, sowie von 2% auf Rahm und Einsiedebutter zugesichert. Diese ursprünglichen Lohnbestimmungen wurden mit der Zeit in dem Sinne abgeändert, daß die Milchführer als Vergütung gewisse Provisionen beziehen sollten und daß der im Verträge genannte Minimallohn nur die Bedeutung einer Garantie für einen Mindestbetrag der Provisionen haben sollte. Diese Provision hatte zuletzt in 7% für Milch und Käse bestanden. Anfangs Februar 1898 erhielten die Milchführer ein vom 31. Januar gl. Is. datiertes Cirkular des Beklagten, worin im wesentlichen ausgeführt wurde: „Die Verkaufspreise der Milchprodukte erlauben uns ... thatsächlich „nicht mehr, unsern Führern darauf die gleich hohe Provision „wie bei der Milch zu gewähren, sondern nötigen uns zu einer „Reduktion des Ansatzes auf 4%. Diese 4% werden dagegen „vom 1. Februar an auch auf der Kochbutter bewilligt — statt — so daß sich die Führer für diesen Art „wie bisher bloß 2 Infolge dieses „tikel bedeutend besser stellen als früher Cirkulars kündigten nach vorausgegangenen Unterhandlungen insbesondere einer Unterredung des Beklagten mit den Milchführern vom 7. März 1898 im Bernerhof — alle Milchführer ihre Verträge vertragsgemäß am 15. März auf den 15. April. 1898. 22 derselben zogen jedoch ihre Kündigung wieder zurück, und nur die heutigen Kläger hielten sie aufrecht. Zu bemerken ist hiebei, daß der Kläger Bodmer einen Brief des Beklagten vom 8. März 1898 erhielt, worin dieser ihm unter Berufung auf sein Benehmen vom Tag vorher anheimstellte, sein Geschäft auf den 1. April oder auf den 1. Mai zu verlassen; Bodmer erklärte hierauf, er trete auf den 30. April aus. Nach seinem Austritt aus dem Dienste des Beklagten gründete jeder der Kläger ein eigenes Milch- und Buttergeschäft; die Kläger zeigten dies der Einwohnerschaft von Zürich in einem gedruckten Cirkular an. Auf Begehren des Beklagten untersagte der Audienzrichter des Bezirksgerichtes Zürich durch Verfügung vom 5. Mai 1898 den Klägern unter Androhung der Überweisung an den Strafrichter, vor dem 15. April 1900 in Zürich und Umgebung für eigene oder für fremde Rechnung ein gleiches Geschäft wie dasjenige des Beklagten oder einzelne Zweige desselben zu betreiben. Auf Rekurs der Kläger hin modifizierte die Rekurskammer des Obergerichts des Kantons Zürich mit Beschluß vom 6. August 1898 dieses Verbot dahin, daß es gegenüber dem Kläger Bodmer nur bis 15. April 1899 ausgesprochen, und daß überdies die Vollstreckbarkeit des Befehls davon abhängig gemacht wurde, daß die Impetraten nicht innert bestimmter Frist Klage auf Ungültigerklärung des Konkurrenzverbotes einleiten würden. Innert dieser Frist haben alsdann die Kläger die vorliegende Klage erhoben, welche das Rechtsbegehren enthält, das in Ziffer 2 der mit dem Beklagten abgeschlossenen Dienstverträge stipulierte Konkurrenzverbot sei als ungültig zu erklären und demgemäß die Verfügung des Audienzrichters vom 5. Mai 1898 gerichtlich aufzuheben. Der Beklagte erhob gegen jeden der Kläger eine Widerklage auf Bezahlung von 2000 Fr. Schadenersatz wegen Übertretung des Konkurrenzverbotes. Im Verlaufe des Prozesses ist (durch Beschluß der Appellationskammer des Obergerichts) entschieden worden, es sei über die grundsätzliche Begründetheit von Klage und Widerklage durch ein sog. Vorurteil zu

entscheiden und das Quantitativ des vom Beklagten verlangten Schadenersatzes einem spä-

