

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 unlauteren 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

33. 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-

dungen über Massnahmen zum Schutze der ehelichen Gemeinschaft wegen ihres ausgesprochen provisorischen Charakters nicht zu (BGE 43 II 275). Die auf Grund von Art. 169 ff. ZGB getroffenen Anordnungen bleiben, wie das Bundesgericht im eben erwähnten Entscheide ausgeführt hat, nur solange aufrecht, als die anormalen Verhältnisse andauern, die das Eingreifen des Richters nötig gemacht haben. Jeder Ehegatte kann nach Art. 172 ZGB ihre Aufhebung verlangen, sobald ihr Grund weggefallen ist, und die gemäss Art. 170 Abs. 1 ZGB erlassenen Verfügungen über das Getrenntleben werden bei dauerhafter Wiedervereinigung der Ehegatten sogar ohne weiteres hinfällig (BGE 42 I 97; EGGER N. 1 zu Art. 172 ZGB). Entscheidungen, die derart dem Wandel ausgesetzt sind, hat das Bundesgericht von jeher als nicht berufungsfähig erachtet (BGE 41 II 329).

Die Unzulässigkeit der Berufung gegen letztinstanzliche kantonale Urteile, die auf Grund von Art. 169 ff. ZGB ergangen sind, ergibt sich auch aus dem Werdegang der Bestimmungen über die zivilrechtliche Beschwerde, der im Entscheide BGE 43 II 275 berücksichtigt, aber nicht vollständig richtig wiedergegeben worden ist. Noch der Entwurf zum Bundesgesetz betreffend Änderungen des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, den der Bundesrat der Bundesversammlung mit Botschaft vom 11. Mai 1911 vorlegte, sah in Art. 1 Abs. 2 die zivilrechtliche Beschwerde gegen Entscheide über die « Aufhebung des gemeinsamen ehelichen Haushaltes (Art. 170 Abs. 1 und 3, und Art. 172 ZGB) » vor (BBl. 1911 III S. 80, 61). Die Kommission des Ständerates und ihr folgend beide Räte haben dann (von der Amortisationsbeschwerde, Art. 86 Ziff. 4 OG, abgesehen) das Anwendungsgebiet der zivilrechtlichen Beschwerde als Rechtsmittel gegen letztinstanzliche Entscheide kantonalen Behörden wegen Verletzung von Bundesrecht auf die Fälle eingeschränkt, in denen das ZGB die Weiterziehung des Entscheides der zuständigen kantonalen Behörde an

das Bundesgericht ausdrücklich vorsieht, und damit dem Art. 86 OG seine heutige Fassung gegeben, die den Fall der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes nicht mehr erwähnt (Sten. Bull. 1911, StR S. 120, 138, NR S. 272 f.). Dabei war das Bestreben begleitend, das Bundesgericht mit dem neugeschaffenen Rechtsmittel nicht zu sehr zu belasten (Voten von Isler, Berichterstatter der ständerätlichen Kommission, StR S. 128, 138). Ferner kam die Meinung zum Ausdruck, dass die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes eine bloss provisorische Massnahme darstelle (Isler, StR S. 138), und dass es sich bei diesem wie bei den andern im endgültigen Gesetzestext nicht mehr berücksichtigten Fällen zur Hauptsache um Tatsachenfragen handle, die dem Entscheid der kantonalen Behörden zu überlassen seien (Votum des franz. Berichterstatters der nationalrätlichen Kommission, Rutty, NR S. 273). Der Gesetzgeber hat also die zivilrechtliche Beschwerde gegen Entscheide über die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft offensichtlich nicht deswegen ausgeschlossen, weil er davon ausging, dass solche Entscheide ohnehin auf dem Wege der Berufung an das Bundesgericht weitergezogen werden können, sondern weil er diese Streitigkeiten vom Bundesgericht überhaupt fernhalten wollte. Bei der Erörterung der verschiedenen von der ständerätlichen Kommission vorgenommenen Streichungen erklärte der Berichterstatter dieser Kommission freilich, es möge Fälle geben, die trotz der Nichtzulassung der zivilrechtlichen Beschwerde von einzelnen Kantonen aus an das Bundesgericht gelangen, weil die betreffenden Kantone sie im gerichtlichen Verfahren erledigen lassen und auf diese Weise der Berufung zugänglich machen (StR S. 128). Auf diese Möglichkeit wies auch der deutsche Berichterstatter der nationalrätlichen Kommission, Häberlin, hin (NR S. 273). Ständerat Isler fügte jedoch bei, diese Fälle werden nicht häufig sein, und die Berufung sei immer nur denkbar, « wenn noch ein weiteres hinzutritt: der definitive, dauernde Charakter des Entscheides », — eine Eigenschaft, die den Verfü-

ungen über die Aufhebung des gemeinsamen Haushalts auch nach seiner Auffassung abgeht. Auch nach den Gesetzesmaterialien erscheint die Berufung gegen solche Verfügungen demnach als unzulässig.

