

pflichtung, gleich wie für die Zusicherung, die mündliche Form als genügend anerkannt werden müsse (BGE 63 II 79). Ein solcher Analogieschluss ist jedoch abzulehnen. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Zusicherung gemäss Art. 197 OR überhaupt Vertragscharakter zukommt. Sicher ist, dass es sich bei der Zusicherung und der sich darauf stützenden Gewährleistungspflicht um ein besonderes, dem Kaufrecht eigentümliches Rechtsinstitut handelt. Dessen Ausgestaltung (Wandelung, Minderung) beruht gerade auf der Voraussetzung, dass sich die Zusicherung auf das Vorhandensein einer Eigenschaft des Kaufgegenstandes im Zeitpunkt des Überganges von Nutzen und Gefahr bezieht und nicht auf eine künftige Eigenschaft oder auf das Fortbestehen einer Eigenschaft in der Zukunft. Die Verpflichtung zu einem zukünftigen, den Kaufgegenstand nur mittelbar berührenden Verhalten ist vom wesentlichen Inhalt der Zusicherung so verschieden, dass jeder Berührungspunkt für eine analoge Behandlung fehlt. Was daher für die Zusicherung hinsichtlich der Form gilt, kann nicht auf die behauptete Nebenabrede angewendet werden.

II. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die umstrittene Erklärung des Beklagten der öffentlichen Beurkundung bedurft hätte. Da sie nach der Darstellung der Klägerin nur mündlich abgegeben worden sein soll, ist sie rechtsunwirksam und es kann daraus kein Schadenersatzanspruch abgeleitet werden (BGE 49 II 63). Fragen liesse sich nur, ob, die Richtigkeit der klägerischen Behauptung vorausgesetzt, die Kaufverträge als nichtig aufzuheben seien. Ein dahingehendes Begehren wurde indessen nicht gestellt.

III. Die Berufung des Beklagten auf den Formmangel ist entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin nicht rechtsmissbräuchlich. Schrifttum und Rechtsprechung anerkennen allerdings die Anwendbarkeit von Art. 2 ZGB auch im Bereich der Formen, aber nur in einem negativen Sinne: Die Berufung auf den Formmangel stellt dann einen Rechtsmissbrauch dar, wenn kein schutzwürdiges Interesse

mehr an der Wahrung der Form vorhanden ist. Art. 2 ZGB darf aber nicht zur positiven Handhabe für die Behebung des Formmangels werden, indem man einen wegen Formmangel ungültigen Vertrag über den Umweg des Rechtsmissbrauches doch als verbindlich erklärt. Auf eine solche Umgehung der gesetzlichen Formvorschriften liefe es aber heraus, würde man der Klägerin trotz der Unverbindlichkeit der Abrede das Erfüllungssurrogat, den Schadenersatz, zusprechen (vgl. BGE 50 II 147/8, 53 II 166, 296, 54 II 331, 57 II 154; v. TUHR OR S. 210, Peter MÜLLER, Die Heilung formwidriger Rechtsgeschäfte durch Erfüllung, Diss. 1938 S. 50 ff.).

IV. Der Beklagte haftet auch nicht aus unerlaubter Handlung. Diese Haftung wäre nur dann gegeben, wenn der Beklagte in arglistiger Weise ein formell ungültiges Versprechen abgegeben und in der Absicht, die Klägerin zum Vertragsabschluss zu verleiten, in ihr das Vertrauen erweckt und unterhalten hätte, er werde den an sich rechtsungültigen Vertrag erfüllen. Die Vorinstanz hat festgestellt, dass eine solche Arglist beim Beklagten nicht vorgelegen habe und von der Klägerin auch gar nicht behauptet worden sei. Wenn die Klägerin nunmehr in der Berufungsbegründung in dieser Richtung neue Behauptungen aufstellt, so kann darauf nicht eingetreten werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 25. Juni 1942 bestätigt.

37. Urteil der I. Zivilabteilung vom 10. November 1942
i. S. Schön gegen Meyer.

Mietrecht. Der Mieter eines Geschäftsraums darf den mit dem Geschäftsraum verbundenen, dem Vermieter gehörenden Kundenschaftswert nicht wider Treu und Glauben beeinträchtigen.

Bail à loyer. Le locataire de locaux destinés à un commerce ne doit pas déprécier, contrairement à la bonne foi, au détriment du bailleur la valeur de la clientèle attachée à ces locaux.

