Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 56 (1937)

Artikel: Retention und Betreibung für Mietzinsforderungen

Autor: Usteri, Paul Leonhard

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896312

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 07.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Retention und Betreibung für Mietzinsforderungen.

Von Dr. Paul Leonhard Usteri,
a. o. Substitut am Bezirksgericht Zürich.

Die Besonderheiten, die sich bei der Betreibung auf Verwertung von Retentionsgegenständen in Abweichung von den allgemeinen Bestimmungen über die Betreibung auf Pfandverwertung ergeben, sind im SchKG nur mangelhaft geregelt. Es wurde der Praxis vorbehalten, „die vielen Lücken, die dabei offen gelassen wurden, auszufüllen"[1]). Dies ist bis heute nur teilweise geschehen. Eine notwendige Ergänzung des Gesetzes haben vor allem das Kreisschreiben No. 24 der SchKKammer des Bundesgerichtes vom 12. Juli 1909 und die VZG vom 23. April 1920, die bekanntlich in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine grosse Rolle spielt, gebracht. Einzelne Fragen sind aber trotzdem auch jetzt noch nicht befriedigend beantwortet.

Im folgenden soll auf einige Probleme hingewiesen werden, ohne dass wir Anspruch auf Vollständigkeit erheben möchten, auch nicht bei diesen Einzelfragen[2]).

I. Die Aufnahme der Retentionsurkunde als Grundlage der Betreibung.

1. Es hat heute als unbestritten zu gelten, dass vor Anhebung der Betreibung für Mietzinsforderungen die Aufnahme einer Retentionsurkunde unerlässlich ist[3]),

---

[1]) Jäger, Komm. Art. 282 N. 1.

[2]) Bei den zitierten Entscheiden handelt es sich, sofern nichts anderes bemerkt ist, um solche der zürcherischen Gerichte. Bei den Entscheidungen des Bundesgerichtes sind die Seitenzahlen angegeben.

[3]) BG 37 I 145; 39 I 661; 41 III 403; 55 III 17.

und zwar gilt dies auch bei der Betreibung für verfallene Mietzinsforderungen, und nicht mehr nur für die Fälle, in denen die Retinierung als Sicherungsmassnahme wegen drohender Gefahr vorgenommen wird[4]). „Erst die Inventarisierung ermöglicht die Ausscheidung der laut Art. 294 Abs. 2 (a)OR (jetzt Art. 272) vom Retentionsrecht des Vermieters ausgenommenen Kompetenzstücke und Drittmannsgegenstände durch die zuständige objektive Amtsstelle im Sinne von Art. 294 Abs. 3 leg. cit. und damit die für die Durchführung der Betreibung auf Pfandverwertung unentbehrliche Spezialisierung der Pfandgegenstände. Kann das Betreibungsamt sich nicht über alle in den vermieteten Räumen befindlichen Gegenstände Rechenschaft geben, so ist es gar nicht in der Lage, zu urteilen, ob einem bestimmten Gegenstand Kompetenzqualität zukomme, und wenn einmal die Betreibung eingeleitet ist, so bietet sich dem Schuldner überhaupt keine Gelegenheit mehr, die Einrede der Unpfändbarkeit zu erheben"[5]). Ausserdem wird durch die Zustellung der Retentionsurkunde die durch Art. 898 ZGB vorgeschriebene Benachrichtigung des Schuldners bewirkt[6]).

Der Vermieter braucht die Aufnahme einer Retentionsurkunde nicht ausdrücklich zu verlangen. „Das Betreibungsbegehren schliesst dasjenige um Aufnahme des Retentionsverzeichnisses als notwendige Voraussetzung der Betreibung ohne weiteres ein"[7]).

Die Retentionsurkunde ist dem Mieter vor oder gleichzeitig mit dem Zahlungsbefehl zuzustellen. Zulässig ist auch noch die unmittelbar nach Erlass des Zahlungsbefehls erfolgte Zustellung[8]).

---

[4]) Jäger, Komm. Art. 282 N. 1; BG 37 I 145.

[5]) BG 37 I 145.

[6]) Jäger, Komm. Art. 282 N. 1.

[7]) BG 37 I 145. Diese Rechtsprechung ist seither bestätigt worden: BG 55 III 17.

[8]) Jäger, Praxis IV Art. 283 N. 7 mit Verweis auf BG 57 III No. 19.

Umstritten war die Frage, ob eine Betreibung ohne vorangegangene Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses nur anfechtbar oder nichtig und daher in jedem Stadium der Betreibung von Amtes wegen zu berücksichtigen sei. Das Bundesgericht hat sich anfänglich[9]) für das erstere entschieden: „Der Erlass eines Zahlungsbefehls auf Pfandverwertung ohne vorausgegangene Retention war unzulässig. Immerhin kann diese Unterlassung nicht die absolute Nichtigkeit der Betreibung zur Folge haben, weil dabei keine Verletzung öffentlicher Interessen in Frage steht." Diese Auffassung hielt jedoch einer erneuten Prüfung durch das Bundesgericht in einem Fall, wo der Mieter auf dem Beschwerdeweg Ausscheidung von Kompetenzstücken verlangte, nicht stand. Erst die Aufnahme der Retentionsurkunde, führte es aus, ermögliche die Spezialisierung der Pfandgegenstände. „Solange diese nicht erfolgt ist, fehlt somit eine wesentliche Voraussetzung für die Einleitung der Betreibung. Das zieht aber notwendig die Nichtigkeit eines unter Missachtung dieser Vorschrift eingeleiteten Verfahrens nach sich; denn sonst müsste ein Schuldner, wenn er nicht seines Kompetenzanspruches verlustig gehen wollte, sich in erster Linie mittels Beschwerde innert zehn Tagen gegen die Zustellung des Zahlungsbefehls zur Wehr setzen. Das kann ihm aber im Hinblick darauf, dass das Betreibungsamt über die Ausscheidung der Kompetenzstücke noch gar keine Verfügung getroffen hat, nicht zugemutet werden"[10]).

In einem Spezialfall, wo „das Retentionsrecht unter Anrufung des Grundsatzes der Surrogation an einer vom Betreibungsamt verwahrten Summe Geldes beansprucht"

---

[9]) BG 41 III 403.

[10]) BG 55 III 17. Zum gleichen Ergebnis gelangte schon Adolf Spörri: Die Realisierung des Retentionsrechtes des Vermieters und Verpächters unbeweglicher Sachen, Zürcher Diss. 1913, S. 64 und 65, unter Hinweis auf die frühere Praxis, insbesondere auch auf die Bestimmungen der früheren obergerichtlichen Anweisung zum SchKG.

wurde, hat das Bundesgericht entschieden, bedürfe „es einer näheren Spezifikation der Retentionsgegenstände nicht mehr" und es könne „daher die Aufnahme einer Retentionsurkunde, die unter diesen Umständen zur leeren Form herabsinken würde, unterbleiben"[11]).

2. Anders geartet als der letztgenannte sind diejenigen Fälle, in denen das Begehren nicht von vornherein aus besonderen Gründen auf die Retinierung einer Geldsumme gerichtet ist, sondern in denen der Schuldner eine Geldsumme hinterlegt, um die Retinierung seines Mobiliars abzuwenden, oder um nachträglich die Freigabe der Retentionsobjekte zu erwirken.

