

Wort « abgegraben » gedeckt waren. Jedenfalls bedurfte der nachfolgende Artikel (nun 707) keiner solchen Ergänzung, da er gerade die Möglichkeit einer Wiederherstellung voraussetzt. Ist aber diese Möglichkeit gegeben, so kann die Wiederherstellung des unentbehrlichen Brunnenzuflusses verlangt werden, durch welche Vorkehren auch immer, und gleichgültig ob ganz oder nur teilweise, der Zufluss beeinträchtigt worden ist. Die französische Fassung jener Ergänzung (« même partiellement ») ist irreführend. Es kann keine Rede davon sein, dass teilweises Abgraben nur zu Schadenersatz und nicht, wenn dadurch unentbehrliches Wasser entzogen wird, zu Wiederherstellung verpflichtet.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Thurgau vom 2. September 1937 bestätigt.

IV. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

72. Anzug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 16. September 1937 i. S. Kunst & Spiegel A.-G. gegen Basler Lebensversicherungsgesellschaft.

Miete, Retentionsrecht.

1. Rechtszustand nach Auflösung des Mietvertrages, wenn der Vermieter dem Mieter die Sache auf Zusehen hin weiter zum Gebrauch überlässt oder der Mieter eigenmächtig darin verbleibt. Anspruch des Vermieters auf eine dem Mietzins entsprechende Vergütung. Erw. 1-3.
2. Retentionsrecht des Vermieters für solche mietzinsähnliche (im Gegensatz zu Schadenersatz-) Forderungen.

Entstehungsgeschichte (Erw. 8) und Tragweite (Erw. 9) von Art. 272 OR.

3. Zu den retentionsgeschützten Forderungen gehört auch die Forderung des Vermieters für Heizung. Erw. 10.
4. Retentionsrecht für Betriebs- und Retentionskosten. Erw. 11.

A. — Die Klägerin hatte der Beklagten im Hause Bahnhofstrasse 70 in Zürich verschiedene Räumlichkeiten vermietet. Vom 1. Juli 1933 an blieb die Mieterin mit der Zahlung der Mietzinse im Rückstand. Sie wurde deshalb zu verschiedenen Malen betrieben. Gleichzeitig wurden Retentionsverzeichnisse aufgenommen und Fristen gemäss Art. 265 OR angesetzt. Am 23. März 1934 verlangte die Vermieterin die Ausweisung der säumigen Mieterin, worauf diese Ende April 1934 die Mietsache verliess.

B. — Die Klägerin fordert heute von der Beklagten an Mietzins für die Zeit vom 1. Juli 1933 bis 30. April 1934, für Heizungs- sowie für Betriebs- und Retentionskosten, ferner als Schadenersatz wegen vorzeitiger Vertragsauflösung insgesamt Fr. 32,205.40. An diese Forderung anerkennt die Beklagte einen Betrag von Fr. 24,000.—. Die verbleibenden Fr. 8205.40, abgerundet auf Fr. 8000.—, bilden Gegenstand des zweiten Rechtsbegehrens der heute zu beurteilenden Klage. In einem ersten Rechtsbegehren wird die Feststellung angebeht, dass die Retention in den Betreibungen Nr. 5188, 5189 und 5190 des Betriebsamtes Zürich 1 zu Recht bestehe.

C. — Die Klage ist von beiden kantonalen Instanzen im vollen Umfange gutgeheissen worden, vom Bezirksgericht Zürich am 8. Juli 1936 und vom Obergericht Zürich am 15. Januar 1937.

D. — Die Beklagte verlangt auf dem Berufungsweg Aufhebung des obergerichtlichen Urteils und völlige Abweisung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Der Mietvertrag der Parteien ist am 1. Oktober 1925 in Kraft getreten. Er konnte nach den vertraglichen Abreden ordentlichweise, unter Einhaltung einer Kün-

digungsfrist von zwölf Monaten, erstmals auf den 30. September 1935 aufgehoben werden. Im Jahre 1933 war mithin die Beklagte mit einer vor Ablauf der Mietzeit fälligen Zinszahlung im Rückstand. Unter diesen Umständen durfte die Vermieterin der Mieterin nach Art. 265 OR eine Frist von dreissig Tagen ansetzen, unter der Androhung, dass der Mietvertrag mit deren Ablauf aufgelöst sei, sofern nicht innerhalb dieser Frist der rückständige Mietzins bezahlt werde.

