

**83. Urteil vom 27. November 1908 in Sachen
Aktienbrauerei Wald, Bekl., W.-Kl. u. Ber.-Kl., gegen
Eisele, Kl., W.-Bekl. u. Ber.-Bekl.**

Dienstvertrag (Leitung eines Bierdepots). — Anspruch des Dienstherrn auf Rechnungsstellung und Rückerstattung von Geschäftseinnahmen. Geschäftsführung für den Dienstherrn.

A. Durch Urteil vom 12. Juni 1908 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich erkannt:

1. Die Beklagte ist schuldig, dem Kläger 2188 Fr. 80 Cts. nebst Zins à 5% vom 1. Januar 1908 an zu bezahlen.

2. Die Widerklage wird abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen:

„I. Das Bundesgericht wolle die Dispositive 1 und 2 des handelsgerichtlichen Urteils aufheben und sodann erkennen:

„1. Die Hauptklage ist abgewiesen.

„2. Die Widerklage ist gutgeheißen und der Kläger und Widerbeklagte Eisele demnach verpflichtet, der Beklagten und Widerklägerin 6704 Fr. 78 Cts. nebst Zins à 5% vom 20. März 1908 an zu bezahlen.“

„II. Eventuell werde beantragt: „Die Aufhebung des handelsgerichtlichen Urteils und die Rückweisung des Prozesses an die Vorinstanz mit dem Auftrage:

„a. Der Weiterzugsklägerin den offerierten Beweis dafür abzunehmen, daß Eisele in Betätigung des Depotbetriebes und unter Verwendung der Wagen, Pferde und Arbeitskräfte der Aktienbrauerei Fuhrleistungen für Drittpersonen besorgt, Pferde und Wagen an solche ausgemietet und dadurch mindestens 8500 Fr. eingenommen hat, und

„b. nach erfolgter Abnahme dieser Beweise ein neues Urteil auszufällen.

„III. Ferner werde eventuell, falls die Forderung von 393 Fr. 53 Cts. nicht schon als liquid erscheine, auch hier die Aufhebung des handelsgerichtlichen Urteils und Rückweisung zur

„Beweisaufnahme und neuer Urteilsfällung verlangt. Es solle die von der Beklagten offerierte Vorlage der Bücher, enthaltend den Konto des Eisele über seine persönlichen Bierbezüge und dessen à Conto-Zahlungen, sowie die an ihn versandten Monatsfacturen (Hauptbücher und Facturabücher) angeordnet und es sollen der Buchhalter, der Direktor Küng und der Verwaltungsratspräsident Walder als Zeugen einvernommen worden.“

C. In der heutigen Verhandlung hat die Beklagte die gestellten Berufungsanträge erneuert, der Kläger auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger Eisele leitete während mehreren Jahren das in Zürich befindliche Bierdepot der Beklagten, der Aktienbrauerei Wald. Zum Betriebe des Depot gehörten namentlich das Abholen des Bieres am Bahnhof, das Abfüllen der Flaschen, das Zuführen von Bier und Eis an die Kunden und die Besorgung der hiebei verwendeten, der Beklagten gehörenden Pferde und Wagen. Der Gehalt des Klägers bestund zuletzt in freier Wohnung im Depot, einer Barzahlung von 250 Fr. monatlich und einer Vergütung von täglich 5 Fr. für einen von ihm zu stellenden Knecht. Schon vor längerer Zeit kam der Beklagten zu Ohren, daß der Kläger Pferde und Wagen des Depots in eigenem Interesse zur Besorgung von Fuhrn für Dritte verwende. Sie sandte ihm dann am 28. Mai 1906 ein Notizbuch, um „über alle Fuhrwerke, die weder Bier noch Eis enthalten, ein genaues Verzeichnis zu führen“. Dabei bemerkte sie, es sei dem Kläger „strengstens untersagt, Pferde auszuleihen“, was zwar, wie die Beklagte annehme, noch nie vorgekommen sei. Nach der Angabe der Beklagten hätte auf das hin der Kläger bestritten, daß solche Nebenarbeiten in irgendwie erheblichem Umfange und anders wie aus Gefälligkeit stattgefunden hätten, und habe die Beklagte infolgedessen die Angelegenheit einstweilen wieder liegen lassen. Am 18. Mai 1907 forderte die Beklagte den Kläger auf, alle seit dem 1. Oktober 1906 vollgeschriebenen Fuhrbücher einzusenden. Der Kläger antwortete am 26. Mai: er habe nie Auftrag erhalten, die Fuhrbücher jahrelang aufzubewahren, und besitze daher nur noch die vom letzten Monat. Hierauf protestierte die Beklagte mit Brief vom 10. Juni