Die Zulässigkeit einer solchen Hinterlegung ist unbestritten[12]). Der Vermieter muss sich „die Substitution der Retentionsgegenstände durch andere Sicherheiten gefallen lassen"[13]).

Noch nicht endgültig entschieden ist dagegen die Frage, wieviel zu hinterlegen sei. In der Retentionsurkunde (Formular 40) wird dem Mieter verboten, die retinierten Gegenstände „aus dem Mietobjekt zu entfernen, bevor der geforderte Mietzins ... nebst Kosten und allfälligen Verzugszinsen entweder bezahlt oder sichergestellt ist". Aus diesem Wortlaut muss geschlossen werden, der ganze Mietzins sei sicherzustellen. Im gleichen Sinne hat der Appellationshof des Kantons Bern entschieden[14]). Unter Berufung auf Art. 898 ZGB wurde dort ausgeführt, die Sicherstellung müsse hinreichend sein. „Folglich kann nur gegen Hinterlegung des ganzen geforderten Miet- oder Pachtzinses nebst Kosten und etwaigen Verzugszinsen dem Schuldner die freie Verfügungsmöglichkeit über die Retentionsgegenstände eingeräumt werden."

---

[11]) BG 48 III 31.

[12]) Jäger, Praxis IV Art. 283 N. 6 B; ZBJV 69 S. 177; BG 59 III 128; 61 III 74; ZR 29 No. 74.

[13]) Becker, Komm. Art. 272 OR N. 14.

[14]) ZBJV 69 S. 177.

Eine andere Ansicht geht dahin, lediglich die Schätzungssumme der Retentionsgegenstände sei zu hinterlegen. Dass dieser Schätzungswert unter der Mietzinsforderung liegt, wird der Normalfall sein. Jäger befürwortet diese zweite Lösung[15]). „Wenn das Retentionsrecht nach den Feststellungen in der Retentionsurkunde nur einen geringen Teil der Forderung deckt, so sollte sich doch der Schuldner gegen die Verwertung wehren können, wenn er den reichlich bemessenen Schätzungswert hinterlegt, da ja der Gläubiger jedenfalls mehr aus dem Retentionsrecht nicht herausschlagen kann. Etwas anderes will doch offenbar auch Art. 898 ZGB nicht sagen."

Das Bundesgericht hatte sich mit der Frage noch nie zu beschäftigen. Nur im Ingress zu einem neueren Urteil heisst es, das Betreibungsamt könne davon absehen, die heimlich fortgeschafften Gegenstände zurückzubringen, „gegen Hinterlegung einer genügend grossen Geldsumme". Aus dem Tatbestand ist zu ersehen, dass eine Mietzinsforderung von Fr. 1800.— geltend gemacht und ein Betrag von Fr. 1980.— netto hinterlegt wurde[16]).

In einem Zürcher Fall wurde die Schätzungssumme hinterlegt[17]). Die untere Aufsichtsbehörde schlägt im übrigen folgenden Weg ein: Der Gläubiger wird angefragt, ob er sich mit der Hinterlegung der Schätzungssumme begnüge. Meistens wird dies der Fall sein; denn der Gläubiger ist froh, wenn er nur endlich einmal Geld sieht. Gibt er also die geforderte Erklärung ab, so verlangen auch die Betreibungsbehörden nicht mehr als die Hinterlegung der Schätzungssumme. In allen andern Fällen hat jedoch der Schuldner den ganzen Mietzins zu hinterlegen. Die Begründung geht dahin, dass die Retentionsgegenstände zwar geschätzt werden können, ihr Verwertungserlös jedoch ungewiss sei. Das Betreibungsamt habe mit

---

[15]) Jäger, Praxis IV Art. 283 N. 6 B.
[16]) BG 59 III 128.
[17]) ZR 29 No. 74.

der Möglichkeit zu rechnen, dass allfällig für einzelne Objekte unvorhergesehenerweise höhere Preise bezahlt würden. Aus diesem Grunde sei der Schätzungswert eine zu unsichere Grundlage, als dass auf ihn in so entscheidendem Masse abgestellt werden könnte. Auch wenn die Möglichkeit eines Mehrerlöses nicht sehr gross sei, hätten die Betreibungsbehörden die Pflicht, auf sie Rücksicht zu nehmen und sie nicht von vornherein auszuschliessen[18]).

Die Streitfrage wird nur dann akut, wenn Gegenstände schon retiniert sind und durch die Hinterlegung ihre Freigabe verlangt wird. Denn nur dann spielt der Schätzungswert eine Rolle. Hinterlegt der Schuldner jedoch eine Geldsumme, um die Retention abzuwenden, so kann der Schätzungswert gar nicht in Erscheinung treten, sondern es muss ohne weiteres auf die Mietzinsforderung abgestellt werden. Im folgenden wird das noch des nähern ausgeführt.

Zur Diskussion hat nämlich die weitere Frage Anlass gegeben, ob die Hinterlegung die Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses entbehrlich mache. Das Bundesgericht hat sich anfänglich auf den Standpunkt gestellt, die Hinterlegung sei unbeachtlich und die Retinierung von Sachen, die zur Einrichtung oder Benutzung des Mietobjektes dienen, habe trotzdem Platz zu greifen. Die Hinterlegung stehe dann nur der Verwertung dieser Gegenstände entgegen[19]). Das Obergericht hat sich dieser Ansicht entgegengestellt und so argumentiert: „Wenn die Hinterlegung die Verwertung, die wichtigste Befugnis, welche das Retentionsrecht dem Gläubiger gibt, ausschliesst, dann ist nicht einzusehen, warum ihr diese Wirkung nicht auch mit Bezug auf Massnahmen, die auf eine anderweitige Geltendmachung des Retentionsrechtes

---

[18]) Wir verdanken diese Auskunft Gerichtsschreiber Dr. J. Frey.

[19]) BG 39 I 657. Bei dieser Rechtslage hätte dann allerdings die eben aufgeworfene Frage wieder Bedeutung erlangt.

gerichtet sind, zukommen sollte"[20]). Dass das Obergericht es ablehnte, trotz der Hinterlegung Gegenstände retinieren zu lassen, war sicher wünschenswert; denn andernfalls hätte die Einrichtung der Hinterlegung viel von ihrem Wert eingebüsst, und das Verfahren wäre unnötig kompliziert worden. Dagegen war die Schlussfolgerung, die Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses sei damit in diesen Fällen ganz entbehrlich, nicht zwingend. Das Bundesgericht hat an seiner ursprünglichen Auffassung nicht festgehalten. In zwei neuesten Entscheiden hat es „die Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses auch bei solcher Hinterlegung als notwendig erklärt, mit der Massgabe, dass als Retentionsgegenstand eben die Hinterlage zu verzeichnen sei". Dem Vermieter steht ein Pfandrecht an der hinterlegten Geldsumme zu, das den gleichen Bedingungen und Untergangsgründen unterworfen ist wie sein Retentionsrecht. Deshalb, sagt das Bundesgericht, „ist eine entsprechende Retentionsurkunde aufzunehmen und dem Vermieter die Frist zur Anhebung der Betreibung anzusetzen"[21]). Diese Begründung steht im Einklang mit der heute unbestrittenen Ansicht, dass die Retentionsurkunde die Grundlage des ganzen Retentionsverfahrens ist.

