

18. **Urteil vom 21. März 1903** in Sachen **Schmid**, Bekl. u. Ber.-Kl. gegen **Roché**, Kl. u. Ber.-Bekl.

**Dienstvertrag** (Anstellung eines Artisten für einen Cirkus als Dresseur und Regisseur). Sofortige Auflösung durch den Dienstherrn. Klage des Dienstnehmers auf Konventionalstrafe und Schadenersatz. Art. 180-182, 346 O.-R. Auslegung des Vertrages. Mass des Schadenersatzes.

A. Durch Urteil vom 13. Dezember 1902 hat das Obergericht des Kantons Luzern erkannt:

1. Der Beklagte habe an Kläger anzuerkennen und zu bezahlen 3705 Fr. nebst Verzugszins zu 5 % seit dem 30. Juli 1900.

2. Mit der Mehrforderung sei der Kläger abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrage: Der Kläger sei mit allen Klagebegehren vollständig abzuweisen.

C. In der heutigen Verhandlung erneuert der Vertreter des Beklagten diesen Berufungsantrag. Der Vertreter des Klägers trägt auf Abweisung der Berufung an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Beklagte, Schmid, ist im Handelsregister des Kantons Luzern eingetragener Inhaber der Firma „Erster Schweizerischer Nationalcirkus“, dessen Direktor ein E. M. Borner, genannt E. Martin, ist. Mit Vertrag vom 5. Dezember 1899 engagierte Direktor Martin für den „Nationalcirkus“ den Kläger mit Familie als Dresseur, speziell „mit seinen 12 sibirischen Wölfen, vorgeführt in Gruppen“, sowie als Regisseur, für die Zeit vom 1. Mai 1900 bis 1., eventuell 15. Oktober gleichen Jahres, gegen eine monatliche Gage von 2400 Fr., sowie eine Reiseentschädigung von 240 Fr. Aus dem Vertrage sind noch folgende Bestimmungen hervorzuheben: „§ 3. Für die Tage, an welchen „gesetzlich oder durch polizeiliches Verbot nicht gespielt werden „darf oder an den Tagen, an welchen die Artisten durch von

„ihnen selbst ausgehende Hindernisse nicht auftreten können, fällt die Gage aus. § 5. Brand des Lokales, Krieg, ansteckende Krankheiten, Landesruher, politische Umwälzungen, die das Unternehmen schädigen, polizeiliches Verbot, berechtigen die Direktion, diesen Vertrag ohne weitere Entschädigung sofort zu lösen. „§ 6. Ganzer oder teilweiser Kontraktbruch zieht eine Konventionalstrafe von 2400 Fr. nach sich.“ Der Kläger trat seine Stelle auf die festgesetzte Zeit an. Im Mai 1900 befand sich der Cirkus in Zürich; von hier begab er sich nach St. Gallen, und bei diesem Anlasse liess Direktor Martin die Wölfe ohne Wissen des Klägers in Winterthur zurück. Im Juni 1900 gab der Cirkus Vorstellungen in Basel. Unter dem 26. Juni teilte das Polizeidepartement des Kantons Basel-Stadt dem Direktor Martin mit, die Nummer mit den dressierten Wölfen dürfe nicht mehr aufgeführt werden, da die ganze Aufführung nicht genügend Sicherheit für den Schutz des Publikums bilde und eher einer Tierquälerei gleichkomme. (Auch eine Besprechung in Nr. 293 der „Allgemeinen Schweizerzeitung“ vom 27. Juni 1900 sprach sich abfällig über die Wolfsvorstellung aus und nannte sie eine Tierquälerei.) Der Geschäftsführer des „Nationalcirkus“, Direktor Martin, gab dem Kläger am 26. Juni 1900 vom Schreiben des Polizeidepartements brieflich Kenntnis und fügte bei: „Auf Grund dieses polizeilichen Verbotes, das die regierungsrätliche „Genehmigung erhielt, sind wir genötigt, den Kontrakt auf Ende dieses Monats als aufgelöst zu betrachten.“ Am 30. gl. Mts. schrieb das Polizeidepartement des Kantons Basel-Stadt an Direktor Martin: „Zusolge einer weiteren Untersuchung der Einrichtungen und der Wölfe des Herrn Rudesindo Roché durch den Direktor des zoologischen Gartens Basel, wird das am „26. dies Ihnen übermittelte Verbot betreffend Aufführung der „Wolfsnummer“ dahin abgeändert, daß eine Aufführung stattfinden darf, wenn eine Erhöhung der Einfriedigung um mindestens 30 bis 50 Centimeter vorgenommen wird. Des Fernern hat Herr Roché für bessere Unterbringung der Wölfe zu sorgen, „d. h. die Käfige entsprechend zu vergrößern. Eine Aufführung „darf erst nach stattgehabter Inspektion stattfinden.“ Die sofortige Entlassung des Klägers fand gleichwohl statt.

