

lui-même gérant de la publicité du journal. Ce n'est pas là le langage ni l'attitude d'un employé.

L'activité de ce gérant est analogue à celle d'un mandataire ou d'un entrepreneur. Il se peut donc que l'analyse juridique de la convention qui le lie aux éditeurs doive être complétée par des éléments appartenant au mandat ou au contrat d'entreprise (auquel cas il y aurait en l'espèce un bail à ferme et un contrat d'entreprise réciproque). Mais on ne saurait y ajouter aucun élément propre au contrat de travail, l'élément de durée — qui est donné en l'espèce — n'étant au surplus pas absolument spécifique de ce dernier contrat.

4. — L'art. 332 CO relatif à la demeure du patron n'est donc pas applicable dans le cas présent.

D'ailleurs, il n'est pas sans utilité de relever ici que, même si l'activité de Forster avait été organisée sous forme de louage de services, la question de l'applicabilité de l'art. 332 pourrait encore prêter à discussion. Cette disposition est en effet tellement particulière, que l'on peut se demander s'il est possible de l'adapter à un contrat mixte, qui ne présente pas exclusivement les éléments caractéristiques du contrat de travail. On peut même se poser la question de savoir si, dans le cadre de ce seul contrat, il n'y a pas encore place pour une distinction ; si la disposition précitée ne doit pas être réservée à certaines catégories de travailleurs — p. ex. à ceux qui sont expressément nommés en l'art. 333 — à l'exclusion de tous les autres ; et si enfin son application doit être combinée avec celle des règles générales du CO sur l'inexécution des contrats. Ces questions peuvent toutefois demeurer ouvertes en l'espèce.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

Le jugement attaqué est confirmé.

28. Urteil der I. Zivilabteilung vom 4. März 1931

i. S. Steffen gegen Aisslinger.

Haftung des Dienstherrn für die Folgen eines einer jungen Lehrtochter wegen ungenügender Aufsicht und Unterweisung zugestossenen Unfalles (Tötung infolge Explosion eines in einem Apothekerkeller lagernden mit einem leicht entzündbaren Öl gefüllten Fasses, aus dem die Lehrtochter einen hineingefallenen Gegenstand entfernen wollte, wobei sie mit einem brennenden Zündholz hineinzuzünden versuchte).

A. — Der Beklagte, Apotheker Dr. Hans Aisslinger, war Eigentümer der an der Josefstrasse 93 in Zürich 5 gelegenen «Josefapothek». Er erstellte und vertrieb das sog. «Bühleröl», ein pharmazeutisches Mittel gegen Gicht und Rheumatismus, welches sich aus Vaselineöl, Rüböl und verschiedenen ätherischen Ölen zusammensetzt. Dieses Öl bewahrte er in einem ca. 150 Liter fassenden Holzfass im Arzneikeller seines Hauses Josefstrasse 93 auf, einem Raum, der durch elektrisches Licht erleuchtet werden konnte und der zudem ein kleines Fenster besass, durch das jedoch nur spärlich Tageslicht einzudringen vermochte. Für besonders explosions- und feuergefährliche Stoffe besass der Beklagte einen speziellen, durch eine feuersichere Türe abschliessbaren Kellerraum, den er den «Feuerkeller» nannte. Das Personal hatte die Weisung, weder den Feuerkeller noch den Arzneikeller mit offenem Lichte zu betreten. Der Verkauf des Bühleröles erfolgte in kleinen Flaschen von ca. zwei dl. Inhalt. Diese wurden jeweils von den Angestellten abgefüllt, wobei letztere vom Kläger zur Vorsicht ermahnt worden waren. Unter diesen Angestellten befand sich die am 15. August 1910 geborene Lehrtochter Josefine Steffen, welche am 1. Mai 1926 für eine Lehrzeit von drei Jahren beim Beklagten eingetreten war.