Auf e i n Problem sei immerhin noch aufmerksam gemacht. Dass die vom Bundesgericht heute befolgte Rechtsprechung den praktischen Bedürfnissen eher gerecht wird als die frühere, leuchtet ohne weiteres ein. Diese war trotzdem nicht so abwegig, wie es auf den ersten Blick scheint. Die jetzige Rechtsprechung hat für den Schuldner Nachteile zur Folge, die nicht verkannt werden dürfen. Er ist, wie wir gesehen haben, gezwungen, den ganzen Mietzins zu hinterlegen, weil eine Schätzungssumme ja nicht besteht. Somit begibt er sich des Rechts, auf dem Beschwerdeweg oder im Rechtsvorschlag Einwendungen gegen die Retinierbarkeit von Gegenständen zu erheben oder für einzelne die Zuerkennung der Kom-

[20]) ZR 23 No. 37.
[21]) BG 59 III 128; 61 III 74.

petenzqualität zu verlangen. Er muss also unter Umständen eine viel grössere Geldsumme hinterlegen und daran dem Gläubiger ein Pfandrecht bestellen, als der Erlös bei einer Verwertung je hätte betragen können.

II. Die Stellung der Betreibungsbehörden.

1. Im Betreibungsrecht gilt im allgemeinen der Grundsatz, das Betreibungsamt habe nicht zu prüfen, ob ein Betreibungsbegehren des Gläubigers zulässig ist. Aufgabe des Betreibungsamtes ist vielmehr, einfach die Verbindung zwischen Gläubiger und Schuldner herzustellen und dem letzteren das Begehren des ersteren zur Kenntnis zu bringen. So hat sich das Betreibungsamt grundsätzlich nicht auf die Prüfung des Bestehens einer Forderung einzulassen. Dies gilt auch für das Retentionsbetreibungsrecht. Das Bundesgericht hat stets daran festgehalten, dass dem Betreibungsamt „eine Kognition darüber, ob die behauptete Mietzinsforderung bestehe und ob sie fällig sei, nicht zukomme"[22]). Mit dieser Feststellung ist jedoch nicht viel gewonnen; denn die Vorgänge bei der Retentionsbetreibung sind wesentlich komplizierter als bei der gewöhnlichen Betreibung. Bei der ersteren spielt nicht nur die Forderung eine Rolle; es muss sich um eine Mietzinsforderung handeln, also um eine Forderung, für die der Vermieter das Retentionsrecht beanspruchen kann. Sodann spielt das Problem, welche Gegenstände retinierbar sind, schon ganz am Anfang, wenn noch vieles in der Schwebe ist, eine Rolle.

Die Grundsätze, die für die gewöhnliche Betreibung gelten, können unter diesen Umständen nicht ohne weiteres übernommen werden. Das Betreibungsamt darf sich nicht damit begnügen, blosses Sprachrohr des Gläubigers zu sein und einfach seinen Anträgen Folge zu leisten. Das Bundesgericht hat denn auch in ständiger Recht-

[22]) BG 39 I 480; vgl. auch BG 29 I 523; 30 I 437; 37 I 145; 38 I 687 und 61 III 74; ferner Jäger, Komm. Art. 283 N. 1.

sprechung[23]) den Standpunkt vertreten, die Tragweite der mit der Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses verbundenen Rechtswirkungen erheische eine summarische Prüfung durch das Betreibungsamt.

Dieses hat sich also beim Eingang eines Begehrens in erster Linie zu vergewissern, dass eine Mietzinsforderung besteht. Die Prüfungsbefugnis ist aber sehr eingeschränkt. Als Grundsatz kann gelten: das Betreibungsamt darf ein Begehren nur dann abweisen, wenn sich sofort mit Sicherheit ergibt, dass dem Gläubiger keine Mietzinsforderung zusteht[24]).

Das Bezirksgericht hatte in seiner Eigenschaft als untere Aufsichtsbehörde vor einiger Zeit eine Beschwerde zu behandeln, der folgender Tatbestand zugrunde lag: Ein Vermieter hatte seiner Mieterin durch den Audienzrichter unter Androhung von Zwangsvollzug befehlen lassen, die Wohnung bis zum 4. Januar 1936 zu räumen. Die Mieterin verliess daraufhin die Wohnung an diesem Tag. Am 6. Januar stellte der Vermieter beim Betreibungsamt das Retentionsbegehren für einen fälligen Mietzins vom 1.—31. Januar (es war Vorauszinsung vereinbart) und für laufende Mietzinsen vom 1. Februar bis 31. März 1936. Das Betreibungsamt entsprach dem Begehren lediglich für die Zeit vom 1.—4. Januar und wies es im übrigen ab. Auf dem Beschwerdeweg verlangte der Vermieter, das Betreibungsamt sei anzuweisen, die Retention gemäss dem Begehren in vollem Umfang zu vollziehen. Die Beschwerde wurde abgewiesen und damit auch das Retentionsbegehren, soweit das Betreibungsamt ihm nicht schon entsprochen hatte, weil ein Mietverhältnis zwischen

[23]) Zuletzt in Band 61 III 74; vgl. früher BG 29 I 523 und 52 III 122.

[24]) Jäger, Praxis I Art. 283 N. 1. Ein Begehren ist abzuweisen, wenn „der Gläubiger zweifellos nicht Eigentümer oder Besitzer des Mietobjektes ist", BG 29 I 523, vgl. auch BG 39 I 480. Ferner BG 32 I 369; 36 I 95 und 38 I 687 (Schadenersatzforderung) und endlich SJZ 10 S. 189 (Vergütung für Reparaturen).

den Parteien für die Zeit nach dem 4. Januar nicht mehr bestehe. Die Aufsichtsbehörde führte hiezu noch aus: „Da das Retentionsrecht des Vermieters sich auf Mietzinsforderungen beschränkt, hat der Beschwerdeführer für die Zeit nach dem 4. Januar 1936 hinsichtlich von Forderungen aus dem Mietvertrag kein Retentionsrecht. Wird ein Mietverhältnis vor Ablauf der Mietzeit aufgelöst, so verwandeln sich alle weiteren Forderungen aus dem Vertrag in Schadenersatzansprüche; diese sind jedoch nicht retentionsgesichert"[25]).

Im allgemeinen werden die Fälle nicht so klar sein, dass das Betreibungsamt oder die Aufsichtsbehörden die Aufnahme des Retentionsverzeichnisses verweigern dürfen. Dem Begehren des Gläubigers ist zu entsprechen, wenn das Bestehen einer Mietzinsforderung (oder z. B. die Behauptung, es seien Sachen heimlich fortgeschafft worden) möglich ist, „si le créancier prétend être au bénéfice d'une créance pour loyer"[26]). Allgemeine Richtlinien zu geben hält schwer; es kommt immer auf den besonderen Fall an. Einprägsam ist die Formel von Spörri: In dubio pro locatore[27]). Als nicht liquid sind z. B. folgende Forderungen betrachtet worden (für diese wäre also vorsorglicherweise die Retention zu vollziehen): Verzugszinsen, Gerichtskosten, Prozessentschädigungen, Exmissionskosten, Vergütung für Zentralheizung, für Treppenhausbeleuchtung und für die Benützung der Wohnung für die Zeit von der angedrohten Vertragsauflösung bis zur vollzogenen Ausweisung[28]).

