

environ, à première lecture du prix-courant de Rossier elles devaient se rendre compte que les pastilles offertes en vrac à 2 fr. 50 le kg. n'étaient pas de la fabrication du demandeur. C'est donc avec raison que l'instance cantonale a regardé comme licite la qualification « façon Valda » contenue dans les prix-courants du défendeur.

3. — Le recourant ajoute que Rossier a vendu, directement ou par des intermédiaires, ses propres pastilles sous le nom de « pastilles Valda ».

L'expertise intervenue en cours de procès a révélé que, sur 194 factures concernant les pastilles fabriquées par Rossier, deux seulement portent l'indication « Valda », que l'une de ces factures se rapporte à un envoi fait à un pharmacien qui avait demandé des « pastilles à l'Eucalyptus » et que l'autre se rapporte à un envoi fait à un voyageur du défendeur qui avait demandé des pastilles pour son compte personnel. De ces deux faits isolés, qui paraissent s'expliquer par une erreur d'employé et qui n'ont causé aucun dommage au recourant, on ne peut tirer la preuve que Rossier eût l'habitude d'écouler ses produits sous le nom de Valda.

Cette preuve ne résulte pas davantage des marchés conclus avec Markiewicz. Ce pharmacien, lorsqu'il commandait au défendeur les pastilles Valda en vrac annoncées dans le prix courant, ne pouvait pas ignorer — et en fait il savait pertinemment — que ce n'étaient pas les pastilles « Valda » véritables, mais des imitations fabriquées par Rossier. Celui-ci les lui a d'ailleurs correctement facturées « Pastilles Alpha ». Il n'a nullement tenté d'induire Markiewicz en erreur.

Enfin, en ce qui concerne les pastilles Alpha vendues au mandataire du demandeur par plusieurs pharmaciens de Lausanne alors qu'il leur demandait des pastilles Valda, l'instance cantonale a constaté en fait que Rossier n'a été pour rien dans ces ventes et que ce n'est pas à la suite d'instructions données par lui que ses acheteurs en gros ont revendu au détail comme pastilles Valda les pastilles de sa

fabrication. Cette constatation lie le Tribunal fédéral ; il y a donc lieu d'admettre que les confusions qui ont pu se produire ne sont pas imputables à la faute du défendeur ; elles ont, il est vrai, été rendues possibles par le fait qu'il fabriquait des pastilles ayant la même apparence et la même composition que les pastilles Valda ; mais on a vu que cette imitation n'avait rien d'illicite, du moment que Rossier ne donnait pas ses pastilles pour autre chose que pour une imitation de celles du demandeur.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est écarté.

3. Urteil vom 3. Februar 1911 in Sachen Anfallversicherungs-Gesellschaft „Präservatrice“,

Befl. u. Ber.-Kl.,

gegen Isella, Kl. u. Ber.-Befl., und Cesana, Nebenintervenant.

Nebenintervention im Berufungsverfahren (Art. 85 OG, in Verbindung mit Art. 16 BZP). — Haftpflichtversicherung im Baugewerbe. Zulässigkeit der Geltendmachung des Versicherungsanspruches seitens des versicherten Unternehmers vor Erledigung der gegen diesen angestregten Haftpflichtprozesse. Vertragsgemässer Ausschluss der Versicherung für Unfälle herrührend von « Verletzung der von den Behörden erlassenen Gesetze etc., welche die persönliche Sicherheit betreffen, insbesondere von Verbrechen und Vergehen ». Nichtzutreffen dieser Bestimmung bei « Verbrechen » oder « Gesetzesverletzung » etc. eines Angestellten des haftpflichtigen Unternehmers ; Nichterfüllung ihres Tatbestandes für die Person des Unternehmers selbst : Präjudizialität des Entscheides der Strafbehörden bezüglich des « Verbrechens » (kant. und eidg. Recht). Nichthaftung des Versicherers : wegen sonstigen groben Verschuldens des Unternehmers ? wegen Selbstverschuldens der verunfallten Arbeiter ?