1907 dagegen, daß die Fuhrbücher ohne ihre Zustimmung befreit würden. Am 19. September sodann verlangte sie vom Kläger, daß er ihr das am 28. Mai 1906 zugesandte Notizbuch zur Einsicht einsehe. Der Kläger sandte es, ohne daß es Einträge enthielt, am 20. September 1907 der Beklagten zu, indem er bemerkte: es sei ihm seinerzeit aufgetragen worden, sämtliche Fuhrleistungen, auch die betreffend Bier und Eis, darin einzutragen. Nachher sei man aber dann in mündlicher Unterredung wieder davon abgekommen, weil die Bierspeditionen aus dem Hauptbuch zu ersehen seien und „das fremde Fuhrwerk nicht der Wert war, aufzuschreiben“. Mit Brief vom 27. September bestritt die Beklagte die Richtigkeit dieser Angaben, untersagte dem Kläger jede Fuhrleistung, die weder Eis noch Bier betreffe und kündigte ihm Anstellung und Wohnung auf den 1. Januar 1908. In diesem Zeitpunkte trat dann der Kläger aus dem Dienste der Beklagten aus.

2. Im vorliegenden Prozesse nun macht er das ihm auf seinen Austritt zustehende, an sich unbestrittene Guthaben an Lohn und Spesenersatz im Betrage von 2188 Fr. 80 Cts. geltend, wogegen die Beklagte Abweisung dieser von ihr zur Verrechnung gestellten Klageforderung und Gutheißung einer Widerklage im Betrage von 6592 Fr. 58 Cts. nebst Verzugszins vom 20. März 1908 (der Einreichung der Widerklage) an beantragt. Sie führt unter Verweisung auf die erwähnten Korrespondenzen des näheren aus: Was vom Kläger aus dem Fuhrwerksverkehr, den er auf eigene Rechnung für Dritte vorgenommen habe, eingenommen worden sei, — es belaufe sich insgesamt auf 8500 Fr. — müsse er ihr abliefern. Als Angestellter habe er seine ganze Arbeitskraft in ihren Dienst zu stellen und alle Arbeiten auszuführen gehabt, die im Depot hätten vorgenommen werden wollen; er sei also, wenn der Depotbetrieb seine Arbeitszeit nicht genügend ausgefüllt habe, auch zu andern Dienstleistungen verpflichtet gewesen. Der Kläger habe denn auch seinem Willen im Sinne der Anerkennung dieser Verpflichtung zu Nebenarbeiten Ausdruck gegeben. Eventuell sei der Kläger aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder ganz eventuell aus ungerechtfertigter Bereicherung zur Ablieferung der fraglichen Einnahmen verpflichtet. Zu den 8500 Fr. komme noch eine

weitere Forderung von 393 Fr. 53 Cts. aus folgendem Rechtsverhältnis: Einer Anzahl kleiner Kunden in Zürich habe die Beklagte keine speziellen Konti eröffnet. Vielmehr sei mit ihnen der Einfachheit wegen auf die Weise abgerechnet worden, daß die Beklagten den Kläger für das betreffende Bier belastet und dieser dann dem Konsumenten auf seinen Namen Rechnung gestellt und auch die Zahlungen erhoben habe. Laut einem zu den Akten gegebenen Buchauszug werde aus diesem Rechtsgrunde ein Saldobetrag von 281 Fr. 35 Cts. gefordert, wozu aber noch zwei weitere Beträge, von 40 Fr. 15 Cts. (Uelinger) und 72 Fr. (Winter) kämen, was die genannten 393 Fr. 53 Cts. ergebe. Die Gegenforderung der Beklagten belaufe sich also auf zusammen 8893 Fr. 53 Cts., so daß nach Abzug der Klageforderung von 2188 Fr. 80 Cts., noch ein Überschuß von 6704 Fr. 73 Cts. verbleibe, also noch mehr als der eingeklagte (unrichtig berechnete) Saldo.