Von dieser Befugnis hat die Klägerin erstmals durch Zahlungsbefehl vom 31. Oktober 1933 Gebrauch gemacht. Da die dreissigtägige Frist unbenutzt verstrich, wurde die Kündigung ohne weiteres auf den 1. Dezember 1933 wirksam und demzufolge der Vertrag auf diesen Zeitpunkt ipso jure aufgehoben. Die Klägerin liess indessen die Beklagte nicht ausweisen. Vielmehr wurde das Mietverhältnis tatsächlich fortgesetzt. Damit lebte aber nicht etwa der frühere Vertrag wieder auf. Denn eine Kündigung kann rechtswirksam nur vor Eintritt des Auflösungszeitpunktes widerrufen werden (vgl. HERSCHSOHN, Die Kündigung im schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 1925, S. 60), und ein solcher Tatbestand ist hier nicht nachgewiesen. Dagegen konnten die Parteien natürlich stillschweigend einen neuen, inhaltlich mit dem aufgelösten übereinstimmenden Vertrag schliessen. Das haben sie in Wirklichkeit auch getan. Wäre es anders, so hätte die Klägerin angesichts des neuen Zahlungsverzuges der Beklagten im Januar 1934 nicht neuerdings eine Frist ansetzen lassen. Und die Beklagte ihrerseits hätte kaum bis zum Ablauf der neuen Frist eine Mietzinsschuld anerkannt.

2. — Im Januar 1934 war, nachdem die Beklagte auch den Ende Dezember 1933 fälligen Mietzins nicht bezahlt hatte, die rechtliche Situation wiederum die nämliche wie im Herbst des Vorjahres. Die Beklagte war neuerdings mit einer vor Ablauf der Mietzeit fälligen Zinszahlung im Rückstand, woraus der Klägerin das Recht erwuchs, ein

zweites Mal nach Art. 265 OR vorzugehen. Wiederum betrieb sie, unter Ansetzung einer dreissigtägigen Frist, mit der Androhung, dass im Falle Nichtzahlens der Mietvertrag mit deren Ablauf (12. Februar 1934) aufgelöst sei.

Auch dieses Mal liess es die Klägerin zunächst bei der Vertragsauflösung sein Bewenden haben, von einer sofortigen Ausweisung Umgang nehmend. Auch hier kann indessen aus den in Ziffer 1 hiervor angeführten Gründen nicht angenommen werden, dass damit der frühere, am 12. Februar 1934 endgültig aufgelöste Vertrag wieder aufgelebt hätte. Dagegen könnte man vielleicht mit der Vorinstanz versucht sein, auch in diesem Falle anzunehmen, dass zwischen den Parteien nach dem 12. Februar 1934 ein neuer Vertrag abgeschlossen worden sei. Allein in Wirklichkeit lagen die Verhältnisse zu Beginn des Jahres 1934 entscheidend anders als im Herbst 1933.

Ein Mietvertrag im Sinne der Art. 253 ff. OR liegt nur vor, wenn sich der Vermieter verpflichtet hat, dem Mieter den Gebrauch der Sache zu überlassen. Die Parteien sind nun aber darüber einig, dass nach dem 12. Februar 1934 die Mieterin nur noch auf Zusehen hin in den Mieträumlichkeiten bleiben durfte, d. h. dort nur noch geduldet war. Die Beklagte hat dieser Auffassung dadurch Ausdruck verliehen, dass sie sich von Anfang an auf den Boden stellte, vom 12. Februar 1934 an habe kein Vertragsverhältnis mehr bestanden. Und die Klägerin ihrerseits knüpft ebenfalls an eine endgültige Vertragsauflösung vom 12. Februar 1934 an, wenn sie von da an jederzeit ohne weiteres ein Recht auf Exmittierung gehabt zu haben behauptet. Sie hat dieses Recht dann am 23. März 1934 ja auch tatsächlich ausgeübt.

Ist dergestalt für die Zeit nach dem 12. Februar 1934 zwar wohl ein eigentlicher Mietvertrag zu verneinen, so muss dann doch immerhin wenigstens ein mietvertragsähnliches Verhältnis angenommen werden. Denn die Mieterin blieb auch nach diesem Zeitpunkt im vollen Genuss

der Mietsache. Der ehemalige Vermieter, der nach einer Vertragsauflösung dem Mietzinsschuldner gegenüber Nachsicht an den Tag legt und ihn vorübergehend noch in den Mieträumen duldet, hat in der Tat ein rechtsschutzwürdiges Interesse daran, dass seine Rechtsstellung gegenüber dem vertraglichen Zustand nicht verschlechtert werde. Dies gilt allerdings nur unter der Voraussetzung, dass er den Schwebezustand nicht ungebührlich ausdehnt und so dem Platzgreifen von Rechtsunsicherheit Vorschub leistet. Auch darf ein ehemaliger Vermieter nicht etwa auf diesem Wege auf Kosten des früheren Mieters spekulieren wollen. Weder das eine noch das andere ist indessen im vorliegenden Falle geschehen.

