

3. Obligationenrecht. — Code des obligations.

121. **Urteil der I. Zivilabteilung vom 1. November 1913**
in Sachen **A.-G. Merkur**, Bekl. u. Ber.-Kl.,
gegen **Schwob**, Kl. u. Ber.-Bekl.

Untermiete, Art. 285 OR alt, 264 neu.

Der Hauptmieter darf dem Untermieter nur den vertragsmässigen Gebrauch nach Art. 283 aOR einräumen.

Zwiderhandlung durch Untervermietung von Lokalitäten seitens eines Kolonialhauses an ein Kinematographentheater.

a) *Zuspruch der Klage des Hauptvermieters gegen den Untervermieter auf vertragsmässige Benutzung der Mietsache und Unterlassung des Missbrauches.*

b) *Schadensersatzforderung. Unanwendbarkeit der Grundsätze über die Geschäftsführung ohne Auftrag und die einfache Gesellschaft. Grundsätzliche Gutheissung der Forderung als Entschädigungsforderung bei Aufrechthaltung des Vertrages. Schadenselemente und Quantitativ.*

Das Bundesgericht hat
auf Grund folgender Prozeßlage:

A. — Mit Urteil vom 5. Juni 1913 hat der Appellationshof des Kantons Bern, II. Zivilkammer, über die Klagebegehren:

„1. Die Beklagte sei schuldig anzuerkennen, daß ihr kein Recht „zusteht, die von dem Kläger gemieteten Lokalitäten im Hause „Nr. 27 Marktgasse Bern oder einen Teil derselben zum Betriebe „eines Kinematographentheaters in Untermiete zu geben.

„2. Es sei der Beklagten die Untermiete zum Betriebe eines „Kinematographentheaters in den genannten Lokalitäten zu ver- „bieten.

„3. Die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger eine Entschädi- „gung von Fr. 100 per Tag seit 1. November 1909 bis zum „Tage, an welchem das Kinematographentheater aus dem Miet- „lokal entfernt ist, zu bezahlen.“

erkannt:

„1. . . . (Beweisbeschwerden)

„2. Dem Kläger ist sein erstes Klagsbegehren zugesprochen.

„3. Demselben ist auch sein zweites Klagsbegehren zugesprochen „unter Androhung an die Beklagte der in § 390 B vorgesehenen „Folgen im Widerhandlungsfalle.

„4. Dem Kläger ist auch sein drittes Klagsbegehren zugespro- „chen in dem Sinne, daß ihm die Beklagte eine Entschädigung von „Fr. 6 per Tag vom 1. November 1909 hinweg bis zum Tage, „an welchem das Kinematographentheater entfernt wird, zu bezahlen „verurteilt wird; soweit dieses Klagsbegehren weitergeht, ist der „Kläger damit abgewiesen.“

B. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte rechtzeitig die Be- rufung an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen, es sei das angefochtene Urteil in allen Teilen aufzuheben und es sei der Kläger und Berufungsbeklagte mit sämtlichen Rechtsbegehren der Klage abzuweisen.

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Be- klagten diese Anträge erneuert; der Vertreter des Klägers hat Ab- weisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils beantragt; —

in Erwägung:

1. — Am 11. August 1907 schlossen der Kläger als Vermieter und die Beklagte als Mieterin einen Mietvertrag über sämtliche Lo- kalitäten im Erdgeschoß und im 1. Stock des Hauses Marktgasse Nr. 27 in Bern ab, mit der Bestimmung, daß die Mietsache in dem- jenigen Zustande, in dem sie sich gegenwärtig befinde, auf die Mie- terin übergehe. Der Mietzins wurde auf 15,000 Fr. per Jahr, der Mietbeginn auf den 1. November 1909 und die Mietdauer auf 6 Jahre festgesetzt. Aus dem Vertrag sind ferner hervorzuheben die Bestimmungen, daß der Wasserzins nur dann im Mietzins inbegriffen sei, wenn die Mietsache bloß als Verkaufslokalitäten von der Mieterin allein benützt werde; sollte die Mietsache noch zu andern Zwecken, bei denen der Wasserkonsum größer wäre, so z. B. als Crémérie, Pâtisserie u. dergl. benützt werden, so habe die Mieterin für den Wasserzins des Mehrkonsums aufzukommen; ebenso hätten allfällige Untermieter den Wasserzins für die von ihnen benützten Räumlichkeiten an sich selbst zu tragen.