Contratto di locazione. Il conduttore di locali destinati ad un negozio non deve pregiudicare, in urto coi principi della buona fede e a detrimento del locatore, il valore della clientela inerente a questi locali.

A. — Der Kläger Meyer erwarb am 2. Juni 1934 an einer Zwangsversteigerung zusammen mit einem Haller ein Wohn- und Geschäftshaus in Muri (Kt. Aargau). Die vorherige Eigentümerin hatte darin früher ein Gemischtwarengeschäft geführt. Vom 1. Juli 1933 an hatte sie den Laden einem Drogisten vermietet. Dieser hatte das Geschäft schon im Dezember 1933 vor Ablauf der Mietdauer aufgegeben, weil es nicht rentierte. Von diesem Zeitpunkt an blieb der Laden unbenützt.

Im Februar 1935 gründeten der Kläger, Haller und der Beklagte Schön, ein gelernter Drogist, eine einfache Gesellschaft mit dem Zwecke, im erwähnten Laden eine Drogerie zu betreiben. Der Kläger und Haller hatten je Fr. 2000.—, der Beklagte Fr. 1000.— Kapital einzuwerfen. Der Kläger und Haller stellten dem Beklagten die Parterreräumlichkeiten gegen einen monatlichen Mietzins von Fr. 100.— zur Verfügung. Die Führung der Drogerie war ausschliesslich dem Beklagten übertragen. Es war ihm ein Monatsgehalt und eine Umsatzprovision zugesichert.

Das Gesellschaftsverhältnis wurde auf den 15. April 1936 aufgelöst. Von diesem Zeitpunkt an mietete der Beklagte im gleichen Hause von Meyer und Haller laut Mietvertrag eine Wohnung und die « Drogerieräumlichkeiten mit Ladeneinrichtung ». Vom 15. September 1937 an mietete der Kläger das ganze Haus für Fr. 2760.— jährlich. Den neuen Vertrag schlossen Meyer und Schön ab. Er konnte nach einem Jahr von jeder Partei auf ein halbes Jahr gekündigt werden.

Im Jahre 1938 erstellte der Beklagte in der Nachbarschaft einen Neubau. Am 8. September 1938 kündigte er den Mietvertrag auf den 15. März 1939. Der Kläger teilte ihm sogleich schriftlich mit, das Drogeriegeschäft sei bis zum 15. März 1939 im vollen Umfang weiterzuführen. Eine

ganze oder teilweise Verlegung des Geschäftes in den Neubau wäre ihm drei Monate vorher anzuzeigen.

Am 1. Novembre 1938 verliess der Beklagte das Haus des Klägers und eröffnete gleichzeitig im Neubau eine Drogerie.

B. — Meyer klagte Schön auf Zahlung von Fr. 6000.— ein mit der Begründung, durch die vorzeitige Aufgabe des Geschäftes im gemieteten Hause und die gleichzeitige Eröffnung einer Drogerie in der Nachbarschaft habe er den Mietvertrag verletzt und den Kläger in diesem Betrage geschädigt.

Das Bezirksgericht Muri hiess die Klage mit Urteil vom 6. Januar 1941 gut bis zum Betrag von Fr. 1200.— nebst Zins zu 4 % seit 1. November 1938. Das Obergericht des Kantons Aargau bestätigte am 13. Juli 1942 dieses Urteil.

C. — Mit der vorliegenden Berufung hat der Beklagte die gänzliche Abweisung der Klage beantragt. Der Kläger schliesst auf Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag bezog sich auf die im Hause des Klägers befindlichen Wohnungen sowie auf die Räume und Einrichtungen des Drogerieladens, somit auf körperliche Gegenstände, nicht etwa auf ein Gewerberecht. Der Kläger überliess diese Gegenstände dem Beklagten gegen Entgelt zum Gebrauch. Zwischen den Parteien bestand demnach ein Mietverhältnis.