Unter diesen Umständen darf die Klägerin jedenfalls für die Zeit vom 12. Februar bis zum 23. März 1934 nicht auf eine bloss e Schadenersatzforderung angewiesen werden, die an ihre Beweispflicht strengere Anforderungen stellen würde. Vielmehr ist ihr eine dem Vertragszustand entsprechende eigentliche Mietzinsforderung zuzubilligen (vgl. in diesem Sinne auch JANGGEN, Darstellung und Kritik der Bestimmungen des schweizerischen OR über die Sachmiete, vom schweizerischen Juristenverein preisgekrönte Schrift, S. 17 f.). Bei dieser Stellungnahme ist die von der Beklagten erhobene Aktenwidrigkeitsrüge, die sich auf die Frage der Fortsetzung des bisherigen bzw. der Eingehung eines neuen Vertragsverhältnisses bezieht, gegenstandslos.

3. — Durch das Ausweisungsbegehren vom 23. März 1934 hatte die Klägerin in unmissverständlicher Weise zum Ausdruck gebracht, dass sie die Beklagte von nun an nicht mehr in den Mieträumen dulden wolle. Für den ehemaligen Mieter folgte daher auf die Zeit des Geduldetseins (12. Februar bis 23. März 1934) eine solche des eigenmächtigen Verbleibens. Für sie drängt sich in noch höherem Masse als für jene ein wirksamer Schutz der Rechtsstellung des ehemaligen Vermieters auf. In andern Rechtsordnungen hat diese Einsicht dazu geführt, dass

dem Vermieter, dem der Mieter die gemietete Sache nach der Beendigung des Mietverhältnisses nicht zurückgibt, für die Dauer der Vorenthaltung ausdrücklich das Recht eingeräumt wird, als Entschädigung den vereinbarten Mietzins zu verlangen (vgl. etwa § 557 des deutschen BGB). Wenn auch in der Schweiz eine solche ausdrückliche Bestimmung fehlt, so muss indessen doch gleich entschieden werden. Denn wenn sich ein ehemaliger Mieter in dieser Weise renitent verhält, so versetzt er den frühern Vermieter zwangsmässig auch weiterhin in die tatsächliche Stellung eines Vermieters. Es wäre daher eine durch nichts gerechtfertigte Unbilligkeit, denjenigen, der auf dies Weise gegen seinen Willen eine Sache zur Verfügung stellen muss, schlechter zu stellen als einen Vermieter. Insbesondere wäre es stossend, ihm anstatt einer eigentlichen Mietzinsforderung eine bloss e Schadenersatzforderung einzuräumen und ihm damit einen unter Umständen nur schwer zu erbringenden Schadensbeweis zu überbinden. Proportional zu dem früher bezahlten Zins hat daher die Klägerin auch für die Zeit vom 23. März 1934 bis Ende April 1934 eine Mietzinsforderung. Allerdings scheint die Klägerin schon am 10. April 1934 mit Umbauarbeiten am Mietobjekt begonnen zu haben. Die Beklagte hat es indessen unterlassen, darzutun, inwiefern sie dadurch im Gebrauch der Sache wesentlich beeinträchtigt worden wäre.

(Es folgen Erwäg. 4-7, in denen die Ansprüche der Klägerin auf Bezahlung der Heizungskosten, der Betriebs- und Retentionskosten sowie auf Schadenersatz wegen vorzeitiger Vertragsauflösung begründet erklärt werden.)

8. — Die meisten Rechte gewähren dem Vermieter für gewisse Ansprüche gegen den Mieter ein Retentionsrecht, bzw. ein Pfandrecht. Der Kreis der dergestalt sichergestellten Forderungen ist verschieden. Die eine Gruppe von Rechten beschränkt die Sicherung durch Retentions- oder Pfandrecht auf Mietzinsforderungen (so das ältere römische Recht, zahlreiche frühere kantonale Privatrechte,

wie namentlich: das zürcherische — Art. 898 und 1506 —, das bernische — Art. 840 f. —, das aargauische — Art. 691 —, und das luzernische — Art. 639 —, sowie Art. 1101 des österreich. BGB). Andere Rechte dagegen räumen ein Retentionsrecht, bzw. ein Pfandrecht grundsätzlich auch für andere aus einem Mietverhältnis entspringende Forderungen des Vermieters ein (hierher gehören insbesondere: das spätere — klassische — römische Recht, das gemeine Recht, Art. 559 des deutschen BGB und zahlreiche romanische Rechte, vorab Art. 2102 cc fr.).