A. — Durch Urteil vom 23. Juni 1910 hat die II. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich in vorliegender Rechtsstreitfache erkannt :

„Die Beklagte ist verpflichtet, dem Kläger diejenigen Beträge zu ersetzen, zu deren Bezahlung er in den von Ambrogio Cesana und Battista Massaini gegen ihn angestrenzten Haftpflichtprozessen verurteilt worden ist.“

B. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrage, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

C. — Auf Gesuch des durch den Unfall vom 20. Oktober 1908 betroffenen Ambrogio Cesana hat der Instruktionsrichter am 27. Dezember 1910 verfügt, ihn als Nebenintervenant im Berufungsverfahren teilnehmen zu lassen. Diese Verfügung stützt sich darauf, daß die Realisierung des gerichtlich zuerkannten Haftpflichtanspruches Cesanas vom Ausgange des vorliegenden Prozesses abhängt und Cesana zudem Pfändungsgläubiger der Forderung des Klägers an die Beklagte sei.

D. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Beklagten den gestellten Berufungsantrag erneuert. Der Vertreter des Klägers, der zugleich auch als solcher des Nebenintervenienten erschienen ist, hat auf Abweisung der Berufung angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Im Herbst 1908 erstellte die Baufirma A. Friedli in Zürich an der Schönleinstrasse daselbst eine Baute, wobei sie die Maurerarbeiten durch den heutigen Kläger, den Unternehmer B. Isella in Zürich, ausführen ließ. Isella hatte seine Arbeiter durch Versicherungsvertrag vom 25. September 1908 bei der Beklagten, der Unfallversicherungsgesellschaft «Préservatrice», gegen Betriebsunfälle versichert. Der Art. 1 der allgemeinen Versicherungsbedingungen lautet: „Die Gesellschaft garantiert zu den Bedingungen der gegenwärtigen Police die zivilrechtliche Haftbarkeit, welche den unterzeichneten Versicherungsnehmer laut den schweiz. Bundesgesetzen vom 25. Juni 1881 und 26. April 1887 trifft, nach Maßgabe der Unfälle, die seinen in Art. 3 bezeichneten Angestellten oder Arbeitern zustoßen, während sie auf seine Rechnung in den in den nachstehenden besonderen Bedingungen erwähnten Geschäften, Unternehmungen und Dienstzweigen arbeiten. Das Maximum dieser Garantie ist auf den sechsfachen Jahreslohn des verunglückten Angestellten oder Arbeiters festgesetzt;

„immerhin kann dasselbe die Summe von 6000 Fr. nicht übersteigen.“ In Art. 6 wird bestimmt, daß der Versicherungsnehmer, der mit dem für den Unfall verantwortlichen Dritten ohne Ermächtigung der Gesellschaft Vergleiche abschliesse oder Prozesse führe, der Vorteile der Versicherung verlustig gehe. Der hier wesentliche Art. 7 bestimmt sodann: „Ebenso verliert der Versicherungsnehmer seinen Entschädigungsanspruch, wenn der Unfall herrührt von: „Selbstmord, Selbstverstümmelung, Kaufhändel, Attentat, Überfall, „Trunkenheit, Taubheit, Epilepsie, Geistesstörung, Verletzung der „von den Behörden erlassenen Gesetze, Beschlüsse, Verordnungen „und Reglemente, welche die persönliche Sicherheit betreffen, insbesondere von Verbrechen und Vergehen.“

Am 20. Oktober 1908 ereignete sich auf der Baustelle ein Unfall, indem eine mehrere Zentner schwere Fagadenplatte, die von vier Arbeitern, darunter Ambrogio Cesana und Battista Massaini, auf ein Bodgerüst gehoben worden war, stürzte und die Arbeiter mit sich riß. Dabei wurde einer der Arbeiter (Elibi) getötet; Cesana, Massaini und der andere (Mella) erlitten Verletzungen. Die, wie feststeht, fehlerhafte und eine Gefährdung in sich schließende Erstellung und Anbringung des Bodgerüstes war im Auftrage und unter Überwachung des Poliers Jenny des Klägers erfolgt. Gegen ihn und den Kläger wurde dann eine Strafuntersuchung wegen fahrlässiger Tötung und fahrlässiger Körperverletzung eingeleitet. Das Verfahren gegen den Kläger stellte die Staatsanwaltschaft durch Verfügung vom 23. März 1909 wieder ein, weil ihn kein strafrechtliches Verschulden am Unfalle treffe. Jenny dagegen wurde am 23. Mai 1909 vom Schwurgericht in Pfäffikon der beiden eingeklagten Delikte schuldig befunden und zu einem Monat Gefängnis verurteilt. Ferner strengten die Arbeiter Cesana und Massaini (und die Mutter des verstorbenen Elibi) gegen den Kläger Haftpflichtprozesse an, die zur Verurteilung des Klägers führten.

