

mitverkauft war, in die Beziehungen zu derselben eintreten zu lassen, also selber keinerlei Geschäftsbeziehungen derselben Art mit ihr zu unterhalten (vgl. AS 24 II 864 ; 27 II 550). Da sich das Verbot auf die Ausbeutung einer Sache bezieht, kam der Beschränkung auf das Gebiet der Schweiz lediglich Bedeutung für die Preisbestimmung zu ; keinesfalls kann etwa aus dieser örtlichen Begrenzung gefolgert werden, dass der Kläger bei späterer Unmöglichkeit der ihm erlaubten Ausbeutung im Auslande einen Anspruch auf eine neue Umschreibung des Verbotes erhalte, und ebensowenig lässt die Art der Preiszahlung darauf schliessen, dass die Überlassung der Kaufsache zeitlich eingeschränkt werden wollte. Die ausser der Aversalsumme von 60,000 Fr. vereinbarten jährlichen Zahlungen während 10 Jahren bedeuteten einen Zuschlag zum Kaufpreis, dessen Entrichtung der Beklagten durch die Verteilung auf gewisse Zeit erleichtert werden sollte. Endlich ergeben sich auch aus den Begleitumständen keinerlei Anhaltspunkte für eine die Ausbeutung der übertragenen Verfahren zeitlich beschränkende Parteiabrede.

4. — Hieran vermag auch die infolge des Krieges eingetretene Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse nichts zu ändern. Die Anwendung der vom Kläger angerufenen *clausula rebus sic stantibus* ist hier schon deshalb ausgeschlossen, weil das Kaufgeschäft, im Zusammenhang mit welchem das Konkurrenzverbot zu würdigen ist, vollumfänglich erfüllt wurde, und daher nachträglich nicht mehr abgeändert werden kann, ganz abgesehen davon, dass die Voraussetzungen hiefür gemäss den zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz nicht gegeben wären.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 5. Juni 1924 bestätigt.

**76. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung
vom 24. November 1924 i. S. Mäglin u. Gen. gegen Buser.**

Unerlaubte Handlung ; Haftung des Geschäftsherrn, Art. 55 OR. Sorgfaltspflicht des Geschäftsherrn eines Automobilchauffeurs.

A. — Am 13. Dezember 1920 gegen 5 Uhr nachmittags wurde die Klägerin Adele Buser, welche damals 5 Jahre und 3 Monate alt war, in der St. Johannvorstadt in Basel vom Lastautomobil der Weinhandlung J. Mäglin überfahren, wobei ihr das rechte Bein unterhalb des Knies vollständig abgetrennt wurde. Sie war im Begriff, mit ihrem achtjährigen Bruder Samuel von der Bäckerei Riggenbach nach der elterlichen Wohnung, welche sich beide in der St. Johannvorstadt, erstere im Hause Nr. 11, letztere in Nr. 30 befinden, zurückzukehren. Die Kinder Buser hatten ein Handleiterwägelchen, das sie mit sich führten, am Trottoirrand auf der Seite der ungeraden Hausnummern gegenüber dem Hause Nr. 30 stehen lassen ; Samuel Buser hatte die Strasse bereits überschritten, während seine Schwester auf dem Trottoir wartete, bis ein von hinten, Richtung St. Johantortotantanz, kommender Strassenbahnwagen vorbeigefahren war. Hinter diesem kam das 6 m lange und 1,85 m. breite Mäglin'sche Lastautomobil einhergefahren, auf welchem rechts der Chauffeur Heinrich und links, neben ihm, Küfer Stühlinger sass. Nach der Darstellung der Klägerschaft musste nun das Automobil wegen des am Trottoirrand stehenden Handwägelchens in scharfem Bogen nach der gegenüberliegenden Strassenseite abbiegen, sodass es quer über die Strasse zu stehen kam, und hernach, um weiterfahren zu können, eine Rückwärtsbewegung ausführen, wobei die Klägerin, die auf diese Bewegung nicht gefasst war und gerade die Strasse überschreiten wollte, zu Boden geworfen und überfahren wurde. Die Beklagten dagegen stellen den Hergang so

