

zu befürchten ist, ausgesprochen werden. Es ist infolgedessen dahin zu fassen, dass der Beklagten untersagt wird: In Zukunft erneut den Kunden der Klägerin Prämien zu entrichten für den Fall, dass diese ihren Bedarf an Zementröhren und anderen Zementwaren nicht bei dieser decken; bzw. die Konkurrenten der Klägerin zu diesem Behufe, unter gleichzeitiger Zurverfügungstellung bezüglicher Mittel zu Unterbietungen der Klägerin zu veranlassen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Haupt- und Anschlussberufung werden in der Weise abgewiesen, dass das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Aargau vom 19. Juni 1930, unter Verdeutlichung von Dispositiv 2 im Sinne der Motive, bestätigt wird.

75. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 3. Dezember 1930 i. S. Fässler gegen Rübli.

Art. 53, Abs. 2 OR hat nicht die Bedeutung, dass der Zivilrichter mit Ausnahme der Beurteilung der Schuld und der Bestimmung des Schadens an ein in der betr. Streitsache ergangenes strafgerichtliches Erkenntnis gebunden sei.

Die Vorinstanz hat sich mit Recht — entgegen der Auffassung der Kläger — nicht zufolge der Vorschrift des Art. 53 Abs. 2 OR an die Feststellung des Schwurgerichtes (im vorangegangenen Strafprozess), wonach sich der Beklagte vorliegend eine Widerrechtlichkeit habe zu schulden kommen lassen, gebunden erachtet. Zwar findet sich in der Doktrin die Meinung vertreten, wenn gemäss Art. 53 Abs. 2 OR strafgerichtliche Erkenntnisse mit Bezug auf die Beurteilung der Schuld und die Bestimmung des Schadens als für den Zivilrichter nicht verbindlich erklärt worden seien, so ergebe sich daraus, dass ein verurteilendes Straferkenntnis in andern Fragen den Zivilrichter

binde, z. B. insofern als es die Tat und deren Widerrechtlichkeit feststelle (vgl. v. TUHR OR I S. 346 Ziff. II; OSER, Kommentar 2. Aufl. zu Art. 53 OR Ziff. III S. 380 ff.). Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigespflichtet werden. Es ist im Grunde genommen eine Frage des Prozessrechtes, ob und inwieweit ein Strafurteil für eine andere Instanz bindend sei. Der eidg. Zivilgesetzgeber hatte daher nur insoweit Veranlassung, sich in diese Regelung hineinzu-mischen, als es galt, dabei die Interessen des materiellen Rechtes zu wahren. Also hatte er auch nur zu bestimmen, inwieweit der Zivilrichter unter allen Umständen frei sein solle, während darüber hinaus die Frage der Geltung eines Strafurteiles nach wie vor dem kantonalen Prozessrecht anheimgestellt blieb. Aus dem Umstande, dass in Art. 53 Abs. 2 OR eine Bindung des Zivilrichters nur mit Bezug auf die Beurteilung der Schuld und die Bestimmung des Schadens ausgeschlossen worden ist, kann daher nicht per argumentum e contrario der Schluss gezogen werden, dass hinsichtlich aller übrigen Feststellungen der Zivilrichter von Bundesrechts wegen gebunden sei (vgl. auch WEISS, Berufung S. 298 ff.).

76. Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. Dezember 1930 i. S. Senn gegen Sutter.

Konkurrenzverbot. Dessen Zulässigkeit im Arzt- bzw. Zahnarztberuf. Es ist nicht auf Grund von Art. 20 OR ungültig (Erw. 1). — Mangel der Voraussetzungen des Art. 356 Abs. 2 OR (Erw. 2).

Bei Ungültigkeit eines Konkurrenzverbotes verstösst es nicht gegen Treu und Glauben (Art. 48 OR), wenn ein Dienstnehmer, der, um sich selbständig zu machen, eine Stelle verlässt, dies seinen Bekannten durch ein Rundschreiben zur Kenntnis bringt (Erw. 3).