Mit der vorliegenden Klage hat nunmehr der Kläger, nachdem die Beklagte es abgelehnt hatte, die Schadensfälle als Versichererin zu übernehmen, das Rechtsbegehren gestellt, es sei die Beklagte als verpflichtet zu erklären, ihm laut dem abgeschlossenen Versicherungsvertrag die Beträge zu ersetzen, die er aus dem fraglichen

Unfälle den Arbeitern Cesana und Massaini zu bezahlen habe. Die Beklagte hat auf Abweisung der Klage angetragen mit der Begründung: Ihre Entschädigungspflicht sei ausgeschlossen, weil der Art. 7 der Police zutrefte. Der Unfall sei nämlich darauf zurückzuführen, daß der Polier Jenny durch eine ganz fehlerhafte Konstruktion des Boockgerüsts behördliche Vorschriften über die persönliche Sicherheit der Bauarbeiter (namentlich den Art. 25 lit. d und e der allgemeinen Polizeiverordnung der Stadt Zürich und die Art. 8—11 der Verordnung zur Verhütung von Unfällen bei Bauten) verletzt habe. Zugleich sei der Unfall durch ein Vergehen oder Verbrechen im Sinne der genannten Policebestimmung herbeigeführt worden, wie die schwurgerichtliche Verurteilung Jennys dartue. Sodann liege auch Selbstverschulden der verunglückten Arbeiter vor, wofür der Kläger gegenüber der Beklagten verantwortlich sei. Und endlich treffe auch den Kläger persönlich ein Verschulden, da er die Erstellung des Gerüsts nicht richtig angeordnet und überwacht habe und da er als Bauunternehmer und Bauleiter tätig gewesen sei, ohne etwas vom Bauen zu verstehen. Auch er habe damit gegen jene Bestimmungen des Art. 7 der Police verstoßen.

2. — Die Verfügung des Instruktionsrichters, wonach Cesana im Prozesse als Nebenintervenient zugelassen wurde, hat nur provisorischen Charakter und unterliegt einer Nachprüfung durch das Bundesgericht. Sachlich aber ist sie zu bestätigen. Denn Art. 66 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 85 OG behält für die Zulässigkeit der Intervention, soweit sie erst im Berufungsverfahren selbst erfolgt, die Bestimmungen des BZP vor. Maßgebend ist also hier der Art. 16 dieses Gesetzes, wonach „ein Dritter, dessen Recht oder Verbindlichkeit von dem streitigen Rechte abhängt“, zur Nebenintervention zugelassen wird. Diese Voraussetzung aber trifft bei Cesana zu, da nicht nur die Realisierung seines gerichtlich anerkannten Haftpflichtanspruches gegenüber Isella bei dessen Vermögensverhältnissen von dem Bestande und dem Schutze der Forderung Isellas gegen die beklagte Versicherungsgesellschaft abhängt, sondern Cesana hinsichtlich dieser Forderung auch noch die Rechte eines Pfändungsgläubigers erlangt hat.

3. — Die vorliegende Klage ist eingereicht worden, bevor die

gegen den Kläger angestregten Haftpflichtprozesse erlobigt waren. Trotzdem ist sie, wenigstens vom Standpunkte des Bundesrechtes und auch der Police (die hierüber nichts bestimmt) aus betrachtet, nicht verfrüht erhoben. Denn den verunglückten Arbeitern sind schon mit dem Unfall selbst ihre Entschädigungsansprüche gegen den heutigen Kläger als haftpflichtigen Gewerbeinhaber erwachsen, wenn auch diese Ansprüche nach Bestand und Umfang objektiv noch der Feststellung im Prozeßwege bedurften. Spätestens mit der Entstehung dieser Ansprüche aber hatte der Kläger seinerseits ein Interesse daran, die behauptete Pflicht der beklagten Versicherungsgesellschaft, ihn für den Schaden zu decken, im Sinne seines Klagebegehrens gerichtlich feststellen zu lassen, nachdem die Beklagte ihm gegenüber diese Pflicht bestritten hatte.

4. — Die Beklagte bestreitet ihre Ersatzpflicht mit Gründen, die teils in der Person des Klägers, teils in der seines Angestellten Jenny, teils bei den vom Unfall betroffenen Arbeitern selbst liegen. Dabei legt sie das Hauptgewicht auf die in der Person Jennys gegebenen Ausschlußgründe, und diese sind daher in erster Linie zu prüfen.

