

ergibt sich hieraus die Anwendbarkeit der zehnjährigen Verjährungsfrist des Art. 127 OR, da das Gesetz, die Spezialverhältnisse des Art. 128 OR ausgenommen, eine andere Verjährungsfrist nicht kennt. Diese Lösung erscheint auch deshalb als geboten, weil es nicht recht verständlich wäre, weshalb der Gläubiger beim Rücktritt vom Vertrag in der Frage der Verjährung so viel schlechter gestellt sein sollte, als er es beim Anspruch auf Schadenersatz unter Verzicht auf die nachträgliche Erfüllung wäre.

5. — Da nun die Voraussetzung hinsichtlich des Anspruchs aus Art. 109 Abs. 2 OR, von der der Entscheid in BGE 60 S. 27 ausgeht, durchaus zutrifft, so ist auch gegen die dortigen weiteren Ausführungen, mit denen die Gleichbehandlung des Rückgabeanspruchs nach Abs. 1 begründet wird, nichts einzuwenden. Insbesondere entspricht die Ansicht, dass Absatz 1 nicht als Verweisung auf das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung, Art. 62 ff. OR, aufgefasst werden müsse, sondern ein selbständiger gesetzlicher Anspruch sei, den vom Bundesgericht in BGE 53 II S. 119 f. entwickelten Grundsätzen; hier wurde nämlich entschieden, dass der wechselrechtliche Bereicherungsanspruch nach Art. 813 OR zwar materiell eine *condictio sine causa* sei, aber als *actio ex lege* nicht der Verjährungsfrist des Art. 67 OR unterliege.

Der Einwand der Beklagten, dass mangels einer dem Art. 109 Abs. 1 OR entsprechenden Bestimmung beim einseitig onerosen Vertrag (*contractus bilateralis inæqualis*) und beim einseitigen Vertrag (*contractus unilateralis*) durch diese Auslegung des Gesetzes eine tiefgreifende Ungleichheit bewirkt werde, geht fehl. Denn bei den von der Beklagten herangezogenen Vertragstypen besteht ja kein gesetzliches Rücktrittsrecht aus dem Verzug des Schuldners, sondern nur ein Erfüllungsanspruch des Gläubigers, der sich unter Umständen in einen Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung auflösen kann (OSER-SCHÖNENBERGER Anm. 6 zu Art. 107 OR). Dass ein vertraglich vereinbartes Rücktrittsrecht auch in diesen Fällen

vertragliche Ansprüche zur Entstehung brächte, versteht sich von selbst. Eine ganz andere Frage ist dagegen, welche Ansprüche sich aus dem Dahinfallen eines Vertrages zufolge Bedingung oder Befristung ergäben, die die Beklagte offenbar im Auge hat; diese wären dieselben für den einseitigen und den einseitig-onerosen Vertrag, wie für den zweiseitigen, da es sich ja nicht um Ansprüche aus dem gesetzlichen Rücktrittsrecht nach Art. 107 und 109 OR handeln würde.

Nicht stichhaltig ist auch der Einwand der Beklagten, wenn der Rückgabeanspruch nach Abs. 1 nicht als Bereicherungsanspruch betrachtet werde, so käme dies der vollständigen Ausschaltung des Hauptfalls der Bereicherung, nämlich der *condictio ob causam finitam*, gleich; denn in allen Fällen des nachträglichen Dahinfallens eines Vertrages, eben mit Ausnahme des Sonderfalles des Rücktritts vom zweiseitigen Vertrag nach Art. 107 OR, kämen die Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung zur Anwendung.

Da schliesslich auch von einer illoyalen Hinauszögerung der Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs nicht die Rede sein kann, so ist die Einrede der Verjährung abzuweisen.

59. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. Oktober 1935

i. S. Rogenmoser gegen Tiefengrund A.-G.

Berechnung des Schadenersatzes wegen vorzeitiger Kündigung des Mietvertrages aus wichtigen Gründen; OR Art. 269.

Der Vermieter hat kein Retentionsrecht für die Schadenersatzforderung nach Art. 269.

Aus dem Tatbestand:

A. — Der Kläger Rogenmoser hatte im Mai 1929 von der Beklagten, Tiefengrund A.-G., im neuen Börsengebäude

in Zürich verschiedene Räumlichkeiten zum Betrieb einer Gastwirtschaft für die Dauer von 15 Jahren gemietet; der Mietzins betrug anfänglich 150,000 Fr. pro Jahr und sollte bis zuletzt auf 198,000 Fr. ansteigen.