Auch die Entwürfe zu einem schweizerischen OR gewährten zunächst ein Retentionsrecht allgemein für die dem Vermieter aus dem Mietverhältnis entspringenden Forderungen (vgl. namentlich Art. 312 des bundesrätlichen Entwurfes, der auch noch der Botschaft vom 27. November 1879 zu Grunde lag).

In der Sitzung der nationalrätlichen Kommission vom 25. August 1880 wurde dann die Anregung gemacht, das Retentionsrecht des Vermieters auf den rückständigen Mietzins von höchstens zwei Jahren, sowie denjenigen des laufenden Jahres einzuschränken. Und es kam zu folgendem Beschluss: « Il est décidé que le bailleur sera privilégié pour les arrérages de l'année échue et de l'année courante (die im letzten Jahre verfallenen und im laufenden Jahre verfallenden). » Alsdann wurde noch verfügt: « L'article est renvoyé à la Commission de Rédaction pour être rédigé dans ce sens ». Obschon das leider nur summarische Protokoll dieser nationalrätlichen Kommission darüber keinen nähern Aufschluss gibt, muss nach dem Zusammenhang, in dem diese Anregungen gemacht wurden, angenommen werden, dass die Kommission mit ihrem Beschluss nicht etwa andere als Mietzinsforderungen vom Retentionsrecht ausschliessen wollte; vielmehr lag ihr daran, die retentionsrechtsgeschützte Forderung zeitlich zu begrenzen. Dass dem so ist, erhellt auch aus folgendem.

Die Redaktionskommission scheint dem ihr erteilten Auftrag einer Neuredaktion des Art. 312 E nie nachge-

kommen zu sein. Dafür beschloss die nationalrätliche Kommission im Herbst 1880, es sei Art. 312 E « behufs genauerer Umschreibung des Umfangs und der Wirkungen des dem Vermieter zustehenden Retentionsrechtes an den Bundesrat zurückzuweisen ». Auch hier war keine Rede davon, etwa andere als reine Mietzinsforderungen vom Retentionsrecht auszuschliessen. Ganz im Gegenteil wurde ausdrücklich bemerkt: « Die Kommission hat daher beschlossen, dem Vermieter das Retentionsrecht mit den Wirkungen eines Pfandrechtes sowohl ausser als in dem Konkurse des Mieters nur für einen verfallenen und den laufenden Jahreszins, nebst den accessorischen Forderungen wegen Beschädigungen des Mietgegenstandes usw., zu gewähren ». Es wurde beigefügt: « Ob diese Beschränkung, z. B. für den Fall, wo der Mieter nach Bezahlung des laufenden Jahreszinses, aber vor dem Auslaufe der Mietzeit wegziehen würde, nicht allzu eng sei, wäre indessen noch zu erwägen ». Leitmotiv beim ganzen Vorgehen der nationalrätlichen Kommission war demnach keineswegs eine Einschränkung der Rechte des Vermieters. Vielmehr sollte in erster Linie im Interesse des Vermieters klar gestellt werden, dass Art. 240 des damaligen Entwurfes, der sich allgemein mit dem Retentionsrecht befasste, es indessen nur für fällige Forderungen gewährte, auf das Retentionsrecht des Vermieters nicht anwendbar sei, « weil sonst der Mieter vor dem Eintritte des Zinstermins mit seinem gesamten Mobiliar unbehelligt ausziehen könnte ». Andererseits hielt man es dann allerdings für nötig, eine gewisse Abgrenzung vorzunehmen, aus formeller Erwägung heraus: « Wenn der Vermieter sein Retentionsrecht für alle, selbst noch nicht verfallenen Mietzinse geltend machen dürfte, so könnten die Rechte der übrigen Gläubiger des Mieters allzu sehr beeinträchtigt werden ».

Etwas anderes wurde aber durch die Einschränkung nicht bezweckt. Zusammenfassend ist also zu sagen, dass die nationalrätliche Kommission einzig darauf ausging,

die retentionsgeschützten Mietzinsforderungen zeitlich zu begrenzen, während es ihr fern lag, andere als reine Mietzinsforderungen vom Retentionsrecht auszuschliessen (vgl. den Bericht der nationalrätlichen Kommission im BBl 1881 I 176 f.).