2. Mit der vorliegenden Klage hat nun der Kläger vom Beklagten ursprünglich verlangt:

1) Eine Entschädigung von 1294 Fr. 20 Cts. mit Verzugszins zu 5 % seit 20. Juli 1900 für Gage, Reisevergütung, Auslagen für den Cirkus u. laut spezifizierter Abrechnung vom 7. Juli 1900.

2) Die in § 6 des Vertrages vorgesehene Konventionalstrafe von 2400 Fr. nebst Verzugszins zu 5 % seit 20. Juli 1900.

3) Mehrschaden an entgangenem Dienstlohn für die Monate Juli, August und September 1900, abzüglich Konventionalstrafe, 4800 Fr., + 5 % Zins vom Verfallsdatum der Gage an gerechnet.

Der Beklagte hat vorab seine Passivlegitimation bestritten, sodann verneint, daß der Kläger Ansprüche an ihn oder Direktor Martin im Sinne der ersten Klagforderung habe, indem diesen Forderungen größere Gegenforderungen gegenüber stünden, und sich bezüglich der zweiten und dritten Klagforderung auf § 5 des Vertrages berufen; er hat aus diesen Gründen Abweisung der Klage beantragt.

Die Vorinstanz hat — nach Bejahung der Passivlegitimation des Beklagten — die der Klageforderung Nr. 1 zu Grunde gelegte Abrechnung des Klägers für den Betrag von 5830 Fr. 70 Cts. geschützt, hievon Gegenforderungen des Beklagten im Betrage von 5725 Fr. 70 Cts. abgezogen, dem Kläger hieraus also einen Saldo von . . . . . Fr. 105 05

zugelassen. Klageforderung 2 hat sie vollständig mit . . . . .	Fr. 2400 —
Klageforderung 3 im reduzierten Betrage von . . . . .	„ 1200 —
zugelassen, womit sie zum Betrage von . . . . .	Fr. 3705 05

gelangt ist. Mit Bezug auf die Klageforderungen 2 und 3 ist nach den Akten und den Ausführungen der Vorinstanz festgestellt einmal, daß der Kläger vom 30. Juli bis 18. August 1900 in Zürich, vom 1. bis 15. September 1900 in Graz, und vom 30. September bis 31. Oktober 1900 in Wien Vorstellungen gegeben hat, sodann, daß Direktor Martin es war, der das Verbot der Aufführung der Vorstellungen des Klägers in Basel erwirkt hat.

3. Die Klage stützt sich auf den Dienstvertrag vom 5. Dezember 1899, durch den der Kläger vom „Schweizerischen Nationalcirkus“ als Dresseur sibirischer Wölfe und Regisseur gegen einen Monatsgehalt von 2400 Fr. für eine bestimmte Zeit engagiert wurde. Mit Unrecht hält der Beklagte der Klage in erster Linie auch heute noch die Einrede der mangelnden Passivlegitimation entgegen: Da der Beklagte festgestelltermassen Inhaber des „Schweizerischen Nationalcirkus“ ist, Direktor Martin dagegen dessen Direktor, ist der Dienstvertrag als für den Beklagten abgeschlossen anzusehen und haftet er als Dienstherr für die gebührende Erfüllung der ihm in dieser Eigenschaft obliegenden Pflichten.