tern Prozesse vorzubehalten. Die Kläger begründen ihre Klage, kurz gesagt, mit folgenden Standpunkten: in erster Linie, der Beklagte könnte überhaupt nur die Buße, nicht aber die Innehaltung des Konkurrenzverbotes verlangen; sodann, das Konkurrenzverbot sei ungültig, weil unsittlich, gemäß Art. 17 O.=N.; endlich könnte im vorliegenden Falle von demselben kein Gebrauch gemacht werden, weil der Beklagte selber den Vertrag zuerst gebrochen habe durch das Cirkular vom 31. Januar 1898, und weil er die Kläger bei der Unterredung vom 7. März gl. Jahres beschimpft habe. 2. Die Kompetenz des Bundesgerichts könnte nur zweifelhaft sein bezüglich der Frage, ob das angefochtene Urteil als Haupturteil im Sinne des Art. 58 Org.=Ges. anzusehen sei. Hierüber ist zu sagen: Das Urteil der Vorinstanz ist nach zürcherischem Prozeßrecht ein sog. Vorurteil, § 444 zürch. Rechtspflegegesetz es entscheidet über die dem Rechtsstreite der Parteien zu Grunde liegenden prinzipiellen Fragen, ob das Konkurrenzverbot gültig sei und ob der Beklagte dasselbe geltend machen könne. Als eigentlicher im Streite liegender Anspruch ist der Anspruch des Beklagten auf die Gültigkeit des Konkurrenzverbotes zu bezeichnen, und auf die Feststellung dieser Gültigkeit lautet das angefochtene Urteil, das sonach ein Feststellungsurteil ist. Über jenen grundsätzlichen Anspruch nun hat dieses Feststellungsurteil als Endurteil entschieden; und der Umstand, daß ursprünglich noch eine Schadenersatzforderung des Beklagten anhängig war, kann deshalb nicht hindern, daß dieses Urteil als Haupturteil anzusehen und zu behandeln ist, weil diese Schadenersatzforderung durch Verfügung der obern kantonalen Instanz in ein besonderes Verfahren verwiesen worden ist; über die Fragen, die der kantonalen obern Instanz vorlagen, hat sie vollständig und endgültig entschieden, und ihr Urteil ist daher als Haupturteil im Sinne des Art. 58 Org.=Ges. zu qualifizieren. 3. Ist sonach auf das materielle des Streites einzutreten, so ist die erste hier zu entscheidende Frage: ob das in den Verträgen des Beklagten mit den Klägern enthaltene Konkurrenzverbot überhaupt als rechtsgültig anzusehen sei, entgegen den Klägern, im bejahenden Sinne zu beantworten. Zunächst steht außer Zweifel, daß durch das Konkurrenzverbot ein berechtigtes Interesse des Beklagten geschützt wird. Dieses Interesse des Beklagten besteht darin, sich die erworbene Kundschaft zu erhalten; und der Umstand, daß der Beklagte nicht direkt, sondern durch Vermittlung der Milchführer mit den Kunden verkehrt, und daß von den Kunden an die Milchführer gezahlt, ihnen also von diesen Kredit eingeräumt wird, läßt die Gefahr, daß Kunden abwendig gemacht werden könnten, als sehr nahe liegend und daher ein Konkurrenzverbot als beinahe notwendig erscheinen. Daß sodann das in Frage stehende Verbot nach Zeit und Ort keine übermäßigen Beschränkungen enthält, braucht nicht weiter ausgeführt zu werden. Dagegen behaupten die Kläger, das Verbot sei aus dem Grunde unsittlich, weil ihnen zugemutet werde, ihren erlernten und von ihnen lange geübten Beruf aufzugeben und sich nach andern Berufszweigen umzusehen, mit dem Risiko, der Armenpflege zur Last zu fallen. Allein diese Ausführungen können nicht als stichhaltig angesehen werden, denn es ist erwiesen, daß es zur Ausübung des Berufes eines Milchführers besonderer Kenntnisse nicht bedarf, daß die Kläger vielmehr, falls sie nicht vorziehen, sich und Umgebung zu verlassen, mit Leichtigkeit einen andern kleinen Handel betreiben können, wie denn z. B. die Kläger Bachmann und Boßhardt ihre Milchgeschäfte schon wieder veräußert haben und der Kläger Bodmer noch einen Spezereihandel betreiben soll. Von einer unzulässigen Einschränkung der wirtschaftlichen Thätigkeit der Kläger kann somit nicht gesprochen werden. 4. Zu prüfen ist demnach der weitere