Das weitere Schicksal dieser Anregung der nationalrätlichen Kommission liegt leider zum Teil im Dunkeln. Immerhin steht folgendes fest.

Die am 9. Dezember 1880 durch den Nationalrat sanktionierte Rückweisung des Art. 312 E an den Bundesrat gab dem Vorsteher des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes Veranlassung, Prof. Schneider mit einer Neuredaktion dieses Artikels, gleich einer Reihe anderer Artikel, zu betrauen. Dieser Auftrag wurde am 5. Januar 1881 erteilt, mit der dringlichen Bitte, möglichst rasch zu arbeiten, da die Zeit ganz ausserordentlich kurz bemessen sei. Schon zehn Tage später unterbreitete Prof. Schneider seinem Auftraggeber einen das Mietrecht beschlagenden Revisionsentwurf, in dem Art. 312 entsprechend der « bestimmten Direktion » des Nationalrates wie folgt gefasst war : « Der Vermieter einer unbeweglichen Sache hat für eine verfallene und eine laufende Mietzinsrate ein Retentionsrecht usw. ». Seitlich hievon, am Rande, war in Klammer beigefügt : « (und für allfällige Schadenersatzansprüche aus dem Mietverhältnis) ». Dazu bemerkte Prof. Schneider in der Begründung der neuen Fassung : « Ferner schlägt die nationalrätliche Kommission ein Retentions- (Pfand-) recht auch für die Nebenforderungen vor. Unter den letztern sind wohl allfällige Schadenersatzforderungen zu verstehen. Ich würde hierin der Kommission beistimmen. Das moderne Recht neigt überhaupt dahin, jedem Inhaber einer Sache ein Retentionsrecht für alle möglichen, selbst nicht connexen, Ansprüche zu geben. Will man dem Gedanken Ausdruck geben, so kann es durch die oben am Rande in Klammer beigefügten Worte geschehen ». Es folgt dann noch eine Aufzählung verschiedener kantonaler Rechte, die im Gegensatz hiezu

ein Retentionsrecht nur für Mietzinsforderungen gewähren. Das war am 15. Januar 1881.

Einige Tage nachher, am 22. Januar 1881, stellte Prof. Schneider die neuen Bestimmungen über die Miete nochmals in einer Eingabe an Bundesrat Welti zusammen. Art. 312 E lautete nun : « Der Vermieter einer unbeweglichen Sache hat für die Mietzinsraten des verflossenen und des laufenden Jahres ein Retentionsrecht an den beweglichen Sachen usw. » Dazu wurde in einer Anmerkung ausgeführt : « Die nationalrätliche Kommission hatte vorgeschlagen, das Recht auch für die Nebenforderungen des Vermieters zu geben. Ich kann mir unter solchen nur eine Schadenersatzforderung denken und habe daher in meiner frühern Eingabe vorgeschlagen, dass auch für eine allfällige Schadenersatzforderung des Vermieters das Retentionsrecht gegeben werde ». Die Vorschläge von Prof. Schneider wurden noch gleichen Tages in Druck gegeben und schon am 26. Januar 1881 an die Mitglieder der ständerätlichen Kommission versandt. Art. 312 E wies in diesem Imprimat den Zusatz betreffend Schadenersatzforderungen nicht auf.

In der Zwischenzeit hatte Prof. Schneider das Bundesblatt vom 29. Januar 1881, das den gedruckten Bericht der nationalrätlichen Kommission vom November 1880 enthielt, zu Gesicht bekommen. Das veranlasste ihn, am 1. Februar 1881 folgendes Schreiben an Bundesrat Welti zu richten : « Erst der soeben erhaltenen Nummer des Bundesblattes kann ich den Bericht der nationalrätlichen Kommission über den E des schweizerischen OR entnehmen. Wenn ich denselben früher gekannt hätte, so würde ich einige Artikel über den Mietvertrag etwas anders redigiert haben ; und da Sie vielleicht eine diesfällige Bemerkung noch verwenden können, so bin ich so frei, Ihnen meine bezüglichen Mitteilungen zum Behuf der Ihnen gutscheinenden Berücksichtigung so schnell als möglich zu machen :

« Zu Art. 312 Abs. 1 würde ich gemäss dem Willen der nationalrätlichen Kommission und wie ich es immer

gern getan haben würde, nach den Worten « des laufenden Jahres » hinzufügen « und für eine allfällige aus dieser Zeit herrührende Schadenersatzforderung », falls nämlich, wie ich vermute, dieser Zusatz in der Zusammenstellung der Beschlüsse der Bundesversammlung nur aus Versehen weggelassen worden ist. » Auf dieses Schreiben scheint Prof. Schneider keine schriftliche Antwort erhalten zu haben. Auch in der Folge wurde der Zusatz betreffend Schadenersatzforderungen dem Art. 312 des Schneider'schen Entwurfes nicht beigelegt.

