

daß das Konkursamt alle noch bestehenden Ansprüche des Bianchi aus dem Werkvertrage den Klägern habe abtreten wollen, soweit sie nicht bereits durch die Zahlungen der Beklagten getilgt worden seien; in der Abtretung seien daher auch die 2923 Fr. inbegriffen, mit Bezug auf die die Klage gutgeheißen wurde. Es liege demnach (da die Beklagte Beseitigungen vorgewiesen habe, wonach Bianchi einen Teil seiner Forderungen auf die Beklagte vor Konkursausbruch andern Gläubigern abgetreten hätte) der Fall der mehrfachen Abtretung der nämlichen Forderung vor. Selbstverständlich könne in diesem Prozesse nicht entschieden werden, welche der Cessionen gültig sei; das müsse einem Rechtsstreite zwischen den verschiedenen Cessionaren vorbehalten bleiben. Immerhin haben die Kläger, welche eine Abtretung in Händen haben, das Recht, feststellen zu lassen, ob überhaupt aus dem Werkvertrag noch ein Guthaben an die Beklagte resultiere. Die Klage könne daher nicht abgewiesen werden; dagegen sei die Beklagte zur Hinterlegung des fraglichen Betrages berechtigt zu erklären.

Nun ist vorerst nicht festgestellt, ob sich die Abtretungen, die (bezw. deren Denunziation) die Beklagte produziert hat, auf den Teil der Forderung der Kläger beziehen, der heute noch in Frage steht. Sodann ist, entgegen den Rechtsausführungen beider Parteien in der heutigen Verhandlung, mit der Vorinstanz anzunehmen, daß, falls sich die produzierten frühern Abtretungen wirklich auf die heute streitige Forderung beziehen, ein Fall des Art. 188 O.-R. in der Tat vorliegt; denn diese Gesetzesbestimmung verlangt nicht, daß über die Frage, wem eine Forderung zustehe, ein Streit vor Gericht herrschen müsse, wie die besondere Anführung dieses Falles in Abs. 2 deutlich beweist. Im übrigen entsteht allerdings das Bedenken, ob die Vorinstanz berechtigt gewesen sei, die Beklagte zur Deposition der Summe, zu der sie grundsätzlich verurteilt wurde, ohne Parteiantrag zu ermächtigen. Eine genaue Prüfung der Begründung des vorinstanzlichen Urteils in Verbindung mit dessen Dispositiv (in der Hauptsache) ergibt, daß die Vorinstanz im Grunde nur aussprechen will, die Beklagte schulde aus dem Werkvertrage noch 2923 Fr., dagegen nicht auch das Recht der Kläger gegenüber dritten Ansprechern (frühern Cessionaren) feststellen will; die Zuspreehung

der Klage an die Kläger erfolgt vielmehr nur unter dem Vorbehalt, daß nicht besser Berechtigte vorhanden seien. Ob ein derartiges Vorgehen zulässig sei, ist jedoch eine prozessuale Frage, wie immer man auch im übrigen die Sache benennen mag (ob Übergang von einer Leistungs- zu einer Feststellungsklage, worüber zu vergleichen Wach, Feststellungsanspruch, S. 42 f.). Diese Frage hat das Bundesgericht daher nicht zu überprüfen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und somit das Urteil der I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 14. Januar 1902 in allen Teilen bestätigt.