5. — Die Beklagte stützt sich in dieser Beziehung auf den Art. 7 der Police, indem sie behauptet, Jenny habe durch die fahrlässige und fehlerhafte Art und Weise, wie er das Gerüst erstellen ließ, im Sinne dieser Policebestimmung „von den Behörden erlassene Gesetze zc. . .“ verletzt und zugleich ein „Verbrechen“ oder ein „Vergehen“ begangen. Demgegenüber fragt es sich vor allem, ob der Art. 7 auf Jenny überhaupt zutrefte, ob er also auch dann Platz greife, wenn die „Verletzung des Gesetzes zc. . .“ oder das „Verbrechen“ oder das „Vergehen“ nicht dem Betriebsunternehmer, sondern einem seiner Angestellten zur Last fällt. Einzig nach dem Wortlaut des Art. 7 beurteilt, wäre die Frage zu bejahen, da er schlechtthin von „Verletzung eines Gesetzes“, „Verbrechen“ und „Vergehen“ spricht, ohne nähere Bestimmungen, von wem diese Handlungen begangen sein müssen. Gegen eine solche wörtliche Auslegung erheben sich nun aber schon deshalb Bedenken, weil sie sich hinsichtlich anderer, im gleichen Artikel normierter Fälle nicht durchführen läßt. Namentlich bezeichnet die Bestimmung auch den „Selbstmord“, die „Selbstverstümmelung“, die

„Trunkenheit“ und die „Epilepsie“ in ganz allgemeiner Weise als Ausschlußgründe, während diese Tatbestände doch offenbar in der Person des Geschädigten selbst gegeben sein müssen und also namentlich ihr Vorhandensein in der Person des Unternehmers den Vertrag gar nicht berührt. Schon deshalb kann auch bei den hier fraglichen Kategorien nicht einzig auf den Vertragstext abgestellt werden, sondern ist, um den wirklichen Willen der Vertragsparteien festzustellen, die rechtliche Natur, sowie die wirtschaftliche Bedeutung und der Zweck des abgeschlossenen Vertrages mit zu berücksichtigen. Das scheint um so notwendiger, als der Art. 7 im allgemeinen nicht klar und präzise genug gefaßt ist, um sich auf seinen Wortlaut verlassen zu können. So spricht er unzutreffend für die darin behandelten Fälle von einem „Verluste“ des Versicherungsanspruches, während es sich doch hier überall um keinen solchen handeln kann — wie freilich in den Fällen des Art. 6 a. E., an die er anschließt —, sondern ein Versicherungsanspruch gar nicht entsteht, weil die betreffenden Tatbestände von der Versicherung ausgeschlossen werden. Und endlich haben die zahlreichen in Art. 7 vorgesehenen Tatbestände unter sich einen so verschiedenartigen Charakter, daß die Frage, in wessen Person sie gegeben sein müssen, sich nicht einheitlich beantworten läßt, sondern für jeden von ihnen nach seiner Natur besonders zu beantworten ist.

Was nun zunächst den Fall des „Verbrechens“ oder „Vergehens“ anbetrifft, so mag freilich der Versicherer aus verschiedenen Gründen (wegen der besondern Natur des Risikos u. s. w.) ein Interesse daran haben, seine Haftung für die Unfallsfolgen aus strafbaren Handlungen schlechthin wegzubedingen, unabhängig davon, von wem sie begangen worden sind. Diesem Interesse steht aber das gegenteilige, für die Begründung des Parteiwillens ebenso bedeutsame des Versicherungsnehmers entgegen, durch die Versicherung für tunlichst viele der denkbaren Schadensereignisse gedeckt zu sein (vergl. *US 36 II S. 176* unten). Es mußte ihm also daran liegen, daß sich die Versicherung möglichst ausnahmslos auf alle die Fälle erstrecke, in denen ihm die gesetzliche Haftpflicht obliegt, wie denn auch ausdrücklich in Art. 1 der Police in allgemeiner Weise der Versicherungsvertrag nach seinem Inhalte und Zwecke dahin bestimmt wird, daß die Gesellschaft dem Versicherten die