Es stellt sich nun die Frage, ob diese Weglassung absichtlich erfolgte oder ob nicht ein blosses Versehen vorliegt.

Für das Vorhandensein eines Versehens spricht folgender Umstand. Der Drucklegung der Vorschläge Prof. Schneiders lag dessen Eingabe vom 22. Januar (und nicht diejenige vom 15. Januar) 1881 zu Grunde. In dieser Eingabe ist indessen von den Schadenersatzforderungen nur in der Anmerkung die Rede. Da die zur Verfügung stehende Zeit ausserordentlich gedrängt war, kann die Anregung Prof. Schneiders sehr wohl übersehen worden sein. Über ein allfälliges Versehen wäre dann aber der Vorsteher des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes spätestens durch das Schreiben Prof. Schneiders vom 1. Februar 1881 aufgeklärt worden. Nun ist es sehr wohl denkbar, dass Bundesrat Welti, wenn er nicht überhaupt von vorneherein die Schadenersatzforderungen vom Retentionsrecht ausgeschlossen wissen wollte, sich in diesem Moment sagte, nachdem die Sache schon so weit gediehen sei und überdies ja zahlreiche kantonale Rechte die gleiche Ordnung vorsehen, erscheine es zweckmässiger, die Sache auf sich beruhen zu lassen. Er hätte damit ein allfälliges früheres Versehen sanktioniert und eine anfänglich unbewusst gewollte Lösung zur bewussten und gewollten gemacht, d. h. das Retentionsrecht für Schadenersatzforderungen wissentlich ausgeschlossen.

Aber selbst wenn man annehmen wollte, es habe seitens

des Vorstehers des Justiz- und Polizeidepartementes auch nach dem 1. Februar 1881 ein Missverständnis obgewaltet, so könnte dann doch wohl kaum angenommen werden, dass auch alle die Juristen, die sich inner- und ausserhalb der Kommissionen der beiden Räte mit dem Problem befasst haben, das Versehen nicht bemerkt hätten. Vielmehr muss angenommen werden, auch sie haben sich im Bewusstsein der Tragweite der Frage mit der neuen Lösung abgefunden. Die in Bezug auf die letzten Vorgänge obwaltende Unsicherheit verbietet es, ein Versehen des Gesetzgebers anzunehmen und daraufhin gegenüber einem an sich klaren Gesetzestext korrigierend einzugreifen. Dies erscheint umsoweniger zulässig, als der einzige Beteiligte, der sich nach dem Inkrafttreten noch über die Frage äusserte, der Redaktor der neuen Fassung selbst, Prof. Schneider, schon in der ersten Auflage seines Kommentars vom Jahre 1882 einen Irrtum oder ein Versehen verneinte und das Retentionsrecht auf Mietzinsforderungen einschränkte (vgl. die I. Aufl. des genannten Werkes, Art. 294 Anm. 2). Man kann es zwar in der Tat bedauern, dass der Gesetzgeber des Jahres 1881 entgegen den sich schon damals abzeichnenden modernen Tendenzen das Retentionsrecht auf eigentliche Mietzinsforderungen beschränkte (vgl. darüber etwa die berechtigte Kritik von HEUBERGER, Die Sachmiete nach dem schweizerischen OR, S. 190 f.). Allein derartige Überlegungen sind de lege lata unbeachtlich und können höchstens de lege ferenda in Betracht gezogen werden.

Auf Grund des heutigen Gesetzes muss daher ein Retentionsrecht jedenfalls für Schadenersatzansprüche aus dem Mietverhältnis abgelehnt werden (vgl. in diesem Sinne auch den bundesgerichtlichen Entscheid in der Rev. jud. 1887 p. 292, ferner BGE 36 II 96, wo allerdings eine nähere Begründung fehlt und zu Unrecht bemerkt wird, für eine andere Ordnung fehle jede ratio, sowie BGE 61 II 265).