4. Des weitern kann nicht etwa gesagt werden, daß der fragliche Dienstvertrag — was von Amteswegen zu prüfen ist — in toto als „unsittlich“ oder verboten im Sinne des Art. 17 zu bezeichnen, und deshalb rechtlich nicht zu schützen sei. Das wäre dann der Fall, wenn die Leistung, zu der der Kläger sich verpflichtet, vom Strafgesetze oder auch nur von allgemeinen Polizeigesetzen verboten wäre, oder wenn sie der Menschenwürde nach der herrschenden Auffassung der Jetztzeit widersprechen würde. Keine dieser Voraussetzungen trifft jedoch zu.

5. Die Forderungen, die der Kläger erhebt, lassen sich zergliedern in solche, die mittelbar mit der vorzeitigen Vertragsauflösung im Zusammenhange stehen — Klageforderung 1 — und solche, die sich unmittelbar auf diese Vertragsauflösung gründen. In ersterer Hinsicht sind heute noch folgende Posten der klägerischen Forderung streitig (während die gutgesprochenen Gegenforderungen des Beklagten nicht mehr streitig sind, sondern nur eine nicht zugelassene im Betrage von 38 Fr. 50 Cts.): (folgt Aufzählung und Ausführung, daß hieran mit der Vorinstanz insgesamt, unter Abzug der Gegenforderungen des Beklagten, zu sprechen sind 105 Fr. 05 Cts.)

6. Die weitern Forderungen des Klägers — Konventionalstrafe und Schadenersatz für vorzeitige Entlassung — finden ihre Grundlage in § 6 des Vertrages einerseits, in Art. 346 in Verbindung mit Art. 180 Abs. 2 D.-R. andererseits; Voraussetzung beider Forderungen ist ein „Kontraktbruch“ auf Seite des Beklagten, also eine widerrechtliche vorzeitige Entlassung des Klägers.

Der Beklagte beruft sich für die Rechtmäßigkeit der vorzeitigen Kündigung auf § 5 des Vertrages, in Verbindung mit dem polizeilichen Verbot der Aufführungen des Klägers vom 26. Juni 1900. Die Vorinstanzen haben gefunden, nicht § 5, sondern § 3 des Vertrages käme zur Anwendung, wenn nicht das polizeiliche Verbot vom Nationalcircus inspiriert worden wäre. Diese Auffassung erscheint kaum als richtig. § 3 steht (im allein in Betracht kommenden ersten Teil) die Fälle vor, an denen infolge Gesetz (man denke an Gesetze über Sonntagsruhe, Buß- und Bettage u. dgl.) oder polizeilicher Verfügungen eine Cirkusaufführung überhaupt nicht stattfinden darf, der Cirkus selber aber im übrigen, an den andern Tagen, weiter auftreten darf. Dagegen regelt § 5 das polizeiliche Verbot einzelner Aufführungen, das sich in der Regel auf Unschicklichkeit, Unsitlichkeit der betreffenden Vorstellungen, Tierquälerei u. dgl. wird stützen müssen. Nur dieser Fall ist den im § 5 erwähnten Elementarereignissen und Unglücksfällen gleichgestellt; er muß also in seiner Wirkung für den Cirkus ungefähr gleich groß, verderblich, sein, wie die andern aufgezählten Ereignisse. Es erhebt sich nun die Frage, ob überhaupt das Verbot einer einzelnen Vorstellungsnummer unter diese Bestimmung falle, und ob sie sich nicht nur auf das Verbot des Cirkus im ganzen beziehe. Sodann die weitere, ob nicht durch die bedingte Rücknahme des Verbotes (vom 30. Juni 1900) die Wirkung des ersten Verbotes derart abgeschwächt worden sei, daß sich der Beklagte jedenfalls nach dem genannten Tage nicht mehr auf § 5 des Vertrages stützen konnte. Weiter erscheint fraglich, ob die Entlassung des Klägers wegen des betreffenden Verbotes stattfinden durfte, obgleich er nicht nur als Dressieur der Wölfe, sondern auch als Regisseur angestellt war. Endlich könnte die Frage aufgeworfen werden, ob nicht die Bestimmung in einer derartigen Ausdehnung als unsittlich im Sinne des Art. 17 D.-R. bezeichnet werden müßte, indem sie eine unzulässige Ausbeutung der Arbeitskraft des Klägers und eine allzugroße Auslieferung desselben an die Willkür des Beklagten enthielte. Diese verschiedenen, an sich recht zweifelhaften Fragen können indessen dahingestellt bleiben, indem unter allen Umständen der Berufung des Beklagten auf § 5 des Vertrages die Replik der Arglist gegen-