dar, dass die Klägerin, welche, den Rücken gegen die Strasse gekehrt, auf dem Trottoir stand, sich plötzlich umkehrte und in das vorbeifahrende Automobil, zwischen Vorder- und Hinterrad hineinsprang. Der Chauffeur habe den Wagen sofort gestoppt und möglichst auf die Seite gerissen, er habe aber nicht verhindern können, dass das Kind erfasst wurde und unter das rechte Hinterrad geriet. Festgestellt ist über den Hergang nur, dass das Automobil ein Manöver ausgeführt hat, und das Kind hinter dem Wagen lag, als es vom Chauffeur aufgehoben wurde. Es wurde in die chirurgische Klinik des Bürgerospitals verbracht, wo ihm noch das rechte Knie und zirka ein Drittel des rechten Oberschenkels abgenommen werden mussten.

B. — Gegen den mit einer kantonalen Fahrbewilligung versehenen Chauffeur Heinrich wurde eine Strafuntersuchung wegen fahrlässiger Körperverletzung eingeleitet. Heinrich bestritt des bestimmtesten, die Schuld an dem Unglück zu tragen und eine Fahrlässigkeit begangen zu haben. Nach seiner Darstellung befand sich das Automobil auf der direkten Fahrt von der Gasstrasse nach dem Mäglin'schen Geschäft am Spalenberg, wo Fässer abgeladen werden sollten. Die Fahrgeschwindigkeit sei eine mässige gewesen. Beim Haus St. Johannvorstadt Nr. 30 sei die Klägerin plötzlich aus Unachtsamkeit direkt in das geradeaus fahrende Automobil hineingesprungen. Er habe vergeblich versucht, dem Kind auszuweichen, indem er scharf nach links abgebogen habe. Erst nach dem Unglück sei er dann ein wenig rückwärts gefahren.

Durch Beschluss der Überweisungsbehörde des Kantons Basel-Stadt vom 3. Februar 1921 wurde die Untersuchung wegen mangelnden Beweises des Tatbestandes dahingestellt.

C. — Am 28. August 1923 hat die Klägerin beim Zivilgericht Basel-Stadt die vorliegende Klage eingeleitet, mit dem Rechtsbegehren, es seien die Beklagten

(Mäglin persönlich, die Fa. J. Mäglin & C^{ie} und der frühere Kollektivgesellschafter Buderer) in solidarischer Haftbarkeit zur Zahlung von 35,000 Fr. nebst 5% Zins seit 13. Dezember 1920 an sie zu verurteilen.

Zur Begründung macht die Klägerin geltend: Der Unfall sei vom Angestellten der früheren Firma J. Mäglin, Heinrich, auf einer Dienstfahrt verursacht worden, sodass die Beklagten im Sinne von Art. 55 OR für den der Klägerin entstehenden Schaden haften. Heinrich sei vom 1. Juli 1920 bis 2. April 1921 bei Mäglin als Chauffeur in Dienst gestanden; er sei damals schon dreimal vorbestraft gewesen.

D. — Die Beklagten beantragten gänzliche Abweisung der Klage. Sie bestreiten, dass bei Anstellung des Chauffeurs Heinrich nicht sorgfältig vorgegangen worden sei; die drei Vorstrafen, die übrigens der Firma Mäglin nicht bekannt gewesen seien, betreffen unbedeutende Vorfälle (Diebstahl von 15 Fr., begangen als Heinrich 15-jährig war, Bussen vom 25. April 1910 wegen Neckens eines Polizisten und vom 15. April 1920 wegen Strassenverstellung). Heinrich habe sich als qualifizierter Automobilführer ausgewiesen und sei erst nach genauer Erkundigung durch Mäglin und nach Vorlegung vorzüglicher Zeugnisse angestellt worden. Aus diesen ergebe sich, dass er vom September 1911 bis 31. Januar 1920 als Fortwächter im Dienst der Fortverwaltung Airolo gestanden war und, nachdem er inzwischen einen Fahrkurs in der Automobilfachschule Huber in Zürich mit sehr gutem Erfolg bestanden hatte, einige Monate lang von der Fortverwaltung als Chauffeur für Lastwagen verwendet wurde. (Das Zeugnis der Fortverwaltung bezeichnet seine Arbeitsleistungen als « befriedigend ».) Er sei nur wegen Personalreduktion entlassen worden.

E. — Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt hat unterm 1. Juli 1924 erkannt:

« Die Beklagten werden solidarisch zur Zahlung von 20,000 Fr. nebst Zins zu 5% seit Rechtskraft des Urteils

an die Klägerin verurteilt. Die Mehrforderung wird abgewiesen. »

Dieses Urteil beruht in der Hauptsache auf folgenden Erwägungen: Um die Vorgänge beim Unfall festzustellen, habe das Gericht noch die Akten der Strafuntersuchung gegen Heinrich beigezogen. Von der persönlichen Einvernahme der angerufenen Zeugen sei Umgang genommen worden, da alle schon vom Untersuchungsrichter abgehört worden seien und von einer nochmaligen Einvernahme kein sichereres Beweisergebnis zu erwarten wäre. Nach den Untersuchungsakten sei eine genaue Beschreibung des Herganges unmöglich. Für die Darstellung der Beklagten sprechen das Zeugnis Stühlingers und die Aussagen der Zeugen Gyhr, Müller und Knobel. Dem stehen aber die Zeugnisse des Polizeimannes Klaus, des Dr. Bollinger und des Bruders der Klägerin entgegen, wonach das Automobil beim Rückwärtsfahren das hintendurch springende Kind überfahren habe; ferner habe Vater Buser erklärt, Heinrich selbst habe ihm gegenüber verneint, dass das Kind in das Automobil hineingesprungen sei.

Da aber jedenfalls feststehe, dass der Unfall anlässlich einer Dienstfahrt Heinrichs sich ereignet habe, hafte der Geschäftsherr für den Schaden, wenn er den gesetzlichen Entlastungsbeweis nicht erbringen könne. Nun habe Mäglin schon bei der Auswahl des Chauffeurs das durch die Umstände Gebotene nicht getan. Nachgewiesen sei nur, dass Heinrich die notwendigen technischen Kenntnisse besass, nicht aber auch die moralischen Eigenschaften, wie Zuverlässigkeit, Vorsicht und Geistesgegenwart, die von einem Chauffeur gefordert werden müssen. Hierüber sage das Zeugnis der Fortverwaltung Airolo nichts, und es seien übrigens die Anforderungen, die an den Führer eines Geschäftsautomobils in einer Stadt mit grossem Verkehr gestellt werden müssen, ganz andere und grössere, als bei Militärautofahrern. Auch sei nicht nachgewiesen, dass der Schaden auch dann ein-

getreten wäre, wenn Mäglin alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hätte; denn der Beweis dafür, dass das Kind von vorne in das Automobil gesprungen sei, scheitere an den sich widersprechenden Aussagen der Zeugen.

F. — Gegen dieses Urteil haben die Beklagten die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag auf gänzliche Abweisung der Klage; eventuell wird beantragt, es sei der Fall an die Vorinstanz zur Ergänzung der Beweisaufnahme zurückzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.
2. — Die Ersatzpflicht des Geschäftsherrn aus Art. 55 OR ist, wie das Bundesgericht wiederholt ausgesprochen hat, nicht eine Verschuldenshaftung, sondern eine durch einen bestimmt umschriebenen Entlastungs- oder Exzeptionsbeweis gemilderte Verursachungshaftung (vgl. BGE 45 II 647; 49 II 94). Das Schicksal der Klage hängt also, da feststeht, dass der Unfall bei Anlass einer Dienstfahrt Heinrichs für seinen Geschäftsherrn Mäglin eingetreten ist, davon ab, ob es diesem gelungen sei, den gesetzlichen Entlastungsbeweis zu erbringen, d. h. entweder nachzuweisen, dass er die in Art. 55 Abs. 1 OR vorgesehenen positiven Handlungen vorgenommen habe, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung aller nach den Umständen gebotenen Sorgfalt eingetreten wäre. Letzteres würde dann zutreffen, wenn entsprechend der Darstellung der Beklagten die Klägerin von vorne in das geradeaus fahrende Automobil zwischen Vorder- und Hinterrad hineingesprungen wäre und so den Unfall selbst verursacht hätte. Allein da der Beweis für diesen Hergang, welcher den Beklagten oblag, nach der für das Bundesgericht verbindlichen Feststellung der Vorinstanz nicht erbracht werden konnte, ist der Exzeptionsbeweis in Bezug auf die zweite Entlastungsmöglichkeit als misslungen zu betrachten.