A. — Der Kläger, Dr. Albert Senn, ist ein bekannter Zahnarzt, der seit Jahren in Zürich seine Praxis ausübt.

Im November 1925 trat der Beklagte, Zahnarzt Dr. Karl Sutter, bei ihm als Assistent in Stellung, wobei der Kläger ihn am 13. April 1926 folgende Erklärung unterzeichnen liess: « Der Unterzeichnete verpflichtet sich auf Ehrenwort, nach eventuellem Austritt aus der Praxis des Herrn Dr. Senn, sich während zwei Jahren nicht anderweitig in Zürich zahnärztlich zu betätigen ». Im Januar 1927 kam es zu Differenzen zwischen den Parteien, worauf der Kläger dem Beklagten auf Ende 1927 kündigte. In der Folge einigten sich die Parteien jedoch wieder, und es wurde das Dienstverhältnis, ohne dass die Frage des Konkurrenzverbotes neu geregelt worden wäre, fortgesetzt, bis der Beklagte dem Kläger am 30. April 1929 seinerseits die Stellung kündigte. Er trat daraufhin am 15. Juni gleichen Jahres bei Zahnarzt Dr. Keller in Zürich ein, bei welchem Anlass er an seine Bekannten, worunter auch an solche, zu denen er infolge seiner Tätigkeit beim Kläger in Beziehung getreten war, ein Zirkular versandte, in welchem er sie davon in Kenntnis setzte, dass er « ab 15. Juni nächsthin Weinbergstrasse 20, Telephon Hottingen 5488 praktizieren werde ».

B. — Der Kläger erblickt in diesem Verhalten eine Verletzung des vom Beklagten unterm 13. April 1926 eingegangenen Konkurrenzverbotes, sowie auch ein unlauteres Verhalten im Sinne von Art. 48 OR, und er reichte daher gegen den Beklagten Klage auf Bezahlung von 5000 Fr., eventuell eines nach richterlichem Ermessen festzusetzenden Betrages ein.

C. — Mit Urteil vom 27. August 1930 hat das Obergericht des Kantons Zürich die Klage abgewiesen.

D. — Hiegegen hat der Kläger am 8. Oktober 1930 die Berufung an das Bundesgericht erklärt, indem er erneut um Schutz der Klage ersuchte; eventuell sei die Angelegenheit zur Feststellung des Schadens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

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

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Beklagte hält dem in Frage stehenden Konkurrenzverbot, auf das sich die Klage in erster Linie stützt, entgegen, dieses überschreite die allgemeine Schranke, welche der Vertragsfreiheit durch Art. 20 OR gesetzt ist, und sodann beruft er sich auf die besondere Schutzbestimmung, welche das Gesetz in Art. 356 Abs. 2 OR im Interesse des Dienstpflichtigen aufgestellt hat.

Mit Recht hat es jedoch die Vorinstanz abgelehnt, aus Art. 20 OR die Ungültigkeit des vorliegenden Konkurrenzverbotes abzuleiten. Die von der deutschen Judicatur (vgl. Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen Bd. 16 NF S. 144) — auf welche der Beklagte sich beruft — vertretene Auffassung, wonach die Ausübung eines ärztlichen Berufes wegen des öffentlichen Interesses und auch kraft der diesem innewohnenden Würde unbedingt frei sein müsse, wird von der schweizerischen Rechtsprechung nicht geteilt, und sie erweist sich strenger als die Schranken, welche das Bundesgesetz über das Obligationenrecht dem in ihm grundsätzlich anerkannten Prinzip der Vertragsfreiheit gezogen hat. Der eidg. Gesetzgeber hat sich bei der Reform des Obligationenrechtes besonders angelegen sein lassen, die Wirkungen der Vertragsfreiheit gerade in Bezug auf das Konkurrenzverbot auf ein erträgliches und vernünftiges Mass zurückzuschrauben, aber er hat doch davon abgesehen, eine besondere Schranke in Ansehung der Art der Betätigung, um welche es sich bei dem Dienstverhältnis handelt, zu ziehen, d.h. er hat es unterlassen, besondere Klassen von Dienstpflichtigen bei der Behandlung des Konkurrenzverbotes über die allgemeine Ordnung hinauszuhoben und sich vielmehr damit begnügt, in Art. 356 Abs. 2 OR die Grenzen zu ziehen im Hinblick auf die grössere oder geringere Möglichkeit und die Schadenswirkungen des Vertrauensmissbrauches, dem die Konkurrenzverbote begegnen sollen.