zivilrechtliche Haftbarkeit, die ihn nach der Haftpflichtgesetzgebung trifft, garantiere. Somit handelt es sich überall da, wo diese vertragliche Garantie weniger weit geht als die gesetzliche Haftpflicht, um Ausnahmefälle. Besteht nun wegen der undeutlichen Fassung der Police Ungewißheit, ob eine solche Ausnahme wirklich bedungen sei oder nicht, so ist es an der Gesellschaft, die sich darauf beruft, sie darzutun. Vermag sie das nicht, so hat nach geltender Rechtsprechung der Richter in einem solchen Zweifelsfalle die dem Versicherten günstige Auslegung zu wählen, da ja die Versicherungsgesellschaft selbst die allgemeinen Policebestimmungen redigiert und sie der in diesem Rechtsgebiete fachkundige Teil ist, und da also von ihr verlangt werden kann, daß sie einen solchen Ausschluß ihrer Haftbarkeit in einer für die Versicherten deutlich erkennbaren Weise zum Ausdruck bringe. Wenn sie nun hier kurzweg von „Verbrechen“ und „Vergehen“ gesprochen hat, so konnte der Versicherte daraus nur so viel zweifellos entnehmen, daß die Beklagte für die Schadensfolgen der von ihm selbst begangenen Handlungen dieser Art nicht einstehen werde, indem sie die Folgen seines eigenen strafrechtswidrigen Verhaltens nicht tragen wolle. Dagegen war damit keineswegs auch in einer für ihn genügend deutlichen Weise ausgedrückt, daß nun auch das Entstehen für die Vergehen oder Verbrechen seiner Leute abgelehnt sein solle, wo ihn kein persönliches Verschulden trifft und er gerade als Betriebsunternehmer ein fremdes Verschulden gesetzlich verantworten muß. Es handelt sich auch hier um Fälle der gesetzlichen Haftpflicht, mit deren Eintreten der Unternehmer praktisch zu rechnen hat, so daß für ihn ein wesentliches Interesse besteht, in dieser Beziehung durch die Versicherung gleichfalls gedeckt zu werden. Auch die rechtliche Schutzwürdigkeit dieses Interesses läßt sich nicht bezweifeln: Nimmt doch die Praxis keinen Anstand, sogar Unfälle, die auf strafrechtswidrige Fahrlässigkeit des Unternehmers selbst zurückzuführen sind, in die Versicherung einzubeziehen, von der Erwägung aus, daß die Verhältnisse und Bedürfnisse in diesem Punkte bei der Unfallversicherung von denen der andern Versicherungsarten abweichen und eine andere Ordnung erfordern. Die Versicherung verschafft nämlich hier dem Versicherten selbst keinen persönlichen Vorteil, sondern hilft ihm nur, einer dritten Person die ihr zugestohene

Schädigung ersetzen. Und der Versicherte hat hier trotz der Versicherung wegen der drohenden strafrechtlichen Ahndung immer noch Grund genug, die Herbeiführung eines solchen Unfalls tunlichst zu vermeiden (vergl. in diesem Sinne: Hiestand, Grundzüge der privaten Unfallversicherung, S. 119 ff.). Um so unbedenklicher wird die Versicherung für die durch strafbare Handlungen bewirkten Unfälle dann zuzulassen sein, wenn sie nicht dem Versicherten persönlich, sondern seinen Angestellten zur Last fallen.

Diese Ausführungen treffen in entsprechender Weise auch für die Frage zu, ob die von einem Angestellten begangene „Verletzung der von den Behörden erlassenen Gesetze u. s. w.“ die Ersatzpflicht der Beklagten ausschliesse. In dieser Beziehung wäre sogar noch eher zu erwarten gewesen, daß die Beklagte einen solchen Ausschluß ihrer Haftbarkeit genau in den Bedingungen präzisiert hätte, da es sich um weniger schwere Verfehlungen handelt, als bei den „Verbrechen“ oder „Vergehen“, und daher dem Versicherten beim Vertragschlusse der Gedanke noch ferner liegen konnte, daß mit dieser allgemeinen Fassung der Police bedeutsame Fälle seiner möglichen Haftpflicht der Versicherung entzogen sein sollen.