übersteht. Die Vorinstanzen stellen nämlich, gestützt auf das Beweisverfahren, fest, daß der „Schweizerische Nationalcircus“ — für den der Beklagte verantwortlich ist — sich schon im Mai 1900 des Klägers zu entledigen suchte, und daß insbesondere das polizeiliche Verbot in Basel-Stadt, auf welches die Auflösung gestützt wird, auf die Inspirationen der Organe des Cirkus zurückzuführen ist. Diese Feststellungen sind durchaus nicht attennwidrig, so daß das Bundesgericht an sie gebunden ist. Daraus folgt aber ohne weiteres die Begründetheit der vom Kläger erhobenen Replik der Arglist. Damit ist ohne weiteres die Konventionalstrafe nach § 6 des Vertrages verfallen; sie erscheint keineswegs als übermäßig, so daß von dem dem Richter in Art. 182 D.-R. eingeräumten Herabsetzungsrechte kein Gebrauch zu machen ist. Klar ist, bei der eben besprochenen Sachlage, daß auch nicht etwa eine Unmöglichkeit der Erfüllung auf Seite des Gläubigers der Konventionalstrafe (des Klägers) vorliegt, in welchem Falle allerdings die Konventionalstrafe gemäß Art. 181 D.-R. nicht gefordert werden könnte. Der Beweis für eine derartige Unmöglichkeit läge dem sie behauptenden Beklagten ob, da die betreffende Einrede einen rechtsaufhebenden Faktor geltend macht; nun steht aber dieser Einrede die Replik der Arglist gegenüber, die nach dem gesagten unzweifelhaft begründet ist.

7. Außer der Konventionalstrafe kann der Strafberechtigte (Kläger) gemäß Art. 180 Abs. 2 auch den durch dieselbe nicht gedeckten Schaden verlangen, sofern er ein Verschulden des Strafpflichtigen (des Beklagten) nachweist. Dieser Nachweis ist nach den in Erwägung 5 über die Arglist des Beklagten ausgeführten ohne weiteres als geleistet anzusehen. Und daß der erlittene Schaden den Betrag der Konventionalstrafe — die genau einem Monatslohn des Klägers gleichkommt — übersteigt, ist nach der Aktenlage ebenfalls klar: Der Kläger hat während längerer Zeit als für die Dauer eines Monats eine Anstellung nicht gefunden; auch haben schon die Dislokationskosten, die er zum Zwecke weiterer Verwendung seiner Arbeitskraft auslegen mußte, bedeutenden Aufwand verursacht. Der Beklagte ist für den dem Kläger entstandenen Ausfall haftbar, sofern er nicht nachweist, daß der Kläger anderweitig seine Arbeitskraft hätte verwenden können.