---

[25]) Beschluss der I. Abteilung vom 3. März 1936 i. S. Umiker; vgl. aber unten den „Börsen-Fall". Die Aufsichtsbehörde hat jenen Entscheid des Bundesgerichtes (Band 61 II 259) nicht berücksichtigt, sondern auf die Kommentare und auf Ernst Hauri: Die Exmission infolge Zahlungsverzuges, Zürcher Diss. 1932, abgestellt.

[26]) ZR 13 No. 23; BG 39 I 480, 661.

[27]) S. 77; vgl. auch Jäger, Komm. Art. 283 N. 1; BG 59 III 7.

[28]) Spörri S. 76 und dortige Zitate (zum Teil sind solche Forderungen heute liquid als retentionsgesichert zu betrachten);

Umstritten war die Frage, ob für Mietzinsersatzansprüche im Sinne von Art. 269 OR ein Retentionsrecht bestehe. Lehrreich ist in dieser Beziehung der Fall der Tiefengrund AG. gegen Rogenmoser, der die Gerichte und Betreibungsbehörden seinerzeit mehrfach beschäftigt hat. Das Bundesgericht hatte entschieden, der Vermieterin stehe grundsätzlich ein Ersatzanspruch zu; zur Feststellung der Höhe wurde der Prozess an das Handelsgericht zurückgewiesen. Bevor dieses das neue Urteil gefällt hatte, verlangte der Mieter die Aufhebung der Retention auf dem Beschwerdewege, weil für Ersatzansprüche kein Retentionsrecht bestehe. Das Bezirksgericht hiess die Beschwerde gut. Hiegegen rekurrierte die Vermieterin mit Erfolg; das Obergericht liess die Retention bestehen. Inzwischen war nämlich das handelsgerichtliche Urteil ergangen, dessen Dispositiv 2 folgenden Wortlaut hatte: „Es wird festgestellt, dass die Klägerin für den Betrag von Fr. 162,330.— nebst Retentionskosten das Retentionsrecht an den vom Beklagten in das Restaurant Börse eingebrachten Gegenständen hat.“ Das Obergericht führte im Rekurs aus: „Dieses Erkenntnis ist allerdings noch nicht rechtskräftig, da sich das Bundesgericht noch damit zu beschäftigen haben wird. Allein es tut dar, dass die vom Bezirksgericht ausgesprochene Ansicht, das Retentionsrecht komme für den Ersatzanspruch aus Art. 269 OR nicht in Frage, keineswegs unzweifelhaft richtig ist, sondern dass darüber eine andere Auffassung durchaus möglich erscheint“[29]).

Das Bundesgericht hat als Berufungsinstanz in der Folge das Bestehen eines Retentionsrechtes verneint[30]).

ZR 16 No. 33; BG 57 III 164 (Mietzins- oder Schadenersatzforderung? Verschiedenes spricht eher dafür, dass es sich um die erstere handelt.)

[29]) Beschluss der 4. Kammer vom 23. Mai 1935. Wir verdanken den Hinweis auf diesen Entscheid Gerichtsschreiber Dr. J. Frey.

[30]) BG 61 II 259.

Mit diesem grundsätzlichen Entscheid dürfte die Frage wohl klar in dem Sinne entschieden sein, dass die Betreibungsämter die Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses für Mietzinsersatzforderungen verweigern dürfen.

Zwei andere Fragen haben die SchKKammer des Bundesgerichtes beschäftigt, ohne dass endgültige Entscheidungen hätten getroffen werden können. Im einen Fall war streitig, ob das Retentionsrecht des Vermieters auch dem Zessionar der Mietzinsforderung zustehe. Das Bundesgericht hielt zunächst fest, dass diese Frage in Literatur und Rechtsprechung sehr umstritten ist, und führte dann weiter aus: „Indessen handelt es sich hiebei um eine vom materiellen Zivilrecht beherrschte Frage, deren Entscheidung den Zivilgerichten vorbehalten werden soll, weshalb die Betreibungsbehörden beim Fehlen eines massgebenden Präjudizes nicht durch Verweigerung der Aufnahme der Retentionsurkunde von vornherein dem Zessionar die Geltendmachung des Retentionsrechtes verunmöglichen dürfen.“ Im andern Fall stellte das Bundesgericht fest, dass die Frage, ob im Falle des Verkaufs der Liegenschaft der Vermieter sein Retentionsrecht für den bei Anhebung der Betreibung verfallenen Jahreszins behalte oder nicht, diskutabel und die Entscheidung daher dem Zivilrichter zu überlassen sei[31]). Das heisst aber immer, dass die Aufnahme des Retentionsverzeichnisses nicht verweigert werden darf.

2. Ganz ähnliche Grundsätze, wie wir sie soeben kennen gelernt haben, gelten bei der Entscheidung der Frage, was in das Retentionsverzeichnis aufzunehmen ist. Das Betreibungsamt ist hier noch viel weniger, wenn überhaupt, an das Begehren des Gläubigers gebunden. Welche Gegenstände retinierbar sind, ist in Art. 272 OR gesagt; es sind die „beweglichen Sachen, die sich in den vermieteten Räumen befinden und zu deren Einrichtung

---

[31]) BG 57 III 23; vgl. früher schon BG 30 I 437; ferner BG 59 III 7.

oder Benutzung gehören". Von der Retention ausgeschlossen sind die Kompetenzstücke.

Das Betreibungsamt hat in allen Zweifelsfällen die Retention zu vollziehen. Verweigern darf es die Aufnahme des Retentionsverzeichnisses nur dann, wenn die Voraussetzungen offensichtlich fehlen[32]).

Das Bundesgericht hat beispielsweise in einem alten Entscheid ausgeführt, „wenn entweder die zu retinierenden Objekte sich gar nicht in dem als Mietobjekt angegebenen Raume befinden (bzw. nicht aus demselben im Sinne von Art. 284 SchKG fortgeschafft worden sind), oder der Schuldner das behauptete Mietobjekt nicht bewohnt, bzw. nicht bewohnt hat", dürfe die Retention verweigert werden[33]). Anderseits hat es das Obergericht in einem neuern Falle abgelehnt, sich, auch nicht summarisch, mit der Behauptung der Mieterin, die Retentionsgegenstände hätten sich nicht in den gemieteten Räumen befunden, auseinanderzusetzen, weil es sich um eine Frage des materiellen Rechts handle[34]). Das Obergericht hat dann später aber ebenfalls anerkannt, dass „die Zuständigkeit der Betreibungsbehörden zu einer wenigstens provisorischen Kognition über die Zulässigkeit der Retention" bestehe; es wies deshalb den betreffenden Rekurs ab, und nicht von der Hand[35]).

Auch bei der Frage der Retinierbarkeit kommt es immer auf den besondern Fall an. Als offensichtlich nicht retinierbar sind beispielsweise erklärt worden: Kleidungs-

---

[32]) Jäger, Komm. Art. 283 N. 6; ZR 32 No. 161; BG 61 III 74.

[33]) BG 29 I 523.

[34]) Beschluss der 4. Kammer vom 29. Dezember 1932 i. S. Kolb. Wir verdanken auch diesen Hinweis Gerichtsschreiber Dr. J. Frey.

[35]) Vgl. den schon in Anmerkung 29 zitierten Beschluss i. S. Tiefengrund AG.

stücke[36]), eine Handharmonika[37]), Forderungen[38]). Ebenso hat die erstinstanzliche Aufsichtsbehörde ein Velo als nicht retinierbar bezeichnet; das Obergericht entschied aber im entgegengesetzten Sinne[39]). Gemälde in einer Galerie oder im Ausstellungsraum eines Kunsthändlers sind als retinierbar erklärt worden[40]).