Der hintere, am Amtshausgäßchen gelegene Teil des Erdgeschoßes

wurde am 23. April 1908 vom damaligen Mieter, Kaisers Kaffeegeschäft, bis zum 31. Oktober 1909 an den Inhaber eines Kinematographentheaters, Preis, untervermietet. Dabei verpflichtete sich Preis dem Hauseigentümer Schwob gegenüber zur Bezahlung einer einmaligen Entschädigung von 3500 Fr. und zur Wiederherstellung des früheren Zustandes auf den Antritt der Miete durch die Beklagte (1. November 1909). Letztere Verpflichtung wurde nicht erfüllt, obschon Schwob wiederholt darauf drang. Das Kinematographentheater war am 15. November 1908, unter Mitwirkung der Beklagten, von einem Landd in Winterthur erworben worden und wurde ohne Unterbruch über den 1. November 1909 hinaus betrieben. Untervermieterin war nunmehr die Beklagte; der Jahreszins wurde auf 9500 Fr. bestimmt. Landd hatte den Kinematographen bis 15. November 1910 inne und trat ihn dann an Hipleh-Walt in Zürich ab. Mit der vorliegenden, am 14. Mai 1910 eingereichten Klage verlangt nun Schwob, daß der Beklagten die Untermiete an ein Kinematographentheater verboten und die Beklagte verurteilt werde, ihm eine Entschädigung von 100 Fr. per Tag vom 1. November 1909 bis zum Tage der Entfernung des Kinematographen zu bezahlen. Die Beklagte beantragte völlige Abweisung der Klage. Diese wurde von der kantonalen Instanz in dem sub A hievor angegebenen Umfange geschützt.

2. — Nach dem zur Anwendung gelangenden Art. 285 a l t O R, der übrigens mit Art. 264 neu inhaltlich übereinstimmt, ist der Mieter zur Untermiete berechtigt, unter der Voraussetzung, „daß dadurch nicht eine für den Vermieter nachteilige Veränderung bewirkt wird“; ferner „haftet der Mieter dem Vermieter dafür, daß der Untermieter die Sache nicht anders gebrauche, als es dem Mieter gestattet ist“. Damit ist nicht gesagt, daß der Untermieter nur denselben Gebrauch machen dürfe, wie der Hauptmieter, in dem Sinne, daß die Untermiete nur zu dem bestimmten, dem Hauptmieter eingeräumten Zweck gestattet sei. Der Sinn ist der, daß der Hauptmieter dem Untermieter nur den vertragmäßigen Gebrauch nach Art. 283 a O R einräumen darf; handelt der Untermieter dieser Bestimmung zuwider, so ist der Untervermieter dafür dem Hauptvermieter haftbar. (Vergl. Hafner, Komm. Anm. 2 und 4 zu Art. 285; F i c k, Anm. 5 u. 10 zu Art. 264 neu;

etwas abweichend O s e r, Anm. 2 zum nämli. Art.). M. a. W.: Der Gebrauch darf nicht, anderweitige Vereinbarung vorbehalten, „in einer Art und Weise und durch Leute ausgeübt werden, daß die Abnutzung, Schädigung u. s. w. eine größere, andere wird“ (Janggen, Sachmiete S. 93).