6. — Die Beklagte behauptet ferner, auch der Kläger persönlich habe ein „Verbrechen“ oder „Vergehen“ im Sinne von Art. 7 begangen und dadurch den Unfall herbeigeführt. Demgegenüber ist vorerst zu bemerken, daß die Frage, ob durch das Verhalten des Klägers der Tatbestand eines Verbrechens oder Vergehens verwirklicht sei, dem kantonalen Strafrechte untersteht und daher vom Bundesgerichte nicht zu prüfen ist. Eine Verletzung vom Bundesrecht liegt aber auch nicht darin, daß die Vorinstanz, wie es scheint, diese Frage nicht selbst von sich aus untersucht, sondern angenommen hat, es sei die Verfügung der Staatsanwaltschaft, wodurch die Strafuntersuchung gegen den Kläger eingestellt wurde, auch für die Beklagte im vorliegenden Rechtsstreite über den Versicherungsanspruch verbindlich und daher anzunehmen, daß kein Verbrechen oder Vergehen vorliege. Dieser Auffassung ist im Gegenteil zunächst sachlich beizustimmen, da man es mit einem Falle der sogenannten echten Präjudizialität des Strafurteils für die Zivilfolgen zu tun hat. Und ob es im übrigen angehe, eine bloße Einstellungs-

verfügung in Hinsicht auf diese Präjudizialwirkung einem Strafentscheide gleichzustellen, ist keine vom eidgenössischen Rechte beherrschte Frage.

Mit der Vorinstanz ist ferner anzunehmen, daß der Kläger auch kein „Gefetz . . .“ im Sinne des Art. 7 verlegt habe. Es geht aus den Akten hervor, daß es der Kläger nicht an der Beschaffung der für die Erstellung eines betriebssicheren Gerüstes erforderlichen Gegenstände hat fehlen lassen und daß der Unfall bloß auf die fehlerhafte Art und Weise zurückzuführen ist, wie der Polier Jenny das Gerüst dann ausführte, namentlich auf die mangelhafte Verstrebung und die ungentügende Verbindung durch Klammern.

Endlich lassen die Akten auch die nötigen Anhaltspunkte dafür vermissen, daß den Kläger abgesehen von den besondern Tatbeständen des Art. 7 ein grobes Verschulden treffe und daß daher die Ersatzpflicht der Beklagten unabhängig von den besondern Vertragsbedingungen nach allgemeinem Grundsatz der Haftpflichtversicherung weg falle (vergl. US 20 S. 1120). Namentlich kann nach den Akten eine grobe Fahrlässigkeit des Klägers weder hinsichtlich der Anstellung Jennys, noch der Überwachung der fraglichen Arbeiten als erstellt gelten, wofür auf die Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen ist. Und sodann beruft sich die Beklagte mit Unrecht darauf, daß der Kläger vom Bauhandwerk nichts verstanden habe. Dem ist entgegenzuhalten, daß die Beklagte mit ihm den Vertrag, wie sie nicht bestreitet, in Kenntnis der Verhältnisse abgeschlossen und damit die Risiken aus dieser behaupteten Unfähigkeit des Klägers mit übernommen hat. Übrigens fehlt ein Nachweis, daß diese Unkenntnis mit dem Unfallseintritt in ursächlichem Zusammenhange steht.

7. — Schließlich macht die Beklagte als Ausschlußgrund für ihre Ersatzpflicht noch geltend, daß auch die verunglückten Arbeiter ein Verschulden am Unfall treffe. Nach dem Beweisergebnisse kann aber hievon nicht die Rede sein und ist ohne weiteres mit der Vorinstanz anzunehmen, daß die vier Arbeiter von der genügenden Solidität des Gerüstes überzeugt waren und sein durften. Unter diesen Umständen braucht auf die Frage nicht eingetreten zu werden, inwiefern ein Selbstverschulden des verunglückten Arbeiters nach dem bestehenden Versicherungsvertrag die Entschädigungspflicht der

Beklagten ausschließt und ob die Beklagte sich hierauf auch dann berufen könne, wenn der Richter im Haftpflichtprozesse das Selbstverschulden verneint hat.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und damit das angefochtene Urteil der II. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. Juni 1910 in allen Teilen bestätigt.

4. Urteil vom 11. Februar 1911 in Sachen

Fischer-Bonwiller, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen **Schmid-Fischer**,
Kl. u. Ber.-Bekl.