3. Das Bundesgericht hat auf der einen Seite den Grundsatz aufgestellt, das Betreibungsamt und die Aufsichtsbehörden hätten sich bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen des Retentionsrechtes gegeben seien, jeder Stellungnahme zu enthalten, die verunmögliche, den Fall dem ordentlichen Richter zu unterbreiten. Auf der andern Seite sind die Betreibungsbehörden, wie wir gesehen haben, befugt, die Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses überhaupt oder hinsichtlich einzelner Gegenstände zu verweigern. Diese beiden Grundsätze schliessen sich aus, und ihr Nebeneinanderbestehen ist, vom theoretischen Standpunkt aus, unbefriedigend. Denn in allen den Fällen, wo das Betreibungsamt seine Mitwirkung versagt und der Vermieter im Beschwerdeverfahren auch von den Aufsichtsbehörden abgewiesen wird, besteht eben für ihn keine Möglichkeit, den Zivilrichter anzurufen; die Betreibungsbehörden entscheiden also hier endgültig über zivilrechtliche Fragen, die eigentlich ausserhalb ihrer Zuständigkeit liegen[41]).

In praktischer Hinsicht bestehen jedoch gegen eine solche Lösung keine Bedenken. Dass der Vermieter nicht

[36]) Jäger, Praxis IV Art. 283 N. 1; ZBJV 67 S. 606; ZR 4 No. 10 (anders wohl, wenn es sich um einen Kleiderladen handelte).

[37]) BG 59 III 68; Jäger, Praxis IV Art. 283 N. 1, spricht (irrtümlicherweise?) von einer Mundharmonika; vgl. dagegen Jäger, Praxis IV Art. 283 N. 6 A (Handharmonika!).

[38]) Spörri, S. 87.

[39]) ZR 13 No. 57.

[40]) Jäger, Praxis IV Art. 283 N. 1; ZR 32 No. 161; 33 No. 117.

[41]) Dieses Problem hat schon Spörri, S. 74, angetönt. Eventuell könnte der Gläubiger eine Feststellungsklage im ordentlichen Verfahren vor der Retinierung anheben.

zu seinem Recht käme, darf als ausgeschlossen bezeichnet werden. Wir haben gesehen, dass die Betreibungsbehörden nur dann ihre Mitwirkung versagen, wenn vernünftigerweise keine Zweifel entstehen können. In allen irgendwie diskutabeln Fällen wird die Retention vorsorglicherweise vollzogen. Dabei ist nicht zu vergessen, dass die Parteien ausgiebig zum Wort kommen. In Zürich entscheidet die untere Aufsichtsbehörde auf Grund der Beschwerdeschriften des Vermieters und des Mieters, sowie auf Grund der Vernehmlassung des Betreibungsamtes. Zur Abklärung allfällig noch unklarer Punkte wird sie weitere Berichte beiziehen. Ferner ist zu bedenken, dass in Zürich die Aufsichtsbehörden und die Zivilgerichte in Personalunion stehen, so dass in juristischer Hinsicht die gleiche Behandlung gewährleistet ist. Und endlich ist daran zu erinnern, dass in solchen Fällen der Vermieter immer die Möglichkeit hat, die Frage nicht nur den beiden kantonalen Aufsichtsbehörden, sondern auch dem Bundesgericht zu unterbreiten, und dieses wird, wie die Beispiele gezeigt haben, in allen Zweifelsfällen zu seinen Gunsten entscheiden.

4. „Gegen die Anordnung der Retention ist Beschwerde an die Aufsichtsbehörde zulässig und umgekehrt auch gegen eine Verweigerung derselben“[42]). Bei der letzteren ist die Beschwerde das einzige Rechtsmittel, das dem Vermieter zusteht; denn den Zivilrichter kann er, wie sich gezeigt hat, nicht anrufen. Fraglich ist, ob es sich um eine Rechtsverweigerung handelt, so dass eine Beschwerde jederzeit angebracht werden könnte. Eine Rechtsverweigerung liegt immer dann vor, wenn das Betreibungsamt untätig bleibt und überhaupt nichts vorkehrt, ein Begehren also gar nicht behandelt. Das trifft in unserem Fall offensichtlich nicht zu; denn das Amt nimmt Stellung zum Begehren des Vermieters; es kommt jedoch zum Schluss, die Aufnahme der Retentionsurkunde

---

[42]) Spörri, S. 77.

sei zu verweigern, und weist deshalb das Begehren ab. Es erlässt also eine Verfügung im Sinne von Art. 17 Abs. 1 SchKG. Das hat zur Folge, dass der Vermieter innert zehn Tagen Beschwerde führen muss[43]).

Viel wichtiger als das Beschwerderecht des Vermieters ist dasjenige des Mieters, der sich über die Anordnung der Retention beschweren will. Dieses Recht steht ihm unbeschränkt zu; die Aufsichtsbehörden sind in jedem Fall zuständig. Dass die Frist zehn Tage beträgt, kann hier nicht zweifelhaft sein.

Die Befugnis der Aufsichtsbehörden bewegt sich im gleichen engen Rahmen wie die des Betreibungsamtes, wenn es sich darum handelt, das Bestehen des Retentionsrechtes zu prüfen. Während hier die Entscheidung der Betreibungsbehörden diejenige des Zivilrichters nicht präjudizieren soll, sind die Betreibungsbehörden in einem andern Gebiet ausschliesslich zuständig, hinsichtlich der Frage, welchen Gegenständen Kompetenzqualität zukommt[44]). Der Mieter wird auf das Beschwerderecht besonders hingewiesen[45]). Nach Ablauf der zehntägigen Beschwerdefrist kann er das Bestehen des Retentionsrechtes nicht mehr wegen Unpfändbarkeit bestreiten[46]). Im übrigen gelten die gleichen Grundsätze wie bei der Pfändung, so dass sich weitere Ausführungen erübrigen.

5. Wird die Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses durch die Betreibungsbehörden verweigert, so handelt es sich dabei, wie wir gesehen haben, um einen endgültigen Entscheid. Anders ist es in den übrigen Fällen. Der Entscheid der Betreibungsbehörden soll ja den richterlichen nicht präjudizieren. Praktisch befriedigend ist das aber

---

[43]) Im gleichen Sinne Spörri, S. 77.

[44]) Jäger, Komm. Art. 282 N. 1; Spörri, S. 90; BG 37 I 145.

[45]) Formular 40 (Retentionsurkunde), in gleicher Weise wie bei der Pfändungsurkunde, wo auf der zweiten und jeder folgenden Seite am Fusse ein Vermerk angebracht ist.

[46]) Jäger, Komm. Art. 282 N. 1.

nur, wenn die Aufsichtsbehörden sich in eine nähere Prüfung gar nicht einlassen, weil die Frage als diskutabel erscheint, also eine Lösung zugunsten des Vermieters wie des Mieters denkbar ist. Wie aber ist es zu halten, wenn die Betreibungsbehörden zur Auffassung kommen, am Bestand des Retentionsrechtes könne vernünftigerweise nicht gezweifelt werden, die Frage sei also zugunsten des Vermieters liquid? Auch da ist der Richter nicht gebunden und kann alle Voraussetzungen des Retentionsrechtes frei überprüfen. Dagegen steht dem wohl nichts im Wege, dass er sich den Erwägungen der Aufsichtsbehörde anschliesst und einfach auf diese verweist.