Schon bald nach Aufnahme des Betriebes versuchte der Mieter wegen der Ungunst der Zeiten vom Vertrage loszukommen. Eine auf die *clausula rebus sic stantibus* sich stützende Klage wurde jedoch sowohl vom Handelsgericht Zürich, wie auch vom Bundesgericht abgewiesen (BGE 59 II S. 372 ff.). Schon vor dem Entscheid des Bundesgerichtes kündigte Rogenmoser am 14. März 1933 den Vertrag aus wichtigen Gründen nach Art. 269 OR auf den 30. Juni 1933 und erhob Klage auf Gutheissung dieser Kündigung; während das Handelsgericht des Kantons Zürich auch diese Klage abwies, schützte sie das Bundesgericht mit Urteil vom 29. Mai grundsätzlich und wies die Sache an die Vorinstanz zurück zur Festsetzung der von Rogenmoser zu bezahlenden Entschädigung nach Art. 269 OR (BGE 60 II 205 ff.).

Beim Auszug Rogenmosers hatte die Beklagte die von ihm eingebrachten Sachen mit Retention belegen lassen.

Am 5. Oktober 1934 vermietete die Beklagte die vorher vom Kläger gemieteten Räumlichkeiten samt Grossinventar an einen gewissen C. Tschan für die Dauer von 5 Jahren und zu einem jährlichen Mietzins von 10 % des Umsatzes, mindestens aber 80,000 Fr., zuzüglich 4000 Fr. für die Wohnung.

B. — Mit Urteil vom 22. März 1935 hat das Handelsgericht Zürich die Ersatzforderung der Beklagten wegen vorzeitiger Kündigung nach Art. 269 OR gemäss dem Begehren der Beklagten auf 400,000 Fr. festgesetzt und der Beklagten für einen Teilbetrag von 162,330 Fr. nebst Retentionskosten das Retentionsrecht nach Art. 272 OR zuerkannt.

C. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen, die der Beklagten

zukommende Entschädigung sei auf einen Halbjahreszins von 76,000 Fr. festzusetzen, und es sei festzustellen, dass der Beklagten kein Retentionsrecht zustehe.

D. — An der heutigen Berufungsverhandlung hat der Kläger seine Berufungsanträge wiederholt. Die Beklagte hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides angetragen.

E. — Das Bundesgericht hat in teilweiser Gutheissung der Berufung die Entschädigung nach Art. 269 OR auf 200,000 Fr. herabgesetzt und das Bestehen eines Retentionsrechtes der Beklagten verneint.

Aus den Erwägungen :

3. a) Art. 269 OR verpflichtet die Vertragspartei, die aus wichtigen Gründen den Mietvertrag aufhebt, dem andern Teil « vollen Ersatz » zu leisten. Damit ist, wie auch die Vorinstanz an sich richtig annimmt, zum Ausdruck gebracht, dass der Gegenkontrahent des Zurücktretenden auf das positive Vertragsinteresse im Sinn von Art. 97 ff. OR Anspruch hat. Bei der Berechnung der Ersatzforderung ist daher, wie bereits im Vorentscheid vom 29. Mai 1934 ausgeführt wurde, nach den Bestimmungen des Art. 99 OR bzw. der Art. 43 und 44 OR, auf die jener inhaltlich verweist, zu verfahren; das kann unter Umständen zur Folge haben, dass die Ersatzleistung des Zurücktretenden weit hinter dem tatsächlichen Schaden des andern Vertragsteils zurückbleibt. Dass dies der Sinn von Art. 269 OR ist und dass unter « voller Ersatz » nicht etwa ein Betrag zu verstehen ist, der dem vollen Mietzins für die ursprünglich vorgesehene Vertragsdauer gleichkommt, ergibt sich ohne weiteres aus der Überlegung, dass der Vertragsteil, der sich unter Berufung auf einen wichtigen Grund vom Vertrage lossagen darf, nicht schlechter gestellt sein kann, als er es wäre, wenn er den Vertrag kurzerhand gebrochen hätte (BGE 46 II S. 173; BECKER Anm. 8 zu Art. 269). Gegenteils müssen die Momente, die sogar bei einem Vertragsbruch eine Ermässigung der