Der Kläger machte gegenüber dieser Kompensationseinrede und Widerklage geltend: Er bestreite nicht, mit Pferd und Wagen der Beklagten gelegentlich, in ganz unerheblichem Umfange, Fuhrleistungen für Dritte ausgeführt und die betreffenden Einnahmen für sich behalten zu haben. Das sei aber dem Direktor der Beklagten aus eigener Wahrnehmung bekannt gewesen und er habe nur dazu bemerkt: „Nicht zu viel!“ Gegenüber den daraus erzielten kleinen Nebeneinnahmen falle ins Gewicht, daß der klägerische Lohn bescheiden gewesen und trotz wesentlicher Steigerung des Umsatzes im Depot nicht, wie in Aussicht gestellt, erhöht worden sei. Das habe denn auch die Beklagte bewogen, ihn gewähren zu lassen und ihm diese gelegentlichen Fuhrleistungen nie zu verbieten. Bei den regelmäßigen Abrechnungen habe sie hinsichtlich dieser Bezüge nie einen Vorbehalt gemacht. Die Gestattung solcher kleiner Nebeneinnahmen sei übrigens bei derartigen Dienstverhältnissen durchaus üblich. Eine Pflicht, sie im Interesse und auf Rechnung der Beklagten vorzunehmen, habe nicht bestanden. Auch die andern rechtlichen Konstruktionen, auf die sich die Beklagte stütze — Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung — träfen nicht zu. Eventuell könnte die Beklagte die fraglichen Einnahmen nur soweit beanspruchen, als sie aus

der Verwendung von Pferd und Wagen, nicht aber soweit sie aus der Arbeitsleistung des Klägers und seines Knechtes geflossen seien. Die Forderung von 393 Fr. 53 Cts. endlich werde bestritten, da eine Schuld des Klägers aus den sogenannten Privatbierbezügen nicht bestehe und der Kläger das Delcredere für die betreffenden Kunden nicht übernommen habe.

3. In erster Linie ist anzunehmen, daß die Beklagte den Dienstvertrag mit dem Kläger seinerzeit nicht in dem von ihr behaupteten Sinne abgeschlossen hat, wonach es mit in den Kreis der dem Kläger aufgetragenen Dienste gehörte, die ihm überlassenen Pferde und Wagen auch zu anderen Zwecken, als dem Betriebe des Bierdepôts zu verwenden. Der Umfang der Verpflichtungen, die der Kläger vertraglich übernommen hatte, muß im Zweifelsfalle nach der Natur seiner Funktionen als Bierdepothalter beurteilt werden, und es können deshalb Besorgungen, die mit dem übertragenen Geschäftsbetriebe gar nichts zu tun haben, nur dann als dem Kläger obliegend gelten, wenn genügende Anhaltspunkte dafür sprechen. Dies ist aber nicht der Fall. Namentlich hat die Beklagte die für die Dienstverhältnisse vorliegender Art behauptete Übung nicht dargetan, laut der der Dienstpflichtige gehalten wäre, seine Arbeitskraft schlechthin dem Dienstherrn zu widmen und sie also während der Zeit, da der Dienstherr ihrer im übertragenen Geschäftskreis nicht bedarf, zu irgend welcher anderer Verwendung zur Verfügung zu stellen.