Das Obergericht hatte als Aufsichtsbehörde beispielsweise die Frage zu prüfen, ob Gemälde im Verkaufsraum eines Kunsthändlers retinierbar seien[47]). Der Entscheid beleuchtet das Problem von allen Seiten, und eine erschöpfendere Prüfung ist gar nicht denkbar. Auch der Zivilrichter wäre nicht in der Lage gewesen, anderes oder mehreres zu sagen. Das Obergericht kam zu folgendem Schluss: „Es kann daher ernstlich gar nicht bezweifelt werden, dass die Gemälde . . . zur Benutzung (der Räume) gehören und daher der Retention unterliegen.“ In einem solchen Falle wäre es geradezu widersinnig, wenn der Zivilrichter die gleiche Arbeit noch einmal leistete.

In der Praxis wird denn auch auf Beschwerdeentscheide, sofern die Aufsichtsbehörde sich wirklich in eine materielle Prüfung eingelassen hat, abgestellt. Das Bezirksgericht hatte als untere Aufsichtsbehörde beispielsweise die Retinierbarkeit eines elektrischen Warenkranautomaten in einem Restaurant nach eingehender Prüfung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse bejaht. Im Widerspruchsprozess, der bis zum Ausgang des Beschwerdeverfahrens sistiert worden war, bestritt der Beschwerdeführer als Dritteigentümer von neuem die Retinierbarkeit. Der Einzelrichter im beschleunigten Ver-

---

[47]) ZR 32 No. 161.

fahren führte hiezu folgendes aus: „Die Klägerin erklärt, ein Automat könne nicht als zur Einrichtung oder Benutzung eines Restaurants eingebrachter Gegenstand angesehen werden. Darüber braucht an dieser Stelle nicht mehr entschieden zu werden. Die von der Klägerin gegen den Beklagten erhobene Beschwerde, die diese Frage zum Gegenstand hatte, ist nämlich von der 2. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich am 20. Mai 1936 abgewiesen worden"[48]).

6. Aus dem Umstand, dass der Richter an den Entscheid der Betreibungsbehörden nicht gebunden ist und ihn nicht zu berücksichtigen braucht und auch, wenigstens formell, gar nicht berücksichtigen darf, folgt, argumentum e contrario, dass dem Mieter die Unterlassung einer Beschwerde nicht zum Nachteil gereichen kann. Wie wir noch sehen werden, ist in erster Linie der Rechtsvorschlag die Verteidigungswaffe des Mieters. Wohl ist die Beschwerde auch neben dem Rechtsvorschlag zulässig[49]); sie eignet sich nach dem Gesagten aber nur für liquide Fälle. Der Mieter, der einen Fall als nicht liquid betrachtet, ist nicht gezwungen, die Aufsichtsbehörde anzurufen; er kann sich von Anfang an mit dem Rechtsvorschlag begnügen, ohne sich damit irgendeines Rechtes zu begeben. Die Unterlassung einer Beschwerde enthält auch nicht den Schein einer Anerkennung des Retentionsrechtes.

Wie ist aber in einem Falle wie dem folgenden zu entscheiden? Die Mieterin hatte sich über die Anordnung der Retention bei der Aufsichtsbehörde beschwert, weil die retinierten Gegenstände sich weder in den gemieteten Räumlichkeiten befänden, noch zu deren Einrichtung oder Benutzung gehörten. Gegen den Zahlungsbefehl erhob sie Rechtsvorschlag und bestritt auch das Retentionsrecht.

---

[48]) Urteil vom 29. September 1936 i. S. Seapa AG. Wir verdanken den Hinweis auf diesen Entscheid Bezirksrichter Dr. C. Pfenninger.

[49]) Jäger, Komm. Art. 283 N. 7.

Hierauf verlangte der Vermieter Rechtsöffnung. Inzwischen hatte die Mieterin die Beschwerde zurückgezogen. Der Audienzrichter nahm auf die Einwendungen in der Beschwerde Bezug und entschied hinsichtlich des Rechtsvorschlags gegen das Retentionsrecht wie folgt: „Andere Einwendungen hat die Beklagte in der Beschwerde nicht erhoben; im Hinblick auf Art. 272 OR konnte sie dies auch nicht. Unter diesen Umständen ist der Rückzug der Beschwerde aber einer Anerkennung des Retentionsrechtes in der vorliegenden Betreibung gleichzuachten." Da auch die Mietzinsforderung, und zwar durch den von der Beklagten unterzeichneten Mietvertrag, bewiesen war, wurde die provisorische Rechtsöffnung mangels Einwendungen, — weil es sich um einen zweiseitigen Vertrag handelte —, erteilt[50]).

III. Rechtsvorschlag und Rechtsöffnung.

1. In der Regel wird der Schuldner sich durch Rechtsvorschlag gegen die Betreibung wehren. Dieser Rechtsbehelf, der im Betreibungsrecht ganz allgemein eine hervorragende Rolle spielt, steht dem Schuldner auch in der Retentionsbetreibung zu. Dieser kann nicht nur den Bestand oder die Fälligkeit der Forderung, sondern auch den Bestand des Retentionsrechtes durch Rechtsvorschlag bestreiten[51]). Während früher angenommen wurde, der Rechtsvorschlag beziehe sich im Zweifel auf Forderung und Retentionsrecht[52]), gilt heute der Grundsatz, dass im Rechtsvorschlag ausdrücklich gesagt werden muss, er beziehe sich auch auf das Retentionsrecht. Wenn nichts bemerkt wird, nimmt man an, er beziehe sich nur auf die Forderung, und nicht auf das Retentionsrecht[53]). Der

[50]) Verfügung vom 2. Oktober 1936 i. S. Stahlich.

[51]) Jäger, Komm. Art. 282 N. 1 und 283 N. 7.

[52]) BG 41 III 403.

[53]) Jäger, Praxis IV Art. 283 N. 7; Art. 85 Abs. 1 VZG; Formular 41 (Zahlungsbefehl) mit dem Vermerk: „Das Pfandrecht gilt als anerkannt, wenn im Rechtsvorschlag nicht ausdrück-

Schuldner muss also das Retentionsrecht schon im Rechtsvorschlag bestreiten; er kann seine Einreden nicht etwa im Rechtsöffnungs- oder ordentlichen Verfahren auf die Bestreitung des Retentionsrechtes ausdehnen[54]).

2. Der Schuldner kann entweder den Bestand oder die Fälligkeit der Forderung oder den Bestand des Retentionsrechtes oder beides zusammen bestreiten. Bei der Bestreitung des Retentionsrechtes sind die Einreden im Hinblick auf Art. 272 OR beschränkt. Der Schuldner kann einmal bestreiten, dass sich die Retentionsobjekte in den gemieteten Räumen befinden, sodann bestreiten, dass sie zur Einrichtung oder Benutzung dieser Räume gehören, und endlich bestreiten, dass dem Vermieter eine Mietzinsforderung zustehe. Dazu sind auch die beiden früher zitierten, vom Bundesgericht entschiedenen Fälle zu zählen: Ob dem Zessionar einer „Mietzins"-forderung das Retentionsrecht ebenfalls zusteht und ob im Fall des Verkaufs der Liegenschaft der Verkäufer sein Retentionsrecht für den bei Anhebung der Betreibung verfallenen Jahreszins behält. Denn wird, in beiden Fällen, der Bestand eines Retentionsrechtes verneint, so handelt es sich eben um gewöhnliche Forderungen, und nicht um Mietzinsforderungen im Sinne des Art. 272 OR.