Als die Steffen anfangs März 1928 mit dem Abfüllen eines solchen Fläschchens beschäftigt war, fiel ihr das

Ansatzstück des von ihr hiebei verwendeten Metalltrichters, das eine Länge von ca. 6 bis 8 cm und einen Durchmesser von ca. 3 cm besass, durch das offene Spuntloch in das Fass hinein, welches letzteres damals noch etwa zu einem Viertel gefüllt war. Sie meldete ihr Missgeschick dem Beklagten, der ihr befahl, das Stück wieder heraus zu holen. Einige Tage später, d. h. am Samstag den 10. März 1928, erkundigte sich der Beklagte, ob das Stück nun gefunden sei. Die Steffen verneinte dies, worauf ihr der Beklagte, der sehr geschimpft haben soll, die Weisung gab, einen Nagel an einen Stecken zu schlagen und damit nach dem verlorenen Gegenstand im Fass zu fischen. Die Steffen ging daraufhin zusammen mit der damals beim Beklagten als Putzfrau angestellten, 1891 geborenen Helene Widmer in den Arzneikeller und versuchte daselbst, mittels eines umgebogenen Drahtes das Stück aus dem Fasse zu ziehen. Da der Versuch erfolglos blieb, riet die Widmer, ein Streichholz anzuzünden, um besser in das Fass hineinschauen zu können. Die Steffen holte daraufhin Streichhölzer und zündete eines davon über dem Spuntloch an. Das bewirkte eine Entzündung der im Fasse angesammelten Öldämpfe. Es ereignete sich eine starke Explosion. Der Boden des Fasses wurde hinausgedrückt und das in Brand geratene Öl hinausgeschleudert, wobei die Kleider der beiden Frauen Feuer fingen. Der Widmer gelang es noch, brennend ins Freie zu gelangen, während die Steffen erst von der in der Folge herbeigerufenen Brandwache, die nur mit Gasmasken in den Keller einzudringen vermochte, aus diesem herausgeholt werden konnte. Die Steffen starb wenige Minuten nachher, ohne das Bewusstsein wieder erlangt zu haben, während die Widmer, die sofort in das Spital übergeführt worden war, daselbst auf kurze Zeit wieder zur Besinnung kam und dem Arzte noch den Hergang des Unfalles erzählen konnte. In der Folge verschied aber auch sie.

B. — Mit der vorliegenden auf Grund eines Arrestes gegen den inzwischen nach München verzogenen Beklagten

in Zürich eingeleiteten Klage verlangt der Vater der verunfallten Josefine Steffen, Konrad Steffen, gestützt auf Art. 339, 41 und eventuell 58 OR als Schadenersatz und Genugtuung für den Tod seines Kindes insgesamt 10,000 Fr.

C. — Mit Urteil vom 4. November 1930 hat das Obergericht des Kantons Zürich die Klage abgewiesen.

D. — Hiegegen hat der Kläger am 29. Dezember 1930 die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Begehren, es sei die Klage im Betrage von 6820 Fr. (wovon 5000 Fr. als Genugtuung) nebst 5 % Zins seit 1. August 1928 gutzuheissen.

Der Beklagte beantragt die Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Gemäss Art. 339 OR hat der Dienstherr, soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Dienstverhältnis und die Natur der Dienstleistung ihm billigerweise zugemutet werden darf, für genügende Schutzmassregeln gegen die Betriebsgefahren zu sorgen. Diese Vorschrift legt, wie das Bundesgericht schon mehrfach entschieden hat (vgl. BGE 56 II S. 280 und die daselbst angeführten früheren Entscheide), dem Dienstherrn nicht nur die Pflicht auf, an den in Frage stehenden Anlagen Schutzvorrichtungen anzubringen, sondern sie verhält ihn auch, den Dienstpflichtigen über die Gefahren, die solche Anlagen und deren Bedienung in sich bergen, in angemessener Weise zu unterrichten und gegen eine unsachgemässe, gefährdende Bedienung oder Benützung einer Anlage einzuschreiten. Diese Regel stellt im Grunde nichts anderes als einen speziellen Anwendungsfall des längst als ungeschriebene allgemeine Rechtsnorm anerkannten Prinzipes dar, dass derjenige, der einen Zustand schafft, aus welchem Dritten ein Schaden droht, zu entsprechenden Vorsichtsmassregeln und Schutzmassnahmen verpflichtet ist (vgl. statt vieler BGE 45 II S. 647 Erw. 3). Es kann daher hier dahingestellt bleiben, ob eine Vernachlässigung der

dem Beklagten zustehenden Aufsichts- und Unterweisungspflicht — weil der Kläger nicht selber Vertragspartei war — lediglich als eine unerlaubte Handlung gemäss Art. 41 OR, oder aber als Verstoss gegen Art. 339 und — da die Verunfallte eine Lehrtochter war — gegen Art. 337 OR zu werten sei.