Nun fragt es sich aber, ob nicht das vorliegende Dienstverhältnis durch eine spätere Parteivereinbarung diesen weiteren Inhalt angenommen habe. Die Beklagte beruft sich dafür auf ihren Brief vom 28. Mai 1906, womit sie den Kläger anwies, die ausgeführten Nebenarbeiten in einem Notizbuch zu verzeichnen (und dabei einen besonderen Nebenerwerb, nämlich das Ausleihen von Pferden verbot). Hierin ist in der Tat, entgegen der vorinstanzlichen Auffassung, eine rechtsgenügende Willenserklärung der Beklagten zu erblicken, daß der Kläger nunmehr beauftragt sei, als ihr Angestellter auch solche Nebenarbeiten für ihre Rechnung zu besorgen. Nach dem ganzen Inhalte dieses Briefes konnte beim Kläger kein Zweifel darüber obwalten. Wenn er deshalb auch nicht ausdrücklich dieser nunmehrigen Ordnung des Dienstverhält-

nisses, wie es die Beklagte aufgefaßt wissen wollte, zugestimmt hat, so muß doch seine Zustimmung als stillschweigend erfolgt gelten, da er nach Treu und Glauben gehalten gewesen wäre, der Beklagten, falls er mit ihrem Briefe vom 28. Mai 1906 nicht einig ging, das besonders zu erklären.

Damit kommt man dazu, den Kläger hinsichtlich der Zeit vom genannten Tage an für gehalten anzusehen, der Beklagten die fraglichen Nebeneinnahmen voll abzuliefern. Da deren Betrag nicht feststeht, indem die Vorinstanz die Klage gänzlich abgewiesen und deshalb keine Veranlassung gehabt hat, über die Höhe dieser Einnahmen etwas festzustellen, ist der Fall zu neuer Behandlung im Sinne der vorstehenden — und der nachfolgenden — Ausführungen an sie zurückzuweisen.

4. Aus dem gesagten folgt aber nicht, daß die Beklagte hinsichtlich der streitigen Einnahmen, die der Kläger vor dem 28. Mai 1906 gemacht hat, nun schlechthin keinen Anspruch auf Rechnungsstellung und Rückerstattung besitze. Die Sache liegt hier vielmehr so, daß der Kläger, dem als Dienstverpflichteten Betriebsmaterial (Wagen und Pferde) der Beklagten anvertraut war, damit die fraglichen Besorgungen zwar nicht als Geschäfte seiner Dienstherrin ausführen mußte und wollte, sie aber doch tatsächlich in gewissem Umfange objektiv als deren Geschäfte ausgeführt hat, insofern er eben mit Hilfe jenes Betriebsmaterials, das sonst brachgelegen hätte, einen Gewinn erzielt hat. Nun muß es als eine Regel des Dienstvertrages gelten, der sich der Dienstverpflichtete beim Vertragsabschlusse mangels einer gegenteiligen Erklärung stillschweigend als einem Bestandteil des gesetzlichen Vertragsinhaltes unterzieht, daß, falls von ihm aus den übergebenen Geschäftsmitteln außerhalb des bedungenen Geschäftskreises ein Gewinn erzielt wird, derselbe nicht ihm gehört, sondern seinem Prinzipal, und diesem, allfällig nach einem Abzuge für Aufwendung, abzuliefern sei (vergl. im besondern hinsichtlich des Handlungsgehilfen § 61 des deutschen HGB). Treu und Glauben verlangen es, das als beidseitige Willensmeinung der Vertragsparteien voranzusetzen und damit auszuschließen, daß der Dienstverpflichtete sich nachher einen Vorteil verschafft, der nach der Billigkeit dem Dienstherrn gebührte, auf den zu greifen ihm aber der abgeschlossene

Vertrag keine Handhabe gäbe und den der Dienstverpflichtete unter Berufung auf ein illoyales Verhalten sich zu sichern versuchte. Das vorliegende Verhältnis bildet übrigens nur einen einzelnen Anwendungsfall eines allgemeinen Grundsatzes, wonach derjenige, der aus fremdem Vermögen ohne oder gegen den Willen des Eigentümers Gewinn zieht, das rechtlich nicht für sich zu tun vermag, sondern nur für den Eigentümer, dem er rechnungs- und erstattungspflichtig ist. (Beispielsweise läßt sich hierfür verweisen auf den Kommissionär, der ohne Recht in das abzuschließende Geschäft eintritt, vergl. NS 26 II Nr. 5 Erw. 5; auf denjenigen, der durch unberechtigte Ausnützung einer fremden Erfindung Einnahmen erzielt; auf den Mieter, der Früchte der Mietsache, auf den Pfandgläubiger, der solche des Pfandes bezieht; auf die Geschäftsführung ohne Auftrag, namentlich die nicht im Interesse des Geschäftsherrn unternommene des Art. 473 OR; usw.)