Standpunkt der Kläger, der Beklagte könne das Konkurrenzverbot deshalb nicht geltend machen, weil er selber zuerst den Vertrag gebrochen habe. Nun kann dahingestellt bleiben, ob die Grundsätze des neuen D. H.=G.=B. (vgl. § 75 Abs. 1 daselbst), daß der Dienstherr, der einen Vertrag, der ein Konkurrenzverbot enthält, zuerst gebrochen hat, oder der einem Angestellten durch vertragswidriges Verhalten gegründeten Anlaß zur sofortigen Auflösung des Dienstvertrages (im Sinne des Art. 346 O.=R.) gegeben hat, sich auf das Konkurrenz-

verbot nicht berufen kann, auch auf das schweizerische Obligationenrecht Anwendung finden; denn vorliegend ist ein derartiges vertragswidriges Verhalten des Beklagten nicht erstellt. Zunächst kann ein solches nicht gefunden werden in den angeblichen Beschimpfungen der Kläger durch den Beklagten bei der Unterredung vom 7. März 1898; denn die Kläger haben selber aus diesen angeblichen Beschimpfungen nicht die Folgerung gezogen, daß sie ihren sofortigen Austritt hätten erklären dürfen; sie haben vielmehr die vertragsmäßige Kündigung vorgenommen. Das Cirkular vom 31. Januar 1898 sodann kann nicht als Vertragsbruch des Beklagten angesehen werden. Ein solcher läge allerdings dann vor, wenn der Beklagte die darin vorgesehenen Lohnänderungen wirklich, wie allerdings den Ausdrücken des Cirkulars entnommen werden konnte, auf den 1. Februar, und zwar ohne Verständigung mit den Milchführern, vorgenommen hätte; die infolge des Cirkulars unter den Milchführern entstandene Aufregung mag daher wohl als begreiflich und entschuldbar erscheinen. Allein ausschlaggebend ist der Umstand, daß der Beklagte das Cirkular eben nicht so ausgeführt hat, wie es nach seinem Wortlaute allerdings aufgefaßt werden konnte; es lag darin vielmehr nur eine Offerte des Beklagten zur (vertragsgemäßen) Auflösung der Dienstverträge und zur Eingehung neuer Verträge auf anderer Basis; die Kläger waren rechtlich vollständig frei, diese Offerte anzunehmen oder nicht, wobei ihnen zur Erreichung ihrer wirtschaftlichen Interessen ein Zusammenschluß notwendig erscheinen mochte. Darüber aber, daß der Beklagte zu einem derartigen Vorgehen berechtigt war, bedarf es keiner weiteren Ausführung. 5. Es erübrigt sonach noch, da ein Vertragsbruch der Kläger nachgewiesen ist, zu prüfen, welche Folgen dieser Vertragsbruch nach sich zieht, bezw. welche Ansprüche dem Beklagten daraus erwachsen. In dieser Beziehung machen die Kläger vorab geltend, es handle sich, außer beim Verträge mit dem Kläger Bodmer, überhaupt nicht um eine Konventionalstrafe, sondern um eine Buße, und der Beklagte könnte höchstens diese Buße einfordern, womit die Kläger von der unter dieser Buße eingegangenen Verpflichtung frei würden. Allein nichts berechtigt, den Verträgen mit den übrigen Klägern eine andere Auslegung zu geben, als demjenigen mit Bodmer; und da hier klar und deutlich von einer Konventionalstrafe die Rede ist, muß eine solche auch bei den übrigen Verträgen angenommen werden, zumal der Zweck und das Wesen der für Übertretung des Konkurrenzverbotes ange drohten sog. „Buße“ denn doch ganz andere sind, als bei den übrigen in Art. 22 der Verträge vorgesehenen Disziplinarbußen; jener erstern „Buße“ kann vernünftiger Weise gar keine andere Bedeutung beigelegt werden, als diejenige einer Konventionalstrafe es ist die häufig vorkommende Strafklausel für den Fall der Nichterfüllung eines Vertrages, einer Verpflichtung, oder der Übertretung einer vertraglichen Verpflichtung. Dagegen stellen sich die Kläger weiterhin auf den Standpunkt, auch wenn die ange drohte „Buße“ als Konventionalstrafe anzusehen sei, könne der Beklagte doch nur deren Bezahlung, nicht aber Innehaltung des Konkurrenzverbotes verlangen; sie behaupten m. a. W., es handle sich um eine Wandelpön, so daß ihnen gegen Erlegung der Strafe der Rücktritt freistehe. Nach dem für die Entscheidung dieser Frage maßgebenden Art. 179 O.=R. kann der Gläubiger