9. — Es wäre nun aber verfehlt, aus dieser Entstehungs-

geschichte des Art. 272 OR den Schluss ziehen zu wollen, dass hinsichtlich der Frage, welche Forderungen aus dem Mietverhältnis retentionsgeschützt seien, immer eine restriktive Auslegung platzgreifen müsse, wie das vielfach in der Doktrin und in der Gerichtspraxis angenommen wird und wie es vielleicht auch aus den etwas zu allgemeinen Ausführungen in BGE 61 II 265 herausgelesen werden könnte. Vielmehr lässt sich der Entstehungsgeschichte höchstens entnehmen, dass ein Retentionsrecht für Schadenersatzansprüche nicht besteht. Dagegen steht nichts entgegen, auf Grund logischer Interpretation auch für bloss mietzinsähnliche Forderungen, d. h. für Forderungen, die einem Mietzins näher verwandt sind als einem Schadenersatzanspruch, ein Retentionsrecht zu gewähren. Einschränkend ist höchstens zu bemerken, dass es sich im einzelnen um Verhältnisse handeln muss, die der Gesetzgeber, wenn er sie sich vorgestellt hätte, aller Voraussicht nach wie Mietzinsforderungen behandelt haben würde.

Diese Voraussetzung trifft im vorliegenden Fall auf den Entschädigungsanspruch der Vermieterin für die Zeit vom 12. Februar 1934 (Ablauf der 30 tägigen Frist des Art. 265 OR) bis zum Tage des Begehrens auf Ausweisung (23. März 1934) zu. Denn der Anspruch auf Bezahlung dessen, was bisher als Mietzins vereinbart war, steht, weil die Weiterbenützung der Sache im beidseitigen Einverständnis erfolgte, einer eigentlichen Mietzinsforderung entschieden näher als einem blossen Schadenersatzanspruch. Insoweit ist daher ein Retentionsrecht ohne weiteres zu gewähren.

Gleich verhält es sich mit dem Entschädigungsanspruch für die Zeit, in welcher die Mieterin gegen den Willen der Vermieterin in den Räumlichkeiten verblieb und diese so zwang, tatsächlich das Mietverhältnis zunächst noch fortzusetzen. Der Mieter, der auf diese Weise ein faktisches Mietverhältnis erzwingt, kann sich nicht beklagen, wenn er dann auch alle Konsequenzen eines solchen tragen muss

(vgl. im nämlichen Sinne SCHNEIDER und FICK, Kommentar zum OR, 2. Aufl., Art. 294 Anm. 2 a). Auch der Entschädigungsanspruch beschlagend die Zeit vom 23. März bis Ende April 1934 ist daher retentionsgeschützt.

10. — Die Vermieterin beansprucht ein Retentionsrecht ferner zu Gunsten der im Mietvertrag vorgesehenen Forderung für Heizung.

Dieser Anspruch ist ebenfalls zu schützen, obschon man es wiederum nicht mit Mietzins im engeren Sinne zu tun hat. Auch nach dieser Richtung hin nötigt die Entstehungsgeschichte des Art. 272 OR keineswegs zu einer einschränkenden Auslegung, sondern es ist wiederum zu prüfen, ob sich nicht eine analoge Anwendung im Hinblick darauf aufdränge, dass der Gesetzgeber diesen Fall, wenn er sich denselben vorgestellt hätte, gleich behandelt haben würde wie eigentliche Mietzinsforderungen. Und das muss bejaht werden. Die Entwicklung der Technik hat es mit sich gebracht, dass speziell grössere Häuser immer mehr mit Zentralheizung für das ganze Haus versehen werden, was bedeutet, dass der Vermieter die Mietsache während der kalten Jahreszeit in geheiztem Zustande zur Verfügung stellt. Damit ist die Heizung durch den Vermieter zu einem weit verbreiteten und vielfach bereits als unerlässlich betrachteten Akzessorium der Mietsache geworden. Der Mieter mietet heute die geheizten Räumlichkeiten, wie er früher die ungeheizten gemietet hat, nur dass ihm dafür natürlich eine erhöhte Gegenleistung obliegt. Ob dabei der Zuschlag in den Mietpreis einkalkuliert oder ob er besonders festgesetzt wird (eventuell variabel nach den Kosten der Heizung), ist Zufall und kann für die Frage des Retentionsrechtes keine Rolle spielen. Wesentlich erscheint vielmehr in beiden Fällen, dass Mietsache und Heizung in engstem, wesensgemässen Zusammenhang stehen, was die Gleichbehandlung der daraus entspringenden Forderungen auch hinsichtlich des Retentionsrechtes rechtfertigt (vgl. im nämlichen Sinne BECKER, Komm. zum OR, Art. 272 N. 12, und Blätter für zürcherische Rechtspre-