2. — Wenn die Mietsache als Geschäftsraum dient, erfährt das Verhältnis zwischen Mieter und Vermieter eine besondere Ausgestaltung. Durch jede geschäftliche Tätigkeit wird ein Kundschaftswert geschaffen. Dieser haftet in erster Linie an der Person oder der Firma des Geschäftsinhabers. Unter Umständen verbindet er sich aber teilweise mit dem Raum, in dem die geschäftliche Tätigkeit ausgeübt wird. Dies trifft insbesondere bei Ladengeschäften zu. Der an den Geschäftsraum gebundene

Teil des Kundschaftswertes ist umso grösser, je mehr für die Ausübung einer bestimmten Geschäftstätigkeit eine Geschäftslage notwendig ist, je günstiger diese Geschäftslage ist und je länger im gleichen Raum ein Geschäft gleicher Art geführt wird. Der raumgebundene Teil des Kundschaftswertes ist dagegen umso geringer, je mehr die persönlichen Eigenschaften des Geschäftsinhabers für den Geschäftserfolg den Ausschlag geben (vgl. Blätter für zürch. Rechtsprechung 26, Nr. 42). Wird ein Geschäft in einem gemieteten Raum geführt, so teilt sich demgemäss der Kundschaftswert zwischen dem Mieter als Geschäftsinhaber und dem Vermieter als Eigentümer des Geschäftsraumes. Der dem Geschäftsraum anhaftende, von der Tätigkeit des Mieters zwar abhängige, aber nicht seiner Person folgende Teil des Kundschaftswertes gehört dem Vermieter. In dem Masse als dieser Wert besteht, erscheint der Vermieter selbst als Geschäftsmann, der das Geschäft durch den Mieter führen lässt (vgl. TOBLER, Zur Frage der Gebrauchspflicht des Mieters, insbesondere bei der Miete von Laden- und Gewerbelokalitäten, Schweiz. Jur. Zeitung XII, S. 310). Der Vermieter hat in diesem Fall ein selbständiges, von dem des Mieters verschiedenes Interesse am Bestand dieses Kundschaftswertes, das insbesondere darauf geht, dass dieser Wert durch den Unterbruch des Geschäftsbetriebes nicht vermindert wird. Während der Dauer des Mietverhältnisses ist dieser dem Vermieter gehörende Teil des Kundschaftswertes dem Mieter anvertraut. Der Mieter darf nichts gegen Treu und Glauben Verstossendes vornehmen, das ihn beeinträchtigt. Das ergibt sich sowohl aus dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben, der das Vertragsrecht beherrscht, wie aus Art. 48 OR, der den Besitz der Geschäftskundschaft gegen derartige Verletzungen schützt. Der Schutz, den Art. 48 OR dem Geschäftsinhaber zuteil werden lässt, muss folgerichtig auch im Vertragsrecht angewendet und somit auch dem Vermieter im Verhältnis zum Mieter zuerkannt werden, soweit der Vermieter als Eigentümer eines Ge-

schaftsraumes Inhaber eines Kundschaftswertes ist. Der Mieter hat somit die Pflicht, in bezug auf diesen Kundschaftswert des Vermieters keine Handlungen zu begehen, die einen unlauteren Wettbewerb darstellen würden. Diese Pflicht besteht von Gesetzes wegen und braucht nicht besonders vertraglich vereinbart zu sein. Sie ist zum mindesten immer dann zu bejahen, wenn, wie im vorliegenden Falle, besondere Umstände das Interesse des Vermieters am ununterbrochenen Betrieb eines Geschäftes gleicher Art und damit den Bestand eines mit dem Geschäftsraum verbundenen Kundschaftswertes erkennen lassen.

Der Beklagte beruft sich darauf, dass bei der Eröffnung des Geschäftes im Jahre 1935 mit den übernommenen Geschäftsräumen kaum ein Kundschaftswert verbunden war, da darin eine Drogerie nur anderthalb Jahre vorher und nur für kurze Zeit geführt worden sei. Allein es war für ihn von Anfang an erkennbar, dass es dem Kläger als Hauseigentümer darum zu tun war, in seinem Hause eine Geschäftstradition für eine Drogerie zu schaffen. Es war der Kläger, der die in Muri für einen tüchtigen Drogisten offenbar bestehende Erfolgsaussicht erkannte, ausnützte und den Beklagten überhaupt veranlasste, dort ein Geschäft zu eröffnen. Der Kläger bekundete sein Interesse an der Einrichtung einer Drogerie in seinem Hause weiter dadurch, dass er zusammen mit Haller zum Beklagten in ein Gesellschaftsverhältnis trat und ihm auf diese Weise finanziell behilflich war. Er richtete ferner den Geschäftsraum als Drogerie ein und bemühte sich am Anfang, wie die Vorinstanzen feststellten, um die Werbung von Kunden für das neueröffnete Geschäft. Nach Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses hat der Kläger den Ladenraum ausdrücklich als Drogerie vermietet. Am 14. Mai 1936 haben die Parteien, wie aus den Akten hervorgeht, das Geschäft « als Besitzer und Inhaber der Drogerie am Jubiläumsplatz in Muri » gemeinsam bei der kantonalen Direktion des Gesundheitswesens zur Weiterführung auf Grund der neu erlassenen Drogerieverordnung angemeldet.