2. — Es fragt sich nun aber, ob der Beklagte, wie der Kläger behauptet, seiner Pflicht nicht genügt habe. Beide Vorinstanzen haben ein schuldhaft rechtswidriges Verhalten des Beklagten verneint, weil dieser seinem Personal allgemein die Weisung erteilt habe, sowohl den « Feuerkeller », als auch den Arzneikeller nie mit offenem Lichte zu betreten. Diese Feststellung ist tatsächlicher Natur und daher an sich für das Bundesgericht verbindlich. Allein diese allgemeine Warnung kann unter den obwaltenden Umständen, entgegen der Auffassung der Vorinstanzen, nicht als genügend erachtet werden, um den Beklagten völlig zu entlasten. Die verunfallte Steffen war eine erst 18 jährige Lehrtochter, bei der man nicht dasjenige Mass von Einsicht und Gewandtheit voraussetzen konnte, das man von einer ausgelernten Drogistin erwarten darf. Der Beklagte hatte daher, zumal auch im Hinblick auf das bestehende Lehrvertragsverhältnis, die Pflicht, die Tätigkeit dieses Mädchens besonders zu überwachen und sie ohne Aufsicht nur solche Arbeiten ausführen zu lassen, denen sie offensichtlich gewachsen war. Nun kann aber nicht anerkannt werden, dass die Entfernung des fraglichen Trichteransatzstückes aus dem noch teilweise mit Öl gefüllten, im nur spärlich erleuchteten Keller liegenden Fasse eine Arbeit dargestellt habe, die man ohne weiteres einer jungen Lehrtochter hätte überlassen dürfen. Dies hätte dem Beklagten besonders zum Bewusstsein kommen sollen, als ihm am 10. März 1928 auf Befragen berichtet worden war, dass bis anhin die Versuche, das Stück herauszuholen, fehlgeschlagen hätten. Trotzdem beschränkte sich der Beklagte damals darauf, die Steffen anzuweisen, mit einer Art Hacken nach dem

Gegenstand zu fischen. Das erforderte aber nicht geringe Geschicklichkeit. Und da der Auftrag in einem Keller ausgeführt werden musste, der relativ nur spärlich erleuchtet war, hätte der Beklagte sich sagen müssen, dass diese Arbeit wohl kaum ohne Beizug einer besondern Lichtquelle bewerkstelligt werden könne. Angesichts dieser mehrfachen Schwierigkeiten durfte er aber das Mädchen nicht einfach sich selbst überlassen, sondern er hätte, wenn er die Arbeit nicht selber besorgen wollte, die Steffen anweisen sollen, ihm, wenn der Versuch nicht sofort gelingen sollte, zu rufen. Auf alle Fälle hätte er im Hinblick auf diesen besondern Auftrag die Pflicht gehabt, das Mädchen nochmals auf die Gefährlichkeit des fraglichen Öles aufmerksam zu machen und es insbesondere davor zu warnen, im Falle, dass die vorhandene Beleuchtung nicht ausreichen sollte, ein offenes Licht zu verwenden, zumal da der Beklagte in seiner Einvernahme in der Strafuntersuchung selber erklärt hat, die Steffen sei etwas oberflächlich gewesen, und er sei daher von deren Mutter mehrmals aufgefordert worden, strenge mit ihr zu sein. Es sollen sich allerdings zwei elektrische Handlampen im Hause befunden haben, die auch im Keller hätten verwendet werden können. Allein, da keine davon im Keller bereit lag und daselbst auch kein Steckkontakt hierfür vorhanden war, lag deren Verwendung nicht derart nahe, dass dem Beklagten nicht der Gedanke hätte kommen müssen, die Steffen könnte der Versuchung, ein Streichholz oder dergleichen anzuzünden, unterliegen. Wenn der Beklagte behauptet, es sei ihm wohl bekannt gewesen, dass das Bühleröl leicht brenne, nicht aber, dass es explodierbar sei, so vermag ihn dies nicht zu entschuldigen; denn ein Apotheker hat die Pflicht, sich auch nach dieser Richtung über die Beschaffenheit der von ihm hergestellten und verwahrten Substanzen zu informieren. Aus all diesen Gründen muss daher eine Verletzung der dem Beklagten zustehenden Aufsichts- und Unterweisungspflicht bejaht werden.