chung 16, S. 42 No. 33, sowie Schweizerische Zeitschrift für Betriebs- und Konkursrecht 6, S. 272 Nr. 109 ; a. A. Blätter f. zürcherische Rechtsprechung 33, S. 267 Nr. 117, dazu einige Autoren, vorab BRUNNER, Mietrecht, S. 372, SCHATZMANN, Das Retentionsrecht des Vermieters, S. 41). Es verhält sich im Grunde nicht anders als mit dem Wasserzins, den Auslagen für die Treppenhausbeleuchtung und für den Betrieb elektrischer Aufzüge. Diese werden regelmässig ebenfalls vom Vermieter bezahlt, der sie seinerseits, sei es in Form erhöhten Mietzinses oder eines besondern Zuschlages, auf den Mieter abwälzt ; dabei dürfte heute jedenfalls in der Praxis kaum mehr ernstlich die Ansicht vertreten werden, dass die betreffende — ausgeschiedene oder nicht ausgeschiedene — Forderung des Vermieters vom Retentionsrecht ausgeschlossen sei.

Aus diesen Gründen und vor allem mit Rücksicht auf die oben geschilderte Art und Weise, wie die Beschränkung des Retentionsrechtes auf Mietzinsforderungen ins Gesetz hineingekommen ist, muss dem Vermieter das Retentionsrecht auch für die auf die Heizung bezügliche Forderung zuerkannt werden.

11. — Nach Art. 891 ZGB, der auf Grund des Art. 898 auch auf das Retentionsrecht anwendbar ist, bietet das Pfand Sicherheit für die Forderung mit Einschluss der Betriebskosten. Dieser Grundsatz gilt auch für das Retentionsrecht des Vermieters (vgl. BECKER, Art. 272 N. 12 ; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 272 N. 20, sowie FICK, Art. 272 N. 5 ; a. A. SPÖRRI, Die Realisierung des Retentionsrechtes des Vermieters und Verpächters unbeweglicher Sachen, S. 76). Und zu den Betriebskosten gehören auch die Kosten der Retention, die gleichwie jene den unmittelbaren und notwendigen Voraussetzungen und Folgen der Geltendmachung des Retentionsrechtes zuzählen sind (vgl. in diesem Sinne auch den Berner Entscheid in der Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 42 S. 484, sowie JAEGER, Kommentar zum SchKG, Nachtrag II, Art. 68 N. 1, sowie die dortigen Verweisungen). Auch

für die Betriebs- und Retentionskosten darf daher das Retentionsrecht beansprucht werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 15. Januar 1937 bestätigt.

73. Urteil der I. Zivilabteilung vom 26. Oktober 1937 i. S. Banco Aleman Transatlantico gegen Schweizerischer Bankverein.

Verrechnung, Art. 120 OR, im internationalen Handelsverkehr.

Anwendbares Recht : Massgebend ist das Recht, dem die zu tilgende Verpflichtung untersteht. Anwendbares Recht bei Kontokorrentverhältnis.

Gegenseitigkeit bejaht für Forderungen verschiedener Filialen zweier Banken.

Fälligkeit bei Forderungen aus Wechselinkassoauftrag. Die Fälligkeit aufschiebende einseitige Devisenmassnahmen des Auslandes sind unbeachtlich, weil sie gegen die schweizerische öffentliche Ordnung verstossen.

Gleichartigkeit : Forderungen in verschiedener Währung sind gleichartig, sofern keine Effektivklausel vereinbart ist.

A. — Die Klägerin ist eine Niederlassung der Deutschen Überseeischen Bank in Berlin, welche in Spanien auch noch Niederlassungen in Barcelona und Sevilla hat ; zahlreiche weitere Niederlassungen befinden sich sodann in Südamerika. Die Klägerin hatte im Herbst 1936 gegen die Beklagte ein Guthaben in der unbestrittenen Höhe von Schw. Fr. 7000.—. Als die Klägerin über dieses Guthaben verfügen wollte, verweigerte die Beklagte jedoch die Auszahlung mit der Begründung, dass sie ihre Schuld verrechne mit bedeutend höheren Gegenforderungen in Schweizerfranken, Pesetas und £, die ihren Sitzen Basel, Zürich, St. Gallen und London gegen die Klägerin und die Niederlassung der Deutschen Überseeischen Bank in Barcelona zuständen.