Der Beklagte bringt demgegenüber vor, weder der Kläger noch Haller hätten die versprochene Geschäftseinlage von Fr. 2000.— eingeworfen. Doch haben die Beiden auch nach seiner Darstellung einen Geschäftskredit von Fr. 4000.— verbürgt. Für den vorliegenden Fall ist aber gerade wesentlich, dass der Kläger die Drogerie im ersten Jahr auf gesellschaftlicher Grundlage mit der Kredithilfe des Klägers betrieb, während die Frage, wie der Gesellschaftsvertrag gehandhabt wurde, in diesem Zusammenhang unwesentlich ist.

Der Beklagte wendet weiter ein, der vermietete Ladenraum sei nicht besonders als Drogerie eingerichtet worden. Auch nach der Darstellung des Klägers war die Herrichtung der gemieteten Räume für den besondern Zweck einer Drogerie eine ziemlich primitive. Nach der für das Bundesgericht verbindlichen Feststellung der Vorinstanz bestand immerhin eine solche Herrichtung. Wie nicht bestritten wird, hat der Kläger dafür bauliche Aufwendungen gemacht. Das vom Beklagten erst mit der Berufung vorgelegte Schreiben der Direktion des Gesundheitswesens des Kantons Aargau vom 16. November 1936, worin die Einrichtung der Geschäftsräume beanstandet wird, kann, da es nicht Bestandteil der kantonalen Akten bildet, nicht berücksichtigt werden. Auch dann, wenn die gemieteten Räume für die Zwecke einer Drogerie gar nicht eingerichtet gewesen wären, konnte übrigens der Beklagte aus den andern erwähnten Umständen genügend erkennen, dass ein Interesse des Klägers am ununterbrochenen Betrieb einer Drogerie in seinem Hause bestand.

3. — Durch sein Verhalten hat der Beklagte die vom Kläger in seinem Hause eingeleitete Geschäftstradition unterbrochen. Dadurch, dass er das Geschäft im Hause des Klägers vorzeitig, kaum zwei Monate nach der Kündigung und ohne eine vom Kläger für diesen Fall noch besonders verlangte Anzeige schloss, nahm er dem Kläger die Möglichkeit, auf den Zeitpunkt des Auszuges die Drogerie in seinem Hause ohne Unterbruch durch einen neuen

Geschäftsinhaber weiterführen zu lassen. Der Beklagte liess es offenbar deshalb zu diesem Unterbruch kommen, um das in seinem Neubau eröffnete Geschäft umso besser einführen zu können. Er sicherte sich durch dieses Vorgehen den Vorteil, dass sein im Neubau eröffnetes Geschäft zum mindesten während einigen Monaten als einzige Drogerie in Muri bestand. So war die gesamte Kundschaft des bisherigen Geschäftes gezwungen, auch nach dem Wechsel des Geschäftslokals beim Beklagten einzukaufen. Wäre der Beklagte erst auf den Ablauf des Mietvertrages ausgezogen, so wäre ein Teil der Kundschaft aller Wahrscheinlichkeit nach beim bisherigen Geschäft verblieben. Der Beklagte hätte in diesem Falle vom Zeitpunkt der Eröffnung seines Geschäftes im Neubau an mit der im alten Geschäftsraum weitergeführten Drogerie in Wettbewerb treten müssen. Mit dieser Wettbewerbslage musste der Beklagte auf den Ablauf des Mietverhältnisses zum mindesten rechnen. Er hat nun diese Lage noch während des Mietverhältnisses unter Ausnützung seiner Stellung als Mieter zu seinen Gunsten verschoben, indem er die mit dem gemieteten Raum verbundene Kundschaft davon wegzog und den mit dem bisherigen Ladenraum verbundenen Kundschaftswert vernichtete. In diesem Verhalten muss ein unlauterer Wettbewerb, eine gegen Treu und Glauben verstossende, mit seiner Stellung als Mieter nicht vereinbare Handlung erblickt werden (BGE 33 II 606, 37 II 33, OSER-SCHÖNENBERGER, Note 7 zu Art. 261 OR).