Der Kläger behauptet, die Untervermietung eines Teiles der Mietlokalitäten an ein Kinematographentheater bewirke eine solche nachteilige Veränderung der Mietsache. Für diese seine Behauptung ist er beweispflichtig, wie denn auch nach einem allgemeinen Grundsatz der Beweislastverteilung Negatives nicht zu beweisen ist. Nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz bewirkt nun der Betrieb des Kinematographen in der Tat eine nachteilige Veränderung der Mietsache im angegebenen Sinne. Die Beklagte wendet ein, der Miet- und damit auch der Verkaufswert der Liegenschaft sei nicht etwa gesunken, sondern im Gegenteil bedeutend gestiegen. Allein hierauf kommt es nicht entscheidend an. Festgestellt ist, daß der Betrieb des Kinematographen die Feuergefährdung erhöht hat, was auch in einer Zuschlagstaxe der kantonalen Brandversicherung zum Ausdruck gelangt ist; daß ferner die Behauptungen des Klägers über Erschwerung der freien Zirkulation im ganzen Hause größtenteils begründet sind; endlich daß das Mietobjekt durch den Betrieb eines Kinematographen stärker in Anspruch genommen wird als durch denjenigen eines Kolonialhauses, einer « Crémérie », « Pâtisserie » oder dergl., was der Experte ausdrücklich anerkannt hat. Daß die Einrichtungen für den Kinematographenbetrieb eine außergewöhnliche Benützung der Mietsache darstellen, die eine für den Vermieter nachteilige Veränderung bewirkt, hat das Bundesgericht schon in einem früheren Falle ausgesprochen, wo die Mieterin, ein Konfektionsgeschäft, das gemietete Lokal ohne Bewilligung des Hauptvermieters an ein Kinematographentheater weiter vermietet hatte (Urteil vom 21. Oktober 1909 i. S. Goldschmidt gegen Landd, Erw. 3). Nach alledem erweist sich die angefochtene Untermiete als ein nach Art. 285 a O R unzulässiger, ungerechtfertigter Gebrauch der Mietsache.

3. — Die Einrede, daß der Kläger die streitige Untermiete nachträglich genehmigt habe, ist unbegründet. Die Vorinstanz hat offenkundig und daher für das Bundesgericht bindend festgestellt,

daß der Nachweis einer solchen Genehmigung nicht erbracht sei. In Betracht fallen hier insbesondere die verschiedenen Briefe des Klägers an die Beklagte. Etwas eigentümlich berührt es zwar, daß der Kläger im Brief vom 7. Dezember 1909 der Beklagten mit Anzeige bei der Polizei wegen ungenügender Einrichtungen für den Kinematographenbetrieb drohte und durchblicken ließ, er würde mit sich reden lassen; immerhin hat sich der Kläger auch hier ausdrücklich dagegen verwahrt, daß er mit dem Untermietsverhältnis einverstanden sei. Unerheblich ist sodann, daß der Kläger den früheren Betrieb des Kinematographen gegen Entschädigung zugelassen hatte. Das war sein freier Wille, den er ändern konnte, ohne die Rechte der Beklagten zu verletzen. Maßgebend ist, daß er sich die Entfernung des Kinematographen und die Wiederherstellung des früheren Zustandes auf den Antritt der Miete durch die Beklagte ausdrücklich ausbedungen hatte und wiederholt auf Erfüllung dieser Verpflichtung drang. Da der Kinematograph indessen weiterbetrieben wurde, forderte der Kläger dessen Inhaber gleich am 1. November 1909 mit „gerichtlich bewilligter“ Notifikation auf, den Betrieb einzustellen; gleichzeitig forderte er die Beklagte auf, die Einstellung zu veranlassen. Die Beklagte kann somit dem Kläger nicht die *exceptio doli* entgegenhalten.

Danach sind die Klagebegehren 1 und 2 mit der Vorinstanz als begründet zu erklären und die Berufung ist abzuweisen, soweit sie hierauf Bezug hat. Denn der Vermieter ist bei einer Pflichtverletzung durch den Mieter, wie sie hier vorliegt, nicht auf den Rücktritt vom Vertrage nach Art. 283 Abs. 2 aOM beschränkt, sondern er kann nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen in erster Linie auf Erfüllung, d. h. auf vertragsmäßige Benutzung der Mietsache und Unterlassung des Mißbrauches, klagen und der Richter kann das Verbot mit den durch das kantonale Prozeßrecht gegebenen Exekutionsmitteln ausrüsten.