Die sich hierbei erhebende Streitfrage, wie weit dieser Nachweis im übrigen zu leisten sei: ob der Beklagte, der den dienstpflichtigen Kläger ungerechtfertigter Weise vorzeitig entlassen hat, eine Arglist des Klägers oder auch nur ein sonstiges Verschulden oder nur die objektive Tatsache der Möglichkeit anderweitiger Verwendung der Arbeitskraft und deren Nichtverwendung darzutun habe, kann im vorliegenden Falle unentschieden bleiben, da der Beklagte eine bezügliche Behauptung nach keiner Richtung aufgestellt, geschweige denn irgend einen Beweis nach dieser Richtung hin geleistet hat. Nach den in Erwägung 2 i. f. wiedergegebenen Feststellungen ergibt sich nun, daß der Kläger für die Dauer seiner Anstellung während des ganzen Monats Juli und der Hälfte August seine Arbeitskraft anderweitig nicht hat verwenden können. Der ihm zugesprochene Schadenersatz von 1200 Fr. — der nicht erhöht werden kann, da er sich beim Urteile der Vorinstanz (übrigens auch schon beim erstinstanzlichen Urteile) beruhigt hat — erscheint daher jedenfalls nicht als zu hoch.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und somit das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 13. Dezember 1902 in allen Teilen bestätigt.

### 19. Urteil vom 27. März 1903 in Sachen

**Burkhard-Reeb**, Bekl. u. Ver.-Kl., gegen **Bank Wädensweil**,  
Kl. u. Ver.-Bekl.

*Nachbürgschaft. Klage des Gläubigers auf Ersatz des durch die Vorbürgen nicht gedeckten Schadens. Einrede der Verwirkung für einen gewissen Betrag wegen Verschuldens des Gläubigers. (Unterlassung der rechtzeitigen Beteiligung am Nachlassverfahren eines Vorbürgen.) Auslegung des Bürgschaftsaktes. Art. 493, 503, 510 O.-R.*

A. Durch Urteil vom 2. Februar 1903 hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt das Urteil des Zivilgerichts daselbst vom 23. Dezember 1902, lautend: „Beklagter wird zur

„Zahlung von 11,346 Fr. 65 Cts. nebst Zins zu 5 % ab „9750 Fr. seit 18. Mai 1900 und ab 760 Fr. 15 Cts. seit „12. August 1902 an Klägerin verurteilt,“ bestätigt.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrage: In Aufhebung des angefochtenen Urteils sei die Klage abzuweisen.

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Beklagten diesen Berufungsantrag dahin eingeschränkt: das angefochtene Urteil sei in dem Sinne abzuändern, daß der Betrag, zu dem der Beklagte verurteilt worden, um 4049 Fr. 80 Cts. ermäßigt werde. Er erklärt dabei, die Einreden der Vorausklage und der Teilung fallen zu lassen und nur noch die Einrede der Verwirkung aufrecht zu halten, und zwar für den Betrag von 30 %.

Der Vertreter der Klägerin trägt auf Bestätigung des angefochtenen Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Durch „Bürg- und Selbstzahlerschafts-Verpflichtung“ vom 26. Februar 1898 verpflichteten sich Schenk, Schädeli & Cie. in Zofingen und Studer & Cie. in Deitingen als Bürgen und Selbstzahler für das jeweilige Guthaben der Klägerin — damals „Leihkasse Wädensweil“ — auf G. Bachmann daselbst bis auf den Betrag von 13,000 Fr. nebst Zins und Provisionen, sowie allfälligen Verzugszins, Provision und Kosten. Die Urkunde enthält weiter die Bestimmungen: „Die Bürgen und Selbstzahler „verpflichten sich überdies, bei allfälligem Konkurse, Todesfall, „Schuldenruf, gerichtlichem Inventar, oder aus welcher rechtlichen Veranlassung es auch immer sein möchte, Forderung „und Bürgschaft gegen Schuldner und Bürgen von sich aus „anzumelden und dadurch die Rechte der Kreditorschaf, resp. ihre „eigenen Interessen zu wahren. — Die Kreditorschaf behält sich „zwar vor, in solchen Fällen ihre Ansprüche ebenfalls geltend „zu machen; sollte sie es aber unterlassen, so verzichten die „Bürgen, resp. Mitbürgen, auf alle und jede Einreden, welche „infolge allfälligen Verlustes daraus gegen die Kreditorschaf her- „geleitet werden könnten. Für den Fall der Kündigung der Bürg- „schaft wird der Kreditorschaf mit Bezug auf die rechtliche Gel-