In vielen Fällen, oder sogar in den meisten, wird der Schuldner das Retentionsrecht nur deshalb bestreiten, weil er auch die Forderung bestreitet; er stellt nicht in Abrede, dass, sofern der Richter das Bestehen einer Forderung bejaht, es sich um eine Mietzinsforderung handelt und die retinierten Gegenstände an sich retinierbar sind. Der Bestand des Retentionsrechtes wird also lediglich vom Bestehen der Forderung abhängig gemacht. Das ist jedoch eine Selbstverständlichkeit. Man kann sich fragen,

---

lich etwas anderes bemerkt wird"; ferner BG 49 III 170; 57 III 23; 59 III 7.

[54]) Hans Vögeli: Der Rechtsvorschlag nach schweizerischem SchKG, Berner Diss. 1931, S. 92 (nicht Zürcher Diss., wie bei Jäger, Praxis IV zu Art. 74 irrtümlicherweise steht).

ob es in diesen Fällen überhaupt nötig ist und einen Sinn hat, wenn der Schuldner im Rechtsvorschlag das Retentionsrecht bestreitet; ohne Forderung besteht es ja nicht, und der Richter, der über die Forderung entscheidet, tut dies stillschweigend auch mit Bezug auf das Retentionsrecht. Wenn man einen solchen Rechtsvorschlag trotzdem zulassen will, wäre es äusserst wünschenswert, wenn vom Schuldner verlangt werden könnte, dass er in einem Zusatz bemerkt, wie der Rechtsvorschlag mit Bezug auf das Retentionsrecht gemeint ist. Auch die Betreibungsämter sollten, sofern sie Gelegenheit haben, den Schuldner, der den Rechtsvorschlag mündlich anbringt, zu einer solchen Erklärung anhalten. Wie noch zu zeigen sein wird, kann ein derartiger Vermerk im Rechtsöffnungsverfahren von ausschlaggebender Bedeutung sein.

3. Einen interessanten Entscheid, der zeigt, dass dem Schuldner ausnahmsweise neben der Beschwerde und dem Rechtsvorschlag noch ein weiterer Rechtsbehelf zur Verfügung steht, hat einmal das Obergericht getroffen. Ein Vermieter hatte bei seiner Mieterin für laufenden Mietzins Gegenstände retinieren lassen. Da der Zahlungsbefehl erst nach Fälligwerden der Forderung zugestellt werden konnte, blieb die Frage, ob dem Vermieter wirklich ein Retentionsrecht zustehe, in der Schwebe. Die Mieterin stellte deshalb beim Audienzrichter das Begehren, es sei dem Vermieter zu verbieten, sie an der Verfügung über die retinierten Gegenstände zu hindern. Gegen den Befehl rekurrierte der Vermieter an das Obergericht, das jedoch die erstinstanzliche Verfügung aus folgenden Erwägungen bestätigte: „Es kann zunächst die Frage aufgeworfen werden, ob der Audienzrichter berechtigt war, über das von der Rekursgegnerin gestellte Rechtsbegehren zu entscheiden. Die Frage ist zu bejahen. Bestreitet der Mieter, dass die Voraussetzungen für eine Retention gegeben seien, so steht ihm zunächst der Beschwerdeweg offen. Die Aufsichtsbehörde kann aber nur eine Prüfung darüber anstellen, ob die allgemeinen Voraussetzungen für die

Retention gegeben sind. Trifft das zu, so bleibt dem Mieter nur übrig, das Retentionsrecht durch Rechtsvorschlag gegen die Betreibung zu bestreiten. Ist die Retention aber für einen erst künftig verfallenden Mietzins ausgewirkt worden, so dass die Betreibung erst nach Eintritt der Fälligkeit angehoben werden kann, so muss dem Mieter das Recht zugestanden werden, auf dem Wege der Feststellungsklage (sofern das rechtliche Interesse an einer solchen sofortigen Feststellung gegeben ist) durch den Richter feststellen zu lassen, dass dem andern Teil die Mietzinsforderung, für welche das Retentionsrecht ausgewirkt wurde, nicht zusteht und dass somit auch die Retention hinfällig ist. Vermag nun der Mieter dies sofort liquid zu stellen, so ist er unzweifelhaft auch berechtigt, es anlässlich eines Befehlsverfahrens beim Audienzrichter geltend zu machen, und hat der Audienzrichter dies zu berücksichtigen"[55]).

4. Der Rechtsvorschlag hemmt die Betreibung. Der Gläubiger hat nun verschiedene Möglichkeiten, um zum Ziele zu kommen. Einmal kann er den Weg des geringsten Widerstandes einschlagen, indem er auf das Retentionsrecht verzichtet und den Schuldner auf Pfändung betreibt; doch ist hiezu ein neuer Zahlungsbefehl nötig[56]). Dieses Vorgehen wird sich nur ausnahmsweise lohnen, nämlich dann, wenn lediglich das Retentionsrecht bestritten, die Forderung aber anerkannt wird. Nichts hindert jedoch den Schuldner, in der neuen Betreibung (auf Pfändung) gegen den Zahlungsbefehl trotzdem Rechtsvorschlag zu erheben. Der mit Bezug auf die Forderung unwidersprochen gebliebene Zahlungsbefehl in der ersten Betreibung (auf Pfandverwertung) präjudiziert das spätere Verfahren in keiner Weise. In der Regel wird daher der Gläubiger von einem solchen absehen und versuchen, in der bestehenden Betreibung den Rechtsvorschlag zu beseitigen.

---

[55]) ZR 13 No. 151.

[56]) Blumenstein, Handbuch des SchKG, S. 518; BG 30 I 742; Spörri, S. 52.

Art. 79 SchKG verweist ihn zunächst auf den ordentlichen Prozessweg. Dieser bietet im allgemeinen keine Besonderheiten. Dagegen ist die Frage, ob dem Gläubiger auch der Weg des Rechtsöffnungsverfahrens offen stehe, umstritten, und die weitere Frage, ob der Rechtsöffnungsrichter überhaupt je Rechtsöffnung erteilen könne, ist in der Praxis noch keineswegs abgeklärt. Hierüber soll daher einiges gesagt werden.