4. — Zu prüfen bleibt das Klagebegehren 3, d. h. die Schadenersatzforderung. Mit diesem Begehren hat sich das Bundesgericht nur soweit zu befassen, als es von der Vorinstanz gutgeheißen worden ist, da der Kläger sich beim kantonalen Urteil beruhigt hat. Die Vorinstanz geht davon aus, es liege eine ohne den Willen des Klägers unternommene, objektive Geschäftsführung durch die

Beklagte im Sinne von Art. 473 aOM vor; der Kläger habe daher grundsätzlich Anspruch auf die aus dieser Geschäftsführung entspringenden Vorteile, bestehend in der Erzielung eines verhältnismäßig höheren Mietzinses. Diese Auffassung ist rechtsirrtümlich. Der Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag kann hier aus folgenden Gründen nicht herangezogen werden. Einmal kann bei unberechtigter Untermiete von der Beforgung eines Geschäftes des Vermieters durch den Mieter schon begrifflich nicht die Rede sein: der Mieter greift durch unberechtigte Untervermietung nicht in das Vermögen des Hauptvermieters ein, er verfügt nicht darüber; kraft des Mietvertrages ist die rechtliche Verfügungsgewalt über die Mietsache vom Vermieter auf den Mieter übergegangen, so daß der Vermieter keine Geschäfte mehr darin führen kann. Der Untermieter führt denn auch kein objektiv fremdes Geschäft; auch zieht er nicht aus dem Vermögen des Hauptvermieters Gewinn und es liegt kein entsprechendes Armerwerden des Hauptvermieters vor. In dem von der Vorinstanz angerufenen Falle (BGE 34 II 694 ff.) hat das Bundesgericht auf das Dienstverhältnis abgestellt und den Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag ausdrücklich abgelehnt. Im heutigen Falle liegen die Verhältnisse wesentlich anders. Die Beklagte ist nicht titellose Besitzerin; sie darf die Mietsache grundsätzlich in ihrem eigenen Interesse ausnutzen, solange sie nicht in die Rechtssphäre des Eigentümers übergreift. In jenem Falle dagegen hatte der Dienstpflichtige das ihm anvertraute Betriebsmaterial ohne Rechtsgrund zur selbständigen Gewinnerzielung verwendet. Vollends unstichhaltig ist die Analogie der Schadenersatzklage bei Patentverletzung (BGE 35 II 659): hier erzielt der Verlezer Gewinn aus widerrechtlicher Handlung. Die Vorinstanz übersieht denn auch diese Unterschiede nicht, sie zieht aber daraus nicht die richtigen Schlüsse. Wenn sie endlich auf die Analogie der einfachen Gesellschaft abstellt und den von der Beklagten erzielten Gewinn aus diesem Gesichtspunkt zur Hälfte dem Kläger zukommen lassen will, so kann ihr auch darin nicht beigegeben werden. Alle diese Konstruktionen erscheinen als gezwungen und rechtlich nicht haltbar; sie tragen dem Parteivillen nicht Rechnung.

5. — Die eingeklagte Schadenersatzforderung ist richtigerweise als eigentliche Entschädigungsforderung, bei Aufrechterhaltung des