Für Entscheidungen über Gesuche um Aufhebung von Eheschutzmassnahmen muss entgegen der Ansicht des Klägers das gleiche gelten wie für Entscheidungen, die die Anordnung solcher Massnahmen zum Gegenstande haben. Die Abweisung eines Gesuches um Aufhebung der Ermächtigung zum Getrenntleben, wie sie von der Vorinstanz beschlossen worden ist, schafft keine andere Lage als die Anordnung dieser Massnahme. Es handelt sich also auch hier nur um eine Entscheidung provisorischer Natur und nicht um einen definitiven Entscheid über den « materiellen Rechtsanspruch des Klägers auf gemeinsamen Haushalt », wie das in der Berufungsschrift behauptet wird. Auf die Berufung ist daher nicht einzutreten.

39. Urteil der I. Zivilabteilung vom 18. November 1942

i. S. Gex gegen Heimat A.-G. und Obergericht des Kantons Schaffhausen.

Art. 10 der Verordnung über die Kreditkassen mit Wartezeit findet nicht Anwendung auf Klagen der Kasse gegen den Kreditnehmer; nach Inkrafttreten der Verordnung konnte eine den neuen allgemeinen Vertragsbedingungen widersprechende Gerichtsstands- und Schiedsklausel eines gekündeten Alt-Vertrages nicht mehr erneuert werden.

L'art. 10 OCF du 5 février 1935 sur les caisses de crédit à terme différé (ROLF 1935 p. 89) est inapplicable aux actions de la caisse contre le contractant. Après l'entrée en vigueur de l'ordonnance, impossibilité de renouveler une clause d'arbitrage et de prorogation de for d'un contrat dénoncé, cette clause étant contraire aux nouvelles conditions générales du contrat.

L'art. 10 dell'OCF 5 febbraio 1935 sulle casse di credito a termine differito non è applicabile alle azioni della cassa contro il contraente. Dopo l'entrata in vigore dell'ordinanza, non si può rinnovare una clausola arbitrale e di proroga del foro d'un contratto disdetto che sia contraria alle nuove condizioni generali in materia contrattuale.

A. — Der in Genf wohnhafte Beschwerdeführer Gex schloss im Jahre 1933 mit der Beschwerdebeklagten Heimat A.-G., Kreditkasse mit Wartezeit, Schaffhausen,

einen Bausparvertrag ab, der in § 22 Abs. 8 und 9 bestimmte :

« Le domicile légal et for pour toute obligation découlant du contrat de construction-épargne ainsi que pour tout différend s'y rapportant, est à Schaffhouse.

En cas de différend entre l'épargnant et la « Heimat » le litige est porté devant un tribunal arbitral, à l'exclusion des instances ordinaires. Chaque partie nomme un membre, suivant art. 194 CO (?). Ces deux membres désignent leur président... Le tribunal arbitral décide sans recours. »

Gex geriet bald mit seinen vertraglichen Zahlungspflichten in Verzug. Die Heimat A.-G. erklärte daher am 14. Januar 1935 den Rücktritt vom Vertrag, verhandelte aber nachher noch mit Gex über dessen Weiterführung.

Am 8. November 1937 erklärte Gex, den Vertrag von 1933 fortsetzen zu wollen. Die Heimat A.-G. teilte ihm am 4. Dezember 1937 mit, sie sei damit einverstanden. Da sie inzwischen ihren Geschäftsplan und die allgemeinen Vertragsbedingungen der Verordnung über die Kreditkassen mit Wartezeit vom 5. Februar 1935 (VKW) hatte anpassen müssen, fügte sie im Schreiben vom 4. Dezember 1937 an Gex bei : « Le contrat est adapté au plan d'adaptation du 7 novembre 1935 aux conditions d'amortissements du tarif « E ». Ci-inclus vous trouverez le tarif « E » et les conditions générales ». Diese neuen allgemeinen Vertragsbedingungen enthielten keine Schiedsgerichtsklausel mehr. Als Gerichtsstand anerkannte die Heimat A.-G. nunmehr in Übereinstimmung mit Art. 10 VKW nach Wahl des Kreditnehmers den schweizerischen Wohnsitz des Klägers oder den Ort des Gesellschaftssitzes.

Im Jahre 1938 kam Gex seinen Verpflichtungen wieder nicht nach. Die Heimat A.-G. trat daher am 22. August 1938 erneut vom Vertrag zurück und belastete Gex für verschiedene Beiträge und Spesen mit Fr. 718.50. Gex bestritt diese Forderung, worauf die Gesellschaft das im Vertrag von 1933 vereinbarte Schiedsgericht anrief. Da sich Gex weigerte, seinen Schiedsrichter zu bezeichnen, traf der Bezirksrichter von Schaffhausen auf Gesuch der Heimat A.-G. die versäumte Wahl in Anwendung der Zivilprozessordnung des Kantons Schaffhausen.