Ersatzpflicht herbeizuführen vermögen, beim Rücktritt aus wichtigem Grunde in einem noch weitergehenden Masse berücksichtigt werden. Denn hätte das Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht eine gewisse Besserstellung gegenüber dem Falle des Vertragsbruches zur Folge, so wäre nicht einzusehen, weshalb diese besondere Möglichkeit der Vertragsauflösung überhaupt vorgesehen worden ist. Muss diese Überlegung schon dort angestellt werden, wo der wichtige Grund beispielsweise in der Versetzung eines Beamten an einen andern Dienstort und damit verbundener Notwendigkeit des Wohnsitzwechsels liegt (OSER-SCHÖNENBERGER Anm. 10 zu Art. 269 OR), so drängt sie sich in ganz besonderem Masse auf, wenn der wichtige Grund, wie hier, darin liegt, dass zufolge einer in diesem Umfang nicht voraussehbaren Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse der vertraglich festgelegte Mietzins für den Mieter zu einer unerträglichen Belastung wird; denn es ist klar, dass es für den Mieter schliesslich auf das gleiche herauskommt, ob er durch die Nichterfüllung des Vertrages ruiniert wird, oder aber durch die Leistung eines Schadenersatzes wegen Rücktrittes aus wichtigem Grunde. Soll der Rechtsbehelf aus Art. 269 daher für den Mieter überhaupt irgend einen Wert haben, so muss sich das Vorliegen eines wichtigen Grundes bei der Berechnung des Schadenersatzes im Sinne einer Herabsetzung auswirken. Dass nämlich die Begünstigung des Mieters, die Art. 269 OR bezweckt, lediglich in der Befreiung der Pflicht zur persönlichen Ausdienstung des Vertrages liegen soll, wie die Vorinstanz meint, kommt wohl nicht ernsthaft in Frage; von dieser Pflicht kann sich ja der Mieter durch den Vertragsbruch ebenfalls befreien.

b) Das Ausmass der Reduktion hat der Richter in Würdigung der sämtlichen in Betracht fallenden Momente nach pflichtgemäsem Ermessen zu bestimmen. Gebunden ist er dabei lediglich in der Art der Schadensberechnung: Er hat gemäss der Anweisung des Gesetzes das positive

Vertragsinteresse nach den besonderen, hiefür geltenden Grundsätzen zu berechnen. Von dem hieraus sich innert der Grenzen des adäquaten Kausalzusammenhanges ergebenden Gesamtschaden, der das Maximum dessen darstellt, was der Vermieter in dem für ihn günstigsten Falle überhaupt beanspruchen könnte, sind dann die durch die Umstände gebotenen Abstriche vorzunehmen.

c) In Anwendung der vorstehenden Grundsätze ist daher mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die Beklagte nach Abzug des vom neuen Mieter Tschan bezahlten Mietzinses von rund 84,000 Fr. jährlich einen Mietzinsausfall von über 100,000 Fr. erleidet, sodass sich zufolge der Verkürzung der Vertragsdauer um 11 Jahre ein Gesamtschaden von 1,100,000 Fr. ergibt. Es hat nun aber eine Herabsetzung der Ersatzpflicht einzutreten in erster Linie mit Rücksicht darauf, dass dem Kläger kein schweres Verschulden zur Last fällt, wenn er die wirtschaftliche Entwicklung zu optimistisch einschätzte und sich dadurch zur Eingehung eines Vertrages verleiten liess, der ihn in ganz ungewöhnlichem Ausmasse belastete. Sodann ist auch dieser letztere Umstand als solcher, der auch der Beklagten von Anfang an erkennbar sein musste, als Herabsetzungsgrund zu bewerten. Überdies muss sich die Beklagte entgegenhalten lassen, dass sie durch ihr starres Festhalten am Vertrag und die Weigerung, dem Kläger durch eine vernünftige Anpassung des Mietzinses an die gegebenen Verhältnisse auch nur einigermaßen entgegenzukommen, erheblich dazu beigetragen hat, dass ein Schaden in dieser Höhe entstehen konnte. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist weiter zu berücksichtigen, dass der Kläger in eine Notlage versetzt würde, wenn er zur Leistung auch nur des von der Vorinstanz zugesprochenen Betrages von 400,000 Fr. verpflichtet würde. Schliesslich ist eine Reduktion noch geboten aus den weiteren, von der Vorinstanz ebenfalls angeführten Gründen des Diskontes für die sofortige Fälligkeit eines sonst erst

im Laufe der Jahre ratenweise fällig werdenden Anspruches, sowie der Möglichkeit der Verwertung eines Teiles der Lokalitäten für andere Zwecke.