#### 28. Urteil vom 19. April 1902 in Sachen

**Burri**, Bkl. u. Ber.-Kl., gegen **Geier-Kübler**, Kl. u. Ber.-Bekl.

*Mieto. Pflicht des Mieters zur Benutzung der Mietsache bis zum Ablaufe der Mietzeit. Vertragsauslegung; Rechtsgrundsätze über die gesetzlichen Pflichten des Mieters. Art. 274, 279, 283 O.-R.*

A. Durch Urteil vom 8. Februar 1902 hat die I. Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt:

Der Beklagte ist pflichtig, der Klägerin 500 Fr. nebst Zins zu 5% seit 24. Oktober 1901 zu bezahlen, die Mehrforderung wird abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht eingelegt, mit den Anträgen:

Das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Klage in vollem Umfange abzuweisen;

Eventuell seien unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Akten zu vervollständigen, insbesondere sei ein Beweisverfahren darüber anzuordnen, ob der Beklagte beim Vertragsschlusse mit der Klägerin resp. deren Rechtsvorfahren ausdrücklich oder still-

schweigend die Verpflichtung zur Bewerbung des Mietobjektes eingegangen sei;

Weiter eventuell: Es sei die der Klägerin zugesprochene Entschädigung auf einen richterlich zu bestimmenden Betrag zu reduzieren.

C. In der heutigen Verhandlung wiederholt der Vertreter des Beklagten diese Berufungsanträge.

Der Vertreter der Klägerin trägt auf Abweisung der Berufung an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Laut Mietvertrag, beginnend mit 1. April 1895, hatte der Beklagte Burr im „Hirschen“ zu Wollishofen-Zürich II, „einen Laden zum Betriebe einer Metzgerei“ sowie eine Wohnung nebst Zubehör gemietet, zu einem jährlichen Mietzinse von 1600 Fr. (wovon 1000 Fr. für den Laden zu rechnen sind). Der „Laden“ besteht laut dem von der Vorinstanz vorgenommenen Augenschein aus drei zusammenhängenden und eigens für das Metzgereigewerbe eingerichteten Räumlichkeiten: einem Fleischverkaufsladen, einem Wurstereilokal und einem Küchenraum mit Raucheinrichtung; ohne bauliche Umänderungen könnten diese Mietlokalitäten nicht wohl für einen andern Geschäftsbetrieb verwendet werden. Laut Art. 4 der „besondern Bestimmungen“ des Mietvertrages verpflichtete sich der Mieter, „die von ihm gemieteten Räumlichkeiten „sachgemäß zu bewohnen und zu unterhalten, dieselben zu fremden „Zwecken nicht zu gebrauchen“ etc. Nachdem der Vermieter Heusser im Winter 1900 auf 1901 in Konkurs geraten war, übernahm die Klägerin mit der Liegenschaft zum Hirschen auch den Mietvertrag mit dem Beklagten, der jedoch, wie der Klägerin mitgeteilt worden, auf 1. Oktober 1901 vom Beklagten gekündigt war. Am 10. August 1901 stellte nun der Beklagte den Betrieb der Metzgerei in den gemieteten Lokalitäten ein, indem er außen am Verkaufsladen den Anschlag anbrachte: Die Metzgerei befindet sich von nun an im Nachbarhause. Der Beklagte hatte nämlich inzwischen das stadtwärts an den „Hirschen“ angrenzende Wohnhaus Nr. 320 käuflich erworben und darin neue Metzgerei-Lokalitäten erstellt, die er seither bewirbt. Die Klägerin ließ den Beklagten am 10. August 1901 auffordern, das Metzgereigewerbe in den

von ihm gemieteten Lokalitäten wieder aufzunehmen; der Beklagte antwortete jedoch unterm 12. gl. Mts., er sei dazu nicht verpflichtet. Die Metzgerei im „Hirschen“ blieb vom 10. August 1901 an bis mindestens zum Tage der Fällung des vorinstanzlichen Urteils unbenutzt.