2. Es fragt sich deshalb bei der Beurteilung der Rechtsgültigkeit des hier im Streite liegenden Konkurrenzverbotes einzig, ob die in Art. 356 Abs. 2 OR für dessen Zulässigkeit geforderten Voraussetzungen zutreffen, d.h. ob das in Frage stehende Dienstverhältnis dem Beklagten einen Einblick in den Kundenkreis oder in Geschäftsgeheimnisse des Klägers gewährte, durch dessen Verwendung er den Kläger erheblich schädigen könnte. Geschäftsgeheimnisse kommen hier — darüber sind die Parteien einig — nicht in Frage. Mit Bezug auf den Einblick in den Kundenkreis aber hat das Bundesgericht in seinem Entscheide in Band 44 II S. 56 ff. ausgeführt, dass dieser immer dann vom Angestellten nicht ausgebeutet werden könne, wenn das Verhältnis zwischen Kundschaft und Geschäftsherrn im wesentlichen auf einem persönlichen Bande beruhe, wenn es sich stütze auf die persönliche Leistungsfähigkeit des Geschäftsherrn. In diesem Falle werde dem Dienstnehmer sein Einblick in den Kundenkreis nichts nützen; denn dieser Kenntnis an sich werde er noch nicht die Mittel entnehmen können, um die Verbindung zwischen Prinzipal und Kundschaft aufzulösen oder zu lockern. Der berühmte Arzt könne daher seinem Assistenten, der bekannte Rechtsanwalt seinem Substituten, kein Konkurrenzverbot auferlegen. Wohl sei eventuell auch in solchen Fällen eine Schadenszufügung vermöge der eigenen Leistungsfähigkeit des Dienstnehmers möglich. Allein dann sei eben nicht dessen Einblick, wenigstens nicht in erheblichem Masse, für den Schaden des Dienstgebers kausal, sondern kausal seien dann seine persönlichen Eigenschaften, deren Werbekraft aber nach Art. 356 Abs. 2 OR nicht unterbunden werden dürfe. Es liegt kein Grund vor, von der Auslegung, wie sie die in Frage stehende Bestimmung durch den erwähnten Entscheid erfahren hat, abzugehen. Art. 356 Abs. 2 OR ist nur ein besonderer Anwendungsfall des in Art. 27 ZGB ausgesprochenen allgemeinen Prinzips, wonach niemand sich seiner persönlichen Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht

oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken kann. Eine solche rechtswidrige bzw. unsittliche Beschränkung würde aber durch die Vereinbarung von Konkurrenzverböten ermöglicht, wenn man der in Frage stehenden Bestimmung nicht die weitreichende Bedeutung, wie sie ihr im erwähnten Entscheide beigemessen worden ist, zuerkennen würde. Dem kann nicht, wie der Kläger glaubt, entgegengehalten werden, dass diese Auffassung in ihrer Verallgemeinerung einer Verneinung der Anwendbarkeit des Konkurrenzverbötes auf freie Dienste gleichkomme. Die Haltlosigkeit dieser Behauptung ergibt sich schon daraus, dass es sich im angefochtenen Urteil, wie auch im heutigen Falle, nur um den Einblick in den Kundenkreis und nicht auch in Geschäftsgeheimnisse handelt. Auch bei sog. freien Diensten kann der Dienstnehmer sehr wohl in die Lage kommen, Geschäftsgeheimnisse des Dienstherrn zu erfahren, in welchem Falle dann der Vereinbarung eines Konkurrenzverbötes nichts im Wege steht.

Sind somit die vorerwähnten, in dem angeführten Entscheide ausgesprochenen Grundsätze heute noch als zutreffend zu erachten, so ist damit aber, wie die Vorinstanz mit Recht angenommen hat, ohne weiteres auch die Unzulässigkeit des vorliegend streitigen Konkurrenzverbötes dargetan. Der Kläger behauptet zwar, er sei wohl ein guter, angesehener Zahnarzt, aber nicht «berühmt». Das spielt jedoch keine ausschlaggebende Rolle. Der Gleichstellung des «berühmten» Arztes mit dem «bekanntem» Rechtsanwalt ist unschwer zu entnehmen, dass das bezügliche Urteil — was sich übrigens auch aus dem Sinn jener Erwägungen ohne weiteres ergibt — nicht gerade eine Berühmtheit in dem betreffenden Fach, sondern überhaupt einen Praktiker von Ruf im Auge hatte; hierauf passt aber auch das Prädikat, das dem Kläger nach seiner eigenen Sachdarstellung zukommt.