dann, wenn eine Konventionalstrafe für den Fall der Nichterfüllung eines Vertrages versprochen ist, nach seiner Wahl entweder die Erfüllung oder die Strafe fordern; dagegen bleibt dem Schuldner der Nachweis vorbehalten, daß ihm gegen Erlegung der Strafe der Rücktritt freistehen sollte. Danach ist das Wahlrecht des Gläubigers auf Erfüllung oder auf Strafe die Regel, und liegt es dem Schuldner ob, zu beweisen, daß dieses Wahlrecht ausgeschlossen und der Gläubiger auf die Einforderung der Konventionalstrafe beschränkt ist. Dieser Nachweis wird insbesondere geführt werden können durch die Berufung auf den Wortlaut der eingegangenen Verpflichtung, auf die Umstände, unter denen sie abgeschlossen ist und auf die Höhe der Konventionalstrafe, dies namentlich in dem Sinne, daß die Konventionalstrafe in einem derartigen Verhältnisse zum Erfüllungsinteresse des Berechtigten steht, daß anzunehmen ist, dieses Interesse werde durch die Konventionalstrafe gedeckt (vgl. R. G. E., Bd. 33, S. 141). Vorliegend nun fehlt es an diesem Nachweis; die stipulierten Konventionalstrafen von 200 und 500 Fr. erscheinen eher gering als

hoch, und namentlich ist in keiner Weise erstellt, daß sie in dem angedeuteten Verhältnis zum Erfüllungsinteresse des Beklagten stehen. Auch kann nicht etwa gesagt werden, schon der Umstand, daß es sich um Angestellte auf der einen und den Arbeitgeber auf der andern Seite handelt, berechtige zu der Annahme, daß es sich um eine Wandelpön handle. Allerdings hat das neue D. H.=G.=B. in § 75 Abs. 2 im Verhältnis von Prinzipal und Handlungsgehilfen beim Versprechen einer Konventionalstrafe seitens des letztern das Wahlrecht des erstern ausgeschlossen und ihn auf die Forderung der Strafe beschränkt, und zwar mit zwingender Kraft. Allein das schweiz. Oblig.=Recht kennt eine derartige Vorschrift nicht, und ihr Hineininterpretieren in einen Vertrag widerspräche nicht nur dem Art. 179 O.=R., sondern dem dem ganzen Gesetze zu Grunde liegenden Prinzipie der Vertragsfreiheit überhaupt. 6. Der Beklagte kann daher vorliegend die Erfüllung des Zertrages fordern oder, anders ausgedrückt, den Klägern die Ausübung des untersagten Berufes verbieten. Inwieweit ihm hiebei Zwangsmittel zu Gebote stehen, und inwieweit insbesondere der Befehl des Audienzrichters vom 5. Mai 1898 dem Gesetze entsprach, ist deshalb nicht zu untersuchen, weil dieser Befehl nach dem Ausspruche der Vorinstanz, die sich hiebei auf das kantonale Prozeßrecht stützt, mit der Einleitung der Klage dahingefallen ist; an seine Stelle ist nun Dispositiv 1 des angefochtenen Urteils treten, das nach dem Gesagten, in Abweisung der Berufung der Kläger, zu bestätigen ist. 7. Auch dem Anschlußberufungsbegehren des Beklagten kann keine Folge gegeben werden. Wenn das angefochtene Urteil in Erwägung 5 ausspricht, es werde Sache eines weitern Vollstreckungsverfahrens sein, für die Durchführung des auch zweitinstanzlich geschützten Konkurrenzverbotes die nötigen Androhungen zu erlassen, so beruht dieser Entscheid auf dem kantonalen Prozeßrecht, das vom Bundesgericht nicht nachgeprüft werden kann. Und was das zweite Begehren betrifft, so bedarf es eines besondern Spruches des Gerichtes über die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit seines Urteils nicht, da das Org.=Ges. in Art. 101 und 45 hierüber klare und unzweideutige Bestimmungen trifft. Demnach hat das Bundesgericht erkannt: Die Berufung der Kläger sowohl wie die eventuelle Anschlußberufung des Beklagten werden als unbegründet abgewiesen und es wird somit das Urteil der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 2. Dezember 1899 in allen Teilen bestätigt.