Der Beklagte behauptet, er habe den Kläger durch den vorzeitigen Auszug nicht schädigen wollen. Er sei genötigt gewesen, den Neubau vorzeitig zu beziehen, weil die gemieteten Räume feucht und zum Betrieb einer Drogerie nicht geeignet gewesen seien. Wie aber die Vorinstanz feststellt, hat der Beklagte beim Kläger wegen Mängeln der Mietsache keine Vorstellungen erhoben. Er behauptet selbst nicht, dass er dem Kläger den vorzeitigen Auszug vorher angezeigt hat, wie in diesem Fall nach Treu und Glauben von ihm hätte erwartet werden können und wozu er vom

Kläger noch schriftlich aufgefordert worden war. Der Beklagte hat den Nachweis des fehlenden Verschuldens nicht geleistet und ist daher für den aus seinem vertragswidrigem Verhalten entstandenen Schaden ersatzpflichtig (Art. 97 OR).

4. — Der Beklagte wendet ein, ein Schaden sei vom Kläger nicht bewiesen worden. Er hätte ziffernmässig geltend gemacht werden müssen. Allein in den Fällen des unlautern Wettbewerbes ist ein Schaden regelmässig nicht ziffernmässig nachweisbar (BECKER, Note 15 zu Art. 48 OR). Das verletzte Rechtsgut, der Kundschaftswert, muss durch Schätzung ermittelt werden. Daher muss auch der Schadenersatzanspruch nach richterlichem Ermessen festgesetzt werden (BGE 37 II 34). Zum Beweis des Schadens genügt im vorliegenden Fall folgende Feststellung: Es bestand offenbar ein gewisser mit dem Geschäftsraum verbundener Kundschaftswert. Das Verhalten des Beklagten musste diesen Wert schwer beeinträchtigen, wenn nicht ganz vernichten. Diese Wirkung war für sich allein schon geeignet, dem Kläger die Weitervermietung seines Ladenraumes als Drogerie, wenigstens zum bisherigen Mietzins, zu verunmöglichen. Richtig wird sein, dass dem Beklagten auch bei vertragsgemäsem Verhalten ein grosser Teil der Kundschaft in sein neues Geschäft gefolgt, und dass dem Kläger auch in diesem Fall die Weiterverwendung seines Ladenraumes als Drogerie sehr erschwert worden wäre. Die Vorinstanz hat diese Umstände aber bei der Festsetzung des Schadensbetrages berücksichtigt. Bundesrechtliche Grundsätze hat sie dabei nicht verletzt, sodass kein Anlass besteht, den auf Fr. 1200.— geschätzten Schadensbetrag abzuändern.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Aargau vom 13. Juli 1942 bestätigt.

Vgl. auch Nr. 39, 41. — Voir aussi nos 39, 41.

IV. PROZESSRECHT

PROCÉDURE

38. Urteil der II. Zivilabteilung vom 23. November 1942 i. S. Steinemann gegen Steinemann-Weber.

Haupturteil (Art. 58 OG): Nicht der Entscheid über Begehren um Anordnung oder Aufhebung von Eheschutzmassnahmen im Sinne von Art. 169-172 ZGB.

Art. 58 OG. — N'est pas un jugement au fond la décision qui ordonne ou rapporte des mesures protectrices de l'union conjugale (art. 169 à 172 CC).

Art. 58 OGF. — Non è un giudizio di merito quello che ordina od abroga misure protettive dell'unione coniugale (art. 169-172 CC).

Aus dem Tatbestand:

Im Jahre 1934 ermächtigte der Einzelrichter die Beklagte in Anwendung von Art. 170 Abs. 1 ZGB zur Aufhebung des gemeinsamen Haushalts. Seither leben die Parteien getrennt.

Im Jahre 1941 stellte der Kläger beim gleichen Richter das Gesuch um Aufhebung der erwähnten Bewilligung. Der Einzelrichter schützte dieses Begehren; das Obergericht, an das die Beklagte rekurierte, wies es dagegen ab.

Gegen den Entscheid des Obergerichtes erklärte der Kläger die Berufung an das Bundesgericht mit dem Antrag auf Gutheissung des Klagebegehrens. Das Bundesgericht trat auf die Berufung nicht ein.

mit folgender Begründung:

Der Berufung an das Bundesgericht unterliegen nach Art. 58 Abs. 1 OG nur in der letzten kantonalen Instanz erlassene materiellrechtliche Haupturteile, d. h. solche Urteile, die über einen im Prozess geltend gemachten zivilrechtlichen Anspruch definitiv entschieden haben (BGE 53 II 74). Diese Bedeutung kommt den Entschei-