Bei richtiger Würdigung aller dieser Momente ergibt sich, dass die von der Beklagten selber vorgenommene und von der Vorinstanz als ausreichend betrachtete Reduktion der Ersatzsumme auf 400,000 Fr. den Verhältnissen nicht genügend Rechnung trägt; andererseits würde die vom Kläger beantragte Herabsetzung des Ersatzes auf das gesetzliche Minimum eines Halbjahreszinses zu weit gehen, da diese Massnahme nur bei weit überwiegendem Verschulden der Beklagten in Frage kommen könnte. Die Ersatzsumme ist daher ex aequo et bono auf 200,000 Fr. anzusetzen.

4. — Für die Beantwortung der weiteren Frage, ob die Beklagte für ihre Ersatzforderung aus Art. 269 OR ein Retentionsrecht nach Art. 272 OR beanspruchen könne, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass dieses Retentionsrecht trotz der Gleichheit des Namens von dem allgemeinen sachenrechtlichen Retentionsrecht grundverschieden ist, dies schon im Hinblick auf die ihm unterliegenden Objekte: Während das allgemeine Retentionsrecht solche Sachen beschlägt, die sich im Besitze des Gläubigers befinden, unterliegen dem Retentionsrecht des Vermieters Sachen, die sich im Besitze seines Schuldners, des Mieters befinden. Daraus ergibt sich der Charakter des allgemeinen, im Sachenrecht geregelten Retentionsrechtes als eines eigentlichen Zurückbehaltungsrechtes im Sinn einer exceptio doli, ähnlich der Einrede aus Art. 82 OR, also aus einem durch das ganze Verkehrsrecht sich hinziehenden allgemeinen Rechtsprinzip. Vom Retentionsrecht des Vermieters dagegen kann dies nicht gesagt werden; diesem kommt vielmehr rein accessorische Natur zu; es ist ein der Hauptforderung angegliedertes, diese verstärkendes, einem Pfandrecht ähnliches Nebenrecht. Es wird denn auch in verschiedenen Gesetzgebungen geradezu Pfandrecht genannt, so in BGB § 559, sowie im Privatrechtlichen Gesetzbuch des Kantons Zürich, § 1506. Dieses Sicherungsrecht, das

nach GIERKE, Deutsches Privatrecht III S. 536, römisch-rechtlichen Ursprungs ist, ist in das gemeine Recht übergegangen, wobei jedoch die einzelnen Rechtsordnungen in dessen Ausgestaltung voneinander abweichen. In Anlehnung an das gemeine Recht wollten die Entwürfe zum alten OR dem Vermieter ein Pfandrecht « für seine aus dem Mietverhältnis entspringenden Forderungen » gewähren, und die nationalrätliche Kommission beantragte, es sei das Retentionsrecht ausdrücklich neben dem Mietzins auch auf accessorische Forderungen wegen Beschädigungen der Mietsache etc. auszudehnen (Bundesblatt 1881 I S. 177). Im Gesetz (Art. 294 aOR) wurden dann aber lediglich die Mietzinsen erwähnt. Diesem Abweichen von der Formulierung der Entwürfe und der Ablehnung des Kommissionsantrages muss nun doch wohl die Absicht des Gesetzgebers entnommen werden, das Retentionsrecht auf die Mietzinse zu beschränken. So bemerkt denn auch HAFNER in seinem Kommentar (Anm. 3 zu aOR Art. 294): « Das Retentionsrecht steht dem Vermieter nur für den Mietzins zu, nicht wegen irgendwelcher Entschädigungen..., auch nicht wegen der Entschädigung aus Art. 292 » (der dem heutigen Art. 269 entspricht). Entsprechend dem klaren und deutlichen Wortlaut des Gesetzes nehmen auch die Kommentare zum geltenden Recht denselben Standpunkt ein: OSER SCHÖNENBERGER, Anm. 19, und BECKER, Anm. 12 zu Art. 272 OR, sowie ROSSEL, Manuel p. 328. Auch die Interpretation des Art. 272 OR ergibt keinen andern Sinn, als dessen Wortlaut. Wenn das Retentionsrecht für einen verfallenen Jahreszins und den laufenden Halbjahreszins gewährt wird, so besagt dies nach der Auslegungsregel des Schlusses per argumentum e contrario, dass der Vermieter sein Retentionsrecht für keinerlei andere Ansprüche geltendmachen könne, als für die in diesem Artikel bezeichneten Mietzinsforderungen. Das Gesetz regelt also die Frage des Retentionsrechtes vollständig, sowohl positiv, wie negativ. Eine Lücke ist in der Regelung, die das Gesetz dem Richter darbietet, entgegen der Ansicht