Art. 283 Abs. 2 OR. « Vertragswidriger Gebrauch » der Mietsache durch Unterlassung ihres vertragsgemässen Gebrauchs. Voraussetzungen der Gebrauchspflicht des Mieters. Recht des Vermieters zur Vertragsauflösung wegen Verletzung dieser Vertragspflicht (Aufgabe des in einem hiezu gemieteten Ladenlokal betriebenen Zigarrenverkaufsgeschäfts des Vermieters, während der Mietsdauer, unter Verlegung dieses Geschäfts in ein das Mietlokal konkurrenzierendes anderweitiges Lokal). Vertragsverletzung hinsichtlich des Hauptvertragsgegenstandes (des Ladenlokals) berechtigt zur Aufhebung des ganzen Vertrages (betr. das Ladenlokal, nebst einer Wohnung und zugehörigen Nebenräumen): Bestimmung dieser wechselseitigen Bedeutung der Mietobjekte; Rechts- und Tatfrage. Schadenersatzanspruch des Vermieters.

Das Bundesgericht hat

auf Grund folgender Aktenlage:

A. — Mit Vertrag vom 1. Oktober 1904 vermietete der Kläger H. Schmid-Fischer dem seither verstorbenen Ehemann A. Fischer der beklagten Wilhelmine Fischer-Bonwiller in seinem Hause, Laurenzentorgasse Nr. 114 in Marau, worin er selbst seine Wohnung und ein Ladenlokal seines Manufakturwarengeschäftes hat, folgende Räumlichkeiten: „1. Den bisher innegehabten Laden; 2. Wohnung im II. Stock; 3. zwei Zimmer im III. Stock; 4. bisheriger Anteil am Estrich, Keller und Höfle“, nebst der

Berechtigung, die Küche im III. Stock gemeinschaftlich mit dem Vermieter als Waschküche zu benutzen. Der Vertrag wurde auf 6 Jahre, für die Zeit vom 1. Oktober 1904 bis 1. Oktober 1910, fest abgeschlossen und sollte später, jeweils am 1. Januar und 1. Juli, auf 6 Monate kündbar sein. Der Mietzins wurde auf 1600 Fr. per Jahr festgesetzt, jedoch später unbestrittenemassen auf 1700 Fr. erhöht. Im übrigen verweist der Vertrag in erster Linie auf die einschlägigen Gesetzesvorschriften und bestimmt dazu u. a. noch: „§ 5. Dem Herrn A. Fischer steht das Recht zu, das „Geschäft, sei es infolge Krankheit oder Familienverhältnisse, auch „während der Vertragsdauer zu verkaufen, und Herr Schmid-Fischer verpflichtet sich, dem Rechtsnachfolger die im Vertrag genannten Mietobjekte unter den gleichen Bedingungen mindestens „3 Jahre nach diesem Austritt zu überlassen.“ In dem gemieteten Laden betrieb die Beklagte schon zu Lebzeiten ihres Mannes auf eigenen Namen, unter der Firma W. Fischer, eine Tabak- und Zigarrenhandlung. Diesem gleichen Geschäftszwecke diente das Ladenlokal ununterbrochen schon seit dem Jahre 1860; die Beklagte selbst hatte es bereits vom Jahre 1888 an auf Grund von Mietverträgen ihres Ehemannes mit dem früheren Hauseigentümer, deren letzter, vom Jahre 1898, die Klausel enthielt: „Im Fall der Untermiete dürfen im Laden nur diejenigen Artikel feilgehalten werden, welche der Mieter bis anhin feilgehalten hat.“

Anfangs Juni 1910 verlegte die Beklagte, die nach dem im Jahre 1908 erfolgten Tode ihres Ehemannes in den Mietvertrag mit dem Kläger eingetreten war, ihr Tabakgeschäft nach dem von ihrem Sohne A. Fischer-Beck erworbenen Hause, Laurenzentorgasse Nr. 126, und betreibt es seither, gemäß Vertrag vom 8. Juli und Publikation im Handelsamtsblatt vom 26. Oktober 1910, daselbst in Kollektivgesellschaft mit dem Sohne unter der Firma A. & W. Fischer, welche die Aktiven und Passiven der bisherigen Einzelfirma übernahm, weiter, wobei sie das Ladenlokal im Hause des Klägers bloß noch als Magazin gebrauchte, während sie die dortigen Wohnlokalitäten nach Feststellung der Vorinstanz, „wenn auch nicht mehr so intensiv, wie bisher,“ zum bestimmungsgemässen Zwecke noch verwendete. Beim Geschäftsumzug schlug sie im alten Ladenlokal Plakate des Inhaltes an: „Ab Ende Mai befindet sich