3. Bei dieser Sachlage kann aber in dem Umstande, dass der Beklagte sich seit Austritt beim Kläger anderweitig in Zürich als Zahnarzt betätigt und dass er hievon

seinen Bekannten Kenntnis gegeben hat, auch kein unlauteres Verhalten im Sinne von Art. 48 OR erblickt werden. Denn einem Dienstnehmer, der eine Stelle verlässt, um sich selbständig zu machen, oder bei einem andern Prinzipal einzutreten, kann, wenn nicht eine besondere vertragliche Abmachung ihm dies verbietet, nicht verwehrt werden, sich bei diesem Anlass bei seinen Bekannten, worunter auch allenfalls bei den Kunden seines frühern Dienstherrn, zu empfehlen, sofern dies nicht in einer Weise geschieht, dass letzterer hiedurch herabgewürdigt, oder die eigenen Fähigkeiten in ungehöriger Weise angepriesen werden. Das ist aber vorliegend nicht geschehen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und demgemäss das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 27. August 1930 bestätigt.

77. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. Dezember 1930 i. S. Stadelmann-Vogel gegen Löttscher.

Vereinbarung eines Kaufvertrages mit Einräumung eines Rückkaufsrechtes in der Absicht auf Hingabe einer bestimmten Geldsumme gegen Sicherstellung durch die Kaufsache (i. c. eines Grundstückes). Darin liegt an sich keine Simulation (Erw. 1), und auch keine unzulässige Umgehung von Art. 793 Abs. 2 und 816 Abs. 2 ZGB (des Verbotes der Verfallklausel) (Erw. 2).

Aus dem Tatbestand :

Die Beklagte, Frau A. Stadelmann-Vogel, erwarb im Jahre 1911 die im Schärli in der Gemeinde Marbach gelegene Liegenschaft « Löffelschwand ». Im Jahre 1928 wurde dieses Heimwesen in einer von Bäckermeister Krummenacher für eine Forderung von 1287 Fr. 90 Cts. gegen die Beklagte eingeleiteten Betreibung gepfändet

und auf den 16. August 1928 zur ersten Steigerung ausgeschrieben. Die Beklagte suchte daraufhin, um diese Verwertung abzuwenden, zuerst bei einem gewissen Gerber und sodann — da dieser nicht darauf eingehen wollte — beim Kläger, Peter Löttscher, dem Eigentümer eines der Löffelschwand benachbarten Grundstückes, ein Darlehen aufzunehmen, gegen Sicherstellung durch eine auf der Löffelschwand zu errichtende Grundpfandverschreibung. Der Kläger erklärte jedoch, auf eine Grundpfandverschreibung nicht eingehen zu wollen; er gebe das Geld nur unter der Bedingung, dass, wenn er dieses nicht bis 1. März 1929 zurückerhalten haben werde, die Löffelschwand ihm zu Eigentum zufallen werde. Dem stimmte die Beklagte schliesslich zu. Die Parteien begaben sich demzufolge noch gleichen Tages zum Urkundsbeamten, dem Gemeindegemeinschreiber von Marbach, bei welchem die Beklagte nochmals versuchte, den Kläger zur Annahme einer Grundpfandverschreibung zu bewegen. Dieser fragte daraufhin den Gemeindegemeinschreiber, ob er denn in diesem Falle bei Nichtzahlung, um sein Geld wieder zurückzuerhalten, betreiben müsste. Letzterer bejahte dies, worauf der Kläger antwortete, dass er einen Kaufvertrag. Wenn die Beklagte bis 1. März 1929 das Geld zurückgebe, könne sie die Liegenschaft wieder haben. Da die Beklagte zögerte, hierauf einzugehen, schickte der Kläger sich an zu gehen; schliesslich aber gab die Beklagte nach, worauf die Parteien einen in der Folge vorschriftsgemäss öffentlich beurkundeten, vom 9. August 1928 datierten Kaufvertrag abschlossen. Darnach verkaufte die Beklagte dem Kläger die Löffelschwand zum Preise von 20,000 Fr., der in der Weise zu tilgen war, dass der Kläger die Forderung des Krummenacher samt Verzugszins und Betreibungskosten im Gesamtbetrage von 1390 Fr. 10 Cts. zu begleichen, der Beklagten 543 Fr. 25 Cts. bar zu bezahlen und für den Rest die auf der Liegenschaft lastenden Grundpfandrechte nebst den ausstehenden Zinsen zu übernehmen