der Vorinstanz, nicht vorhanden. Von einer solchen könnte nur gesprochen werden, wenn man angesichts der Bestimmung, der Vermieter habe ein Retentionsrecht für einen verfallenen Jahreszins und den laufenden Halbjahreszins, nicht wüsste, wie es mit andern Forderungen des Vermieters zu halten sei, was jedoch nicht der Fall ist.

Besteht aber eine Gesetzeslücke im Sinne von Art. 1 ZGB nicht, so fehlt dem Richter auch die Möglichkeit, gemäss Abs. 2 dieses Artikels die Rechtsnorm, nach welcher die Entscheidung zu treffen ist, frei nach seinem Rechtsempfinden zu bilden; denn die Rechtsnorm ist ja im Gesetz enthalten, und sie nicht anzuwenden, wäre Willkür. Diesem Vorwurf liesse sich nicht ausweichen mit dem Hinweis darauf, dass das Gesetz richtigerweise anders lauten sollte.

Ein Retentionsrecht der Beklagten ist daher, soweit es für die Entschädigungsforderung aus Art. 269 OR verlangt wird, zu verneinen. Damit entfällt auch ohne weiteres das auf Vergütung der Retentionskosten gerichtete Begehren.

III. PROZESSRECHT

PROCÉDURE

60. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 24. September 1935 i. S. Gebr. Tüscher & Cie gegen Arquint.

Unter «Tatsachen» versteht Art. 192 Ziff. 1 lit. c BZP nur den zur Beurteilung verstellten Tatbestand, also nicht auch Umstände, welche die Beweiskraft von Beweismitteln betreffen (in casu einer Expertise).

A. — Durch Urteil vom 20. Februar 1935 (teilweise publiziert in BGE 61 II 138 ff.) hat das Bundesgericht die von Gebr. Tüscher & C^{ie} gegen Hans Arquint eingereichte Klage auf Nichtigerklärung des Patentes Nr. 125,848 in

Aufhebung des Urteiles des bernischen Handelsgerichtes abgewiesen. Das Bundesgericht hat dabei auf die vom Handelsgericht bei Prof. Wiesinger in Zürich eingeholte Expertise abgestellt.

B. — Durch Eingabe vom 27. Juni 1935 hat die Klägerin um Revision des ihr am 29. Mai zugestellten bundesgerichtlichen Urteils ersucht.

Aus den Erwägungen :

1. — Die Revisionsklägerin sucht in weitläufiger Darlegung und unter Zuhilfenahme neuer Aktenstücke zu beweisen, der Experte Professor Wiesinger sei nicht, wie das Bundesgericht angenommen habe, eine anerkannte Autorität für die Beurteilung der streitigen technischen Fragen, einerseits auf dem Gebiet des Wagenkastenbaus, anderseits auf dem Gebiet der Materiallehre. Beides sei eine irrtümliche Annahme.

Es handelt sich also bei diesem Revisionsgrund um die *Eignung* des gerichtlichen Experten. Darnach fragt sich, ob die in der Revisionsschrift behauptete Nichtqualifikation des Experten als «in den Akten liegende Tatsache» im Sinne des Art. 192 Ziff. 1 lit. c BZP angesprochen werden könne. Das ist zu verneinen; denn diese Bestimmung bezieht sich auf den *Tatbestand*, der zur Beurteilung verstellt wurde. Die ordnungsgemässe Rücksichtnahme auf den Prozesstoff ist es, die das Gesetz damit gewährleisten will (neben der ordnungsgemässen Rücksichtnahme auf die Rechtsbegehren nach lit. d und auf besondere Prozessvorschriften nach lit. a und b von Art. 192 Ziff. 1). Zum Tatbestand der causa gehört aber ohne Zweifel nicht die mehr oder minder vollkommene Fachkenntnis des Richters und infolgedessen auch nicht die Qualität («Autorität» etc.) des Experten, als einer Hilfsperson, deren sich der Richter zur Ergänzung seines eigenen Rüstzeuges bedient.

Somit kann die Frage, welche Autorität das Bundesgericht dem Experten Prof. Wiesinger beigemessen hat,