Vertrages, aufzufassen (vergl. Oser, Anm. 3 d zu Art. 261 neu OR). Auf die angebliche Erhöhung des Verkaufswertes der Liegenschaft kommt auch hier nichts entscheidendes an: die Verminderung dieses Wertes ist nicht der einzige Schaden, der sich denken läßt. Wichtig ist, daß Mieter wegen des Kinematographenbetriebes noch nicht ausgezogen sind. Doch darf daraus nicht ohne weiteres geschlossen werden, es sei dem Kläger aus der gesetzwidrigen Art der Benutzung der Mietsache durch die Beklagte ein ersatzfähiger Schaden nicht entstanden. Wenn auch zuzugeben ist, daß die Klage nach dieser Richtung mangelhaft substantiiert ist, so sind doch folgende Schadenselemente, die auf das Vorhandensein eines effektiven, mit dem Verhalten der Beklagten in ursächlichem Zusammenhang stehenden Schadens schließen lassen, rechtsgenügend dargetan. Einmal steht fest, daß das Haus des Klägers vom 1. Januar 1912 an wegen der durch den Kinematographen bedingten erhöhten Feuergefährdung von der kantonalen Brandversicherungsanstalt mit einer Zuschlagsprämie von 3,5 %/oo belegt worden ist, die hernach auf 1,6 %/oo ermäßigt wurde. Ob diese erst während der Hängigkeit des Prozesses eingetretene Tatsache berücksichtigt werden dürfe, beurteilt sich nach kantonalem Prozeßrecht; nachdem nun die kantonale Instanz — wenn auch in anderem Zusammenhange — darauf abgestellt hat, ist die Beklagte mit ihrer Anfechtung nicht zu hören. Sodann ist schwere Vermietbarkeit nach normalem Verlauf der Dinge zu erwarten. Endlich hat die stärkere Inanspruchnahme der Mietsache in Verbindung mit der außergewöhnlichen Art der Behandlung und Benutzung durch den intensiven Kinematographenbetrieb notwendig eine raschere Abnutzung im Gefolge. Dazu kommt, daß das Haus des Klägers aller Erfahrung nach in erhöhtem Maße zweifelhaften Elementen und übel beleumdeten Personen zugänglich gemacht wurde, was geeignet war, eine gewisse moralische Entwertung des Hauses herbeizuführen, jedenfalls seinen Ruf gefährden mußte und damit den Kläger indirekt schädigte. Es handelt sich hier um einen inkommensurablen Schaden, der nicht nur ideeller Natur, sondern auch vermögensrechtlich schätzbar ist.

Bei der Bemessung des Schadens fällt nach dem Gesagten die Berechnung der Vorinstanz außer Betracht. Der Betrag von rund 8750 Fr., der sich danach ergäbe, wenn die Aufhebung des Kine-

matographenbetriebes auf den heutigen Tag angenommen wird, wäre denn auch entschieden übersezt. Ebenowenig kann natürlich auf die Entschädigung von 3500 Fr. abgestellt werden, die der Kläger sich am 23. April 1908 von Preis für die Bewilligung des Kinematographenbetriebes bis zum 31. Oktober 1909 ausbedang, zumal da der Kläger selber erklärt hat, er habe für jenen Betrag in Wirklichkeit Arbeiten ausgeführt. Die Entschädigung ist vielmehr gestützt auf Art. 116 Abs. 2 aOR nach freiem Ermessen unter Würdigung der Umstände festzusetzen. Ein Betrag von 2000 Fr. genügt und ist den Verhältnissen angemessen; —

erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird mit Bezug auf Rechtsbegehren 3 der Klage in dem Sinne teilweise begründet erklärt, daß die Entschädigung, welche die Beklagte an den Kläger zu bezahlen hat, auf den Pauschalbetrag von 2000 Fr. ermäßigt wird.

Im übrigen wird die Berufung abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 5. Juni 1913 bestätigt.

122. Urteil der I. Zivilabteilung vom 8. November 1913 in Sachen

**Rutishauser & Stäki in Liq., Kl. u. Ber.-Kl.,
gegen Schweizerische Kreditanstalt, Bekl. u. Ber.-Bekl.**

Eintritt einer im Prozesse stehenden Kollektivgesellschaft in das Liquidationsstadium: Bedeutung für die Beurteilung des Falles. — Anwendbarkeit des Art. 41 Abs. 2 rev. OR in intertemporaler Beziehung. — Schadenersatzklage einer Bank gegen eine andere mit der Begründung, die Beklagte habe rechtswidrig die Ueberleitung ihres bisherigen Geschäftsverkehrs mit einem finanziell schlecht stehenden Kunden auf die Klägerin bewirkt und letztere zur Fortsetzung dieses Verkehrs bestimmt. Prüfung, ob eine zu Schadenersatz verpflichtende unrichtige Auskunftserteilung der Beklagten erfolgt sei und ob ein von der Beklagten ausgestellter Kontokorrentauszug die Klägerin deshalb irreführt habe, weil er über bestimmte, die Geschäftsverbindung betreffende Punkte nichts angab. — Prüfung, ob ein später von einem Organ der Beklagten ausgestellter Postenauszug, der wissentlich falsche Verurkundungen über geschäft-