3. — Es fragt sich also, ob der Geschäftsherr alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet habe, um einen Schaden dieser Art zu verhüten? In dieser Hinsicht ist davon auszugehen, dass, wie auch im übrigen der Unfall sich ereignet haben mag, Heinrich in einer verkehrsreichen Geschäftsstrasse Basels bei Anbruch der Dunkelheit mit dem schwerfälligen Lastwagen, den er führte, ein Manöver ausgeführt hat, ohne jegliche Vorsichtsmassregeln zu treffen, damit insbesondere beim Rückwärtsfahren das Automobil keinen Schaden anrichte. Hierin ist nicht nur ein Verschulden des Chauffeurs zu erblicken, worauf es für die Haftung des Geschäftsherrn nicht entscheidend ankommt, sondern es ergibt sich aus diesem Umstand zugleich, dass der Geschäftsherr den Beweis nicht geleistet hat, dass er es an der erforderlichen Instruktion nicht hatte fehlen lassen. Denn es ist klar, dass ein solches Manövrieren auf einer Geschäftsstrasse, die von Automobilen, Strassenbahnwagen und sonstigen Fuhrwerken stark befahren und auch von Fussgängern lebhaft benutzt wird, derart schwere Gefahren in sich birgt, zumal zur Dämmerungszeit, dass es überhaupt nur bei Anwendung ganz besonderer Sicherheitsmassnahmen geduldet werden kann. Es war Sache des Geschäftsherrn, den Chauffeur hierüber in zweckdienlicher Weise aufzuklären, ihm die nötigen Weisungen über die zu beobachtenden Vorsichtsmassregeln zu erteilen und ihn namentlich auch in den Stand zu setzen, den Weisungen nachzukommen, was am besten dadurch geschehen konnte, dass er ihm bei Fahrten durch das Stadttinnere, wo mit erhöhten Gefahren notwendig gerechnet werden musste, einen Begleiter beigab, welcher durch Absteigen vom Wagen in wirksamer Weise dafür zu sorgen hatte, dass während der Ausführung des Manövers kein Passant sich in gefährlicher Weise dem Automobil näherte. Dass hier der Geschäftsherr von alledem etwas vorgekehrt habe, ist nicht nachgewiesen, ja nicht einmal behauptet. Stühlinger war dem

Chauffeur Heinrich, welcher vom Führersitz aus den beim Manövrieren nötigen Ausblick nach hinten nicht hatte, nicht in der angegebenen Weise behilflich, weil er offenbar dazu keine Weisungen erhalten hatte. Gegenüber Heinrich war Mäglin umsoeher instruktionspflichtig, als jener vor seiner Anstellung, abgesehen von der Absolvierung des Fahrkurses in Zürich, nur wenige Monate lang im Gotthardgebiet Lastautomobile geführt hatte. Allein selbst abgesehen von diesem besonderen Umstand könnte nach dem Gesagten nicht angenommen werden, dass Mäglin alle zur Vermeidung eines schädigenden Ereignisses nach menschlicher Voraussicht geeigneten Vorkehren getroffen habe. Der vorliegende Fall unterscheidet sich wesentlich von dem vom Bundesgericht im Urteil vom 22. September 1921 i. S. v. Kleist c. Dreher & C^{ie} (BGE 47 II 333 ff.) behandelten, indem es sich dort um eine, keine besonderen Schwierigkeiten bietende Fahrt auf dem Lande handelte.

Danach ist die Haftung der Beklagten grundsätzlich zu bejahen, ohne dass auf die von der Vorinstanz angenommene ungenügende Erkundigung des Geschäftsherrn über die vom Chauffeur zu fordernden moralischen Eigenschaften entscheidendes Gewicht gelegt, noch auf die unbedeutenden Vorstrafen Heinrichs wesentlich abgestellt zu werden braucht.

4. u. 5.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 1. Juli 1924 bestätigt.