2. Mit der vorliegenden Klage verlangt nun die Klägerin vom Beklagten Schadenersatz dafür, daß der Beklagte die gemieteten Metzgereilokalitäten vertrags- und gesetzeswidrig vorzeitig nicht mehr benutzt und sie dadurch entwertet habe. (Das Quantitativ der Schadenersatzforderung ging ursprünglich auf 5000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 1. August 1901.) Der Beklagte hat jede Schadenersatzpflicht abgelehnt, mit der Begründung, eine Pflicht zum Gebrauche der fraglichen Mietlokalitäten (d. h. speziell der Metzgereilokale) sei ihm weder durch den speziellen Mietvertrag überbunden gewesen, noch folge sie aus den gesetzlichen Bestimmungen über Sachmiete; er habe daher nur von einem Rechte Gebrauch gemacht und weder vertragswidrig, noch widerrechtlich im Sinne der Bestimmungen über unerlaubte Handlungen gehandelt. Während die erste Instanz den Standpunkt des Beklagten teilte und somit die Klage abwies, ist die Vorinstanz zu ihrem eingangs mitgeteilten, die Klage grundsätzlich gutheißenden Urteile dadurch gelangt, daß sie in Fällen wie der vorliegende, wo ein Mietlokal zu einem bestimmten Gebrauche und für ein bestimmtes Gewerbe eingerichtet ist, eine gesetzliche Pflicht des Mieters zum Gebrauche und zur Bewerbung der Mietsache annahm. Hiegegen richtet sich die Berufung des Beklagten.

3. Der Vertreter des Beklagten hat heute namentlich betont, es handle sich beim streitigen Vertrag um Miete und nicht um Pacht; nun sei aber der Mieter nach schweizerischem Obligationenrecht, Art. 274, nur zur Vergütung des Mietzinses verpflichtet, während allerdings der Pächter gemäß Art. 303 eod. nicht nur zur Leistung des Pachtzinses, sondern auch zur bestimmungsgemäßen ordentlichen Bewirtschaftung des gepachteten Gegenstandes verpflichtet sei. Richtig ist nun unzweifelhaft, daß es sich beim fraglichen Vertrage nach den Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrechtes um einen Miet- und nicht um einen Pacht-

vertrag handelt; denn nach schweizerischem Obligationenrecht ist die Pacht gerichtet auf den Bezug der Früchte oder Erträgnisse einer unbeweglichen Sache oder eines nutzbaren Rechtes, während bei Überlassung zum entgeltlichen Gebrauch einer Sache Miete vorliegt (Art. 296 einerseits, Art. 274 anderseits; vergl. auch Amtl. Samml. der bundesger. Entsch., Bd. XIX, S. 331 Erw. 3, Urteil vom 22. April 1893 i. S. Masse Déglon gegen Blum). Dagegen kann aus der Gegenüberstellung der Gesetzestexte über den Begriff der Miete und der Pacht und die Verpflichtungen des Mieters einerseits, des Pächters anderseits, nicht ohne weiteres gefolgert werden, daß eine Verpflichtung des Mieters, die zum Gebrauch überlassene Sache auch wirklich zu gebrauchen, schlechterdings ausgeschlossen sei. Klar, und auch weder vom Beklagten noch von der ersten Instanz bestritten, ist zunächst, daß eine derartige Vereinbarung ausdrücklich im Vertrag festgesetzt werden kann (vergl. einen solchen Fall in Handelsrechtl. Entscheid., Bd. 16, S. 164). Die Klägerin erblickt denn auch eine solche Vereinbarung in Ziffer 4 der „Besonderen Bestimmungen“ des Mietvertrages. Es kann ihr jedoch hierin nicht beigetreten werden. Aus dieser Vertragsbestimmung kann nicht eine spezielle Verpflichtung des Mieters, die Mietsache zu bewohnen, hergeleitet werden; vielmehr ist der Nachdruck (wie die erste Instanz richtig ausgeführt hat) auf das Wort sachgemäß zu legen. Alsdann aber liegt in dieser Bestimmung keine weitere Verpflichtung als die gesetzliche, in Art. 283 D.-R., ausgesprochene, wonach der Mieter „bei dem Gebrauche der gemieteten Sache mit der Sorgfalt eines sorgsamten Hausvaters zu verfahren“ hat. Auf diese Bestimmung ist nunmehr einzugehen.