3. — Die Klageforderung des Klägers ist daher grundsätzlich gutzuheissen. Doch kann von einer Ersatzpflicht des Beklagten für allen dem Kläger durch den Unfall entstandenen materiellen Schaden angesichts des schweren Mitverschuldens der Verunfallten nicht die Rede sein; denn dass die Steffen trotz der Weisung, nie mit offenem Licht den Keller zu betreten, mit einem Streichholz in das Fass hineingezündet hat, muss, selbst bei Berücksichtigung ihres jugendlichen Alters, als äusserst unvorsichtig bezeichnet werden. Der Beklagte hält dafür, dass angesichts dieses Umstandes die Zusprechung einer Genugtuungssumme an den Kläger nicht in Frage kommen könne. Die äusserst tragische Art, auf welcher das Mädchen ums Leben gekommen und welche beim Kläger zweifellos einen unauslöschlichen Eindruck hinterlassen hat, rechtfertigt jedoch, ihm trotzdem auch unter diesem Titel einen wenn auch allerdings stark reduzierten Betrag zuzuerkennen. Unter Berücksichtigung aller Umstände erscheint es gerechtfertigt, dem Kläger nach freiem Ermessen insgesamt 2500 Fr. zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird in dem Sinne teilweise gutgeheissen, dass das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 4. November 1930 aufgehoben und die Klage im reduzierten Betrage von 2500 Fr. nebst 5 % Zins seit 1. August 1928 geschützt wird.

29. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 17. März 1931 i. S. Müller gegen Bucheli.

Beweis des mündlichen Vertragsschlusses über die Errichtung einer einfachen Gesellschaft, Art. 530 ff. OR.
Substantiierungspflicht. Tat- und Rechtsfrage beim Indizienbeweis. OG Art. 81.

A. — Der Kläger, Franz Müller, war Prokurist im Geschäftsbureau Häfliger in Luzern. Er suchte die während seines Wehrdienstes anlässlich der Grenzbesetzung erlittene Einkommenseinbusse durch Verwertung seiner Kenntnisse bei Nebengeschäften und Spekulationen wieder einzuholen. Der ihm bekannte Beklagte, Anton Bucheli, Buchdrucker, wohnte im gleichen Stadtviertel und beschäftigte sich ebenfalls mit der Anbahnung von Gelegenheitsgeschäften. Im Jahre 1920 traten sie in nähere Beziehungen miteinander, und in der Folge wurden zahlreiche Transaktionen mit mehr oder weniger Spekulationscharakter durchgeführt, auf die im Einzelnen in den Erwägungen einzutreten ist und bei welchen es meistens der Kläger war, der kraft seiner Erfahrung und seines Einblickes bei Häfliger die Gelegenheit nachweisen und die erforderlichen Korrespondenzen, Eingaben und Verwaltungen besorgen konnte, während Bucheli in der Hauptsache die notwendigen Mittel und vor allen Dingen seinen Namen gab, um den Kläger vor einem Konflikt mit seinem Arbeitgeber und dessen Kunden zu verschonen. Nach der Darstellung Müllers wäre freilich vor den einzelnen Geschäften eines Tages mündlich die Errichtung einer einfachen Gesellschaft mit Teilung des Gewinnes beschlossen worden, so dass heute die rechtliche Beurteilung des Verhältnisses keine Schwierigkeiten bereiten würde, sondern nur die Abrechnung aufzustellen und über die Höhe des zu teilenden Gewinnes zu entscheiden wäre.

Im Anfang des Jahres 1926 begannen sich die Beziehungen der Parteien zu trüben. Am 29. Dezember 1925 hatte der Kläger dem Beklagten eine Abrechnung « über den gegenseitigen Kassenverkehr » gesandt, und am 22. Dezember 1925 und 31. Januar 1926 hatte er ihn gebeten, eine Aufstellung über das Vermögen aus den « gemeinsamen Käufen und Verkäufen » zu machen und ihm gleichzeitig 15,000 Fr. auf Rechnung seines Gewinnanteiles zu übermitteln; er wünsche Klarheit und die Früchte seiner mehrjährigen Arbeit zu erlangen. Der