Mit dem gesagten ist gleichzeitig erstellt, daß die weiteren Rechtsgründe, auf die sich die Beklagte eventuell zur Begründung dieser Widerklageforderung beruft (Geschäftsführung ohne Auftrag und ungerechtfertigte Bereicherung), nicht zutreffen, und ferner, daß die Beklagte nicht, wie sie meint, alles was der Kläger vor dem 28. Mai 1906 aus den fraglichen Nebenarbeiten eingenommen hat, als ihr zugehörig für sich beanspruchen kann, sondern nur soviel davon, als das Betriebsmaterial der Beklagten zur Gewinnung dieser Einnahmen beigetragen hat, wogegen dem Kläger soviel zu belassen ist, als seiner dabei betätigten Arbeitskraft und der seines Knechtes entspricht. Die Auscheidung dessen, was beiden Teilen gebührt, läßt sich auf Grund der gegenwärtigen Akten nicht vornehmen, da die Vorinstanz auch in dieser Beziehung die tatsächlichen Verhältnisse nicht festgestellt hat und von ihrem Standpunkte aus nicht festzustellen brauchte. Der Fall ist daher auch insoweit zu neuer Behandlung an sie zurückzuweisen.

5. Eine Rückweisung rechtfertigt sich endlich auch für die andere Widerklageforderung von 393 Fr. 53 Cts. Die Vorinstanz kommt zu deren Abweisung von der Erwägung aus: Es handle sich bei dem Privatbankkonto der Beklagten um eine Einrichtung zur Vereinfachung ihrer Buchführung, wobei in diesem Konto das Guthaben der Beklagten fortwährend vorgetragen und nie ausgeglichen

worden sei; dies lege den Schluß nahe, daß der Kläger nur formell als Schuldner behandelt worden, tatsächlich aber die Guthaben aus den betreffenden Bierlieferungen der Beklagten zugestanden seien. Nun hat aber die Beklagte für ihren gegenteiligen Standpunkt eine Reihe von Beweisen (Einsicht der Bücher und Abhörung von Zeugen) angeboten, die die Vorinstanz unberücksichtigt ließ. Eine solche Ergänzung der Akten in diesem Punkte zu neuer Beurteilung, wie das die Beklagte in eventueller Weise vor Bundesgericht verlangt, scheint angezeigt, um so mehr als die Vorinstanz laut Obigem selbst zu erkennen gibt, daß sie zu ihrer Rechtsauffassung auf Grund eines nicht ganz sichern Schlusses aus tatsächlichen Indizien gekommen sei.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird in dem Sinne gutgeheißen, daß der Fall unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zu neuer Behandlung im Sinne der Motive an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

84. Arrêt du 27 novembre 1908 dans la cause

J. Guyot & Cie., dem. et rec., contre Leclerc. déf. et int.

Vente. — Résiliation. Art. 249, 250, 255 CO. — Constatation des défauts de la marchandise. Art. 246 et 248 CO; vérification par échantillon. — Dommages-intérêts alloués à l'acheteur en cas de résiliation.

A. — La verrerie J. Guyot & C^{ie} à Paris, a expédié en avril-juin 1906, sur commande, à D^{me} Leclerc, qui exploite à Courgenay un commerce de limonaderie et d'eaux gazeuses, quatre envois comprenant 1202 siphons, 12 carafes et 113 caisses. Le prix de vente a été arrêté à 3520 fr. 50.

Dès l'arrivée du premier envoi, la destinataire en fit vérifier le contenu par ses employés, Spinedi et Guessat, en présence pour une partie tout au moins, du notaire Laissue. Ils constatèrent tous trois que la marchandise était défectueuse, alors que les colis étaient extérieurement en parfait