4. Im allgemeinen ist bei Beurteilung der dem Mieter gegenüber dem Vermieter gesetzlich obliegenden Pflichten davon auszugehen, daß der Mietvertrag — wie übrigens im heutigen Rechte alle Verträge und Rechtsgeschäfte, die nicht streng formeller Natur sind — ein *contractus bonae fidei* ist, also von dem Grundsätze von Treu und Glauben im Verkehre beherrscht wird und nach diesem Grundsätze auszulegen ist. Die in Erwägung 3 in *sine* angeführte Bestimmung des Art. 283 D.-R. stellt sich als nichts anderes denn als eine Anwendung dieses allgemeinen, das

Vertragsrecht beherrschenden Grundsatzes dar. Die Verpflichtungen des Mieters erschöpfen sich danach von vornherein nicht in der in Art. 274 D.-R. speziell aufgestellten Pflicht zur Entrichtung des Mietzinses; diese Gesetzesbestimmung will nicht etwa die Pflichten des Mieters erschöpfend aufzählen, sondern sie gibt zunächst nur die Begriffsbestimmung des Mietvertrages und stellt die aus dieser Begriffsbestimmung notwendig entspringende Pflicht des Mieters auf; im übrigen regeln die Art. 283—288 die Pflichten des Mieters näher. Was vertragswidriger Gebrauch der Mietsache und Mißbrauch derselben (Art. 283 Abs. 2 D.-R.) ist, bestimmt sich in jedem Falle nach der Natur des betreffenden Mietvertrages und der betreffenden Mietsache. Was nun von diesen Gesichtspunkten aus die heute streitige Verpflichtung des Mieters, das Mietobjekt zu benutzen, betrifft, so ist allerdings im allgemeinen zu sagen, daß eine derartige Verpflichtung, die allgemeiner Art und für jeden Mietvertrag gültig wäre, nicht besteht; im allgemeinen stellt sich der Gebrauch der Mietsache durch den Mieter nur als Recht desselben, nicht als Pflicht dar. Dagegen kann es Verhältnisse geben, wo der Gebrauch der Mietsache zur Pflicht des Mieters wird. Das ist dann der Fall, wenn das Mietobjekt nur zu dem Zwecke, zu dem es vermietet ist, eingerichtet worden ist und nun der Nichtgebrauch eine Entwertung herbeiführt. Des Nähern liegt dieser Fall dann vor, wenn eine Sache zum Betriebe eines bestimmten gewerblichen oder industriellen Geschäftes vermietet worden ist, zu dem Zwecke, daß dieses Gewerbe ausgeübt werde. Fälle derartiger Vermietung grenzen enge an die Pacht (unter welche sie nach den Bestimmungen verschiedener Gesetze auch fallen würden); die Heranziehung der für die Pacht geltenden Grundsätze über die Bewirtschaftung des Mietobjektes liegt daher hier nahe. Das rechtliche Interesse des Vermieters erschöpft sich hier nicht im Bezuge des Mietzinses; vielmehr hat in dergleichen Fällen der Vermieter selber ein rechtliches Interesse daran, daß das betreffende Gewerbe vom Mieter auch wirklich bis zum Schlusse der Mietsache ausgeübt werde; denn ein zeitweiliges Leerstehen der für ein bestimmtes Gewerbe hergerichteten Lokalitäten setzt den Wert der letztern herab und verurteilt dem Vermieter auch im übrigen Schaden, bestehend in

schwierigerer Vermietbarkeit und eventuell in Kosten für Umbauten der Lokalitäten. In dergleichen Fällen hat der Mieter nach dem Grundsätze von Treu und Glauben auf dieses berechnete Interesse des Vermieters Rücksicht zu nehmen, und ist die Pflicht der tatsächlichen Benutzung der Mietsache als im Vertrage gewollt und mitenthaltend anzusehen. Diese Pflicht kann namentlich auch hergeleitet werden aus dem in Art. 283 Abs. 2 D.-R. enthaltenen Verbote der Zufügung von Schaden durch offenbaren Mißbrauch der Mietsache: unter Mißbrauch ist nicht nur der Mißbrauch, der der Substanz der Sache Schaden zufügt, zu verstehen, sondern jeder Mißbrauch, der ihren Wert verringert (vgl. auch Hafner, Kommentar, 2. Aufl., Art. 283 Anm. 4). Allerdings darf auf der andern Seite dieser Grundsatz von der Verpflichtung des Mieters zum Gebrauche der Sache nicht rigoros, mit aller Schärfe, durchgeführt werden; vielmehr haben hier die Grundsätze über vertragliches Verschulden Anwendung zu finden und ist im Einzelfalle die Verpflichtung beider Teile nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu bestimmen. (Vergl. über diese prinzipielle Frage: Janggen, Sachmiete, S. 90 f., Laurent, Principes, XXV, S. 283 und dort citierte; andere Fälle: Revue des Bundescivilrechts, IX, S. 85; Rechenschaftsbericht des Zürcher Obergerichts pro 1899, S. 67; Zeitschrift für französisches Civilrecht, Bd. XXVII, S. 21 f. [zu weitgehend]; Kohler in Iherings Jahrbuch für Dogmatik.) Der vorliegende Fall nun gehört zu denjenigen Fällen, in denen eine Mietsache zum Betriebe eines bestimmten Gewerbes vermietet worden ist; die Pflicht des Mieters (und Beklagten), die Mietsache bis zum Schlusse der Miete zu benutzen, ist also zu bejahen. Ebenso kann nicht bestritten werden, daß der Beklagte diese Pflicht schuldhaft verletzt hat.

5. Ist demnach der Bestand der von der Klägerin behaupteten Pflicht des Beklagten grundsätzlich anzuerkennen und ist deren schuldhafte Verletzung durch den Beklagten erwiesen, so fragt sich weiter, welches die Folgen dieser Verletzung seien, speziell ob daraus ein Schadenersatzanspruch der Klägerin (als Vermieterin) gegen den Beklagten (als Mieter) folge. Die analoge Anwendung des Art. 279 D.-R., wonach der Vermieter dann, wenn

der Mieter auch wegen eigener Verschuldung die Mietsache nicht benutzen kann, nur Anspruch auf die volle Gegenleistung hat, würde zur Abweisung des Schadenersatzanspruches führen. Allein es geht nicht an, den Fall des Nichtbenutzens öftners der Mietsache — wenn auch wegen Verschuldung des Mieters — dem Falle des Nichtbenutzenwollens gleichzustellen; beide Fälle sind ihrer innern Natur nach verschieden, auf einen verschiedenen inneren Willen des Mieters zurückzuführen. Der Fall des Nichtbenutzenwollens ist nach den allgemeinen Grundsätzen über die Nichterfüllung von Verträgen zu beurteilen und danach erscheint ein Schadenersatzanspruch des Vermieters als gegeben, wenn er Schaden erlitten hat, der mit dem vertragswidrigen Verhalten des Mieters in ursächlichem Zusammenhange steht.

6. Vorliegend ist nun nicht zu verkennen, daß die Klägerin in erster Linie, und hauptsächlich, Schaden erleidet durch die an sich durchaus erlaubte Konkurrenz, die der Beklagte ihr (resp. ihrem jetzigen Mieter) macht. Dagegen hat die Vorinstanz doch auch einen gewissen mit dem Vertragsbruche des Beklagten in Kausalzusammenhang stehenden Schaden angenommen, und es ist nicht ersichtlich, daß diese Annahme in tatsächlicher Beziehung aktenwidrig oder in rechtlicher Hinsicht irrtümlich sei. Die Klage ist daher grundsätzlich, und in quantitativer Beziehung in dem von der Vorinstanz gesprochenen Betrage gutzuheissen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und somit das Urteil der I. Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 8. Februar 1902 in allen Teilen bestätigt.