5. Eine Verfügung des Audienzrichters vom 9. April 1935 hat folgenden Wortlaut: „Der Klägerin wird provisorische Rechtsöffnung erteilt für den Betrag von Fr. 8750.—. Auf das Begehren um Beseitigung des Rechtsvorschlages gegen das Retentionsrecht wird nicht eingetreten"[57]). Dieser Entscheid ist ausführlich begründet und hat als Ausdruck einer ständigen Rechtsprechung zu gelten. Eine Besonderheit fällt sofort auf: die Zweiteilung des Begehrens in Forderungsrecht und Retentionsrecht. Diese verschiedene Behandlung der beiden Rechte steht jedoch nicht vereinzelt da; wir treffen sie vielmehr auch an andern Orten. Das Bundesgericht hatte sich im eben erwähnten Fall im Verlaufe eines Beschwerdeverfahrens unter anderem auch mit dieser Frage auseinanderzusetzen. Es stellte fest, der Vermieter könne zuerst ein Rechtsöffnungsbegehren stellen und, wenn er damit nicht zum Ziele gelange, erst nachträglich Klage auf Feststellung des Retentionsrechtes erheben; es wäre unerwünscht, den Vermieter sofort auf den Weg der eigentlichen gerichtlichen Klage zu drängen. Das Bundesgericht führte dann weiter aus: „Müsste er wegen des Retentionsrechtes sofort gerichtliche Klage erheben, so würde er wohl von vornherein auch bezüglich der Forderung von der Einschlagung des summarischen Verfahrens absehen und die Forderung in die gerichtliche Klage einbeziehen, um nicht gleichzeitig zwei nebeneinander hergehende Verfahren einleiten zu müssen, zumal auf die Gefahr hin,

[57]) i. S. Basler Lebensversicherungs-Gesellschaft gegen Kunst- und Spiegel AG.; vgl. auch BG 62 III 7.

dass er, bei Abweisung im summarischen Verfahren, vielleicht nachher noch eine zweite gerichtliche Klage anheben müsste, der zudem die logische Priorität vor der ersterhobenen zuerkannt werden müsste; das eine wie das andere widerspräche der Prozessökonomie. Freilich entspricht es der Prozessökonomie auch nicht, wenn auf ausgesprochene Rechtsöffnung hin der Mieter bezüglich der Forderung auf Aberkennung klagt, während bezüglich des Retentionsrechts erst noch der Vermieter Klage erheben muss; allein ein derartiges Auseinanderfallen der Rechtsvorkehren wird sich verhältnismässig viel seltener ereignen und kann darum eher in den Kauf genommen werden." Das Bundesgericht hält also die getrennte Behandlung der beiden Rechte für zulässig.

In der SJZ hat kürzlich Dr. W. A. Lang über einen Fall referiert. Dort war es auch so, dass der Vermieter ein Rechtsöffnungsbegehren mit Bezug auf die Forderung stellte und daneben gleichzeitig Klage auf Anerkennung des Retentionsrechts einleitete[58]).

Gegen ein solches Vorgehen bestehen vom theoretischen und vom praktischen Standpunkt aus ernste Bedenken. Bei der Retentionsbetreibung handelt es sich um die Betreibung auf Verwertung eines Faustpfandes. Grundlage des ganzen Verfahrens ist somit das Bestehen eines solchen Pfandes. Solange aber diese Grundlage fehlt, weil das Retentionsrecht eben bestritten ist, erscheint jegliche Diskussion über das Forderungsrecht müssig. Der erwähnte Entscheid des Audienzrichters ist in sich widerspruchsvoll. Denn er heisst nichts anderes als: Die Voraussetzungen für die Betreibung auf Faustpfandverwertung sind zwar nicht gegeben, wenigstens kann diese Frage im Rechtsöffnungsverfahren nicht geprüft werden, aber, wenn sie zuträfen, wäre mit Bezug auf die Forderung so und so zu entscheiden. Diese Lösung ist offensichtlich abwegig.

[58]) SJZ 32 S. 331. Auch Jäger, Komm. Art. 283 N. 7, scheint, wenn auch seine Ausführungen nicht ganz eindeutig sind, eine getrennte Behandlung der beiden Rechte für zulässig zu halten.

Der Gläubiger kann mit einem solchen Rechtsöffnungstitel gar nichts anfangen, auch wenn der Schuldner eine Aberkennungsklage unterlässt. Eine Fortsetzung der Betreibung ist schlechterdings nicht möglich, bis über das Retentionsrecht entschieden ist.

In der Praxis müsste die getrennte Behandlung der beiden Klagen zu Verwicklungen führen, die jeglicher Prozessökonomie spotteten. Nehmen wir an, der Vermieter habe Klage auf Anerkennung des Retentionsrechts erhoben und ein Rechtsöffnungsbegehren mit Bezug auf die Forderung gestellt. Das letztere werde gutgeheissen, und der Schuldner leite die Aberkennungsklage ein. Logischerweise müsste diese sistiert werden, bis im ersten Prozess das Bestehen des Retentionsrechts festgestellt wäre. In diesem käme jedoch der Richter um eine Prüfung der Mietzinsforderung nicht herum, weil diese eines der drei Elemente des Retentionsrechts darstellt. Er müsste sich also mit der Streitfrage befassen, die eigentlich dem Aberkennungsprozess vorbehalten sein sollte.

Die Lösung muss nach dem Gesagten darin liegen, dass die beiden Rechte nicht auseinandergerissen und als voneinander völlig unabhängig behandelt werden, sondern dass immer über beide zusammen entschieden wird. (Das wird nur dann akut, wenn Forderung und Retentionsrecht bestritten sind. Einer Rechtsöffnung steht selbstverständlich nichts im Wege, wenn das Retentionsrecht anerkannt und damit die Grundlage des Verfahrens gegeben ist.) In obigem Sinne hat denn auch das Obergericht vor längerer Zeit entschieden. Es nahm an, Rechtsöffnung könne auch mit Bezug auf das Pfandrecht erteilt werden, wenn eine öffentliche Urkunde oder eine vom Schuldner unterschriebene Pfandanerkennung vorliege. Wenn eine solche aber nicht vorliege und das Pfandrecht bestritten sei, so werde der Audienzrichter, „auch wenn die Forderung als solche anerkannt oder festgestellt sein sollte, Rechtsöffnung nicht erteilen können“[59]).

[59]) ZR 7 No. 164.

6. Die Frage, ob der Rechtsöffnungsrichter zuständig ist, um den Rechtsvorschlag mit Bezug auf das Retentionsrecht zu beseitigen, ist umstritten. Im soeben zitierten Fall hat das Obergericht die Zuständigkeit bejaht; der Audienzrichter hat sie in jenem grundsätzlichen Entscheid vom 9. April 1935 verneint. Eine einheitliche Rechtsprechung besteht nicht. Dies hängt vor allem damit zusammen, dass im zürcherischen Recht nach § 334 Ziff. 7 lit. c ZPO gegen die Verfügungen des Audienzrichters kein ordentliches Rechtsmittel gegeben ist. Die obern Instanzen haben, von den seltenen Fällen einer Nichtigkeitsbeschwerde abgesehen, demnach nur dann Gelegenheit, sich mit solchen Fragen zu befassen, wenn sie, wie es schon verschiedentlich geschehen ist, in einem mit dem Rechtsöffnungsentscheid zusammenhängenden Beschwerdeverfahren angerufen werden. Auch das sind aber seltene Fälle. Die publizierten Entscheide sind denn auch zu zählen. Die Rechtsprechung der ersten Instanz hängt bis zu einem gewissen Grade vom jeweiligen Amtsinhaber ab. Das ist begreiflich und auch verzeihlich. Die Unsicherheit bei umstrittenen Fragen wird jedoch damit nicht kleiner. Das angetönte Problem bildet dafür einen Beweis.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist die Zuständigkeit des Rechtsöffnungsrichters abzulehnen. In den Art. 80—83 SchKG, die massgebend sind, ist ausschliesslich von der Forderung die Rede, während vom Pfandrecht nichts gesagt wird. Ebensowenig findet sich eine Ergänzung in Art. 153 SchKG, der auf die genannten Artikel verweist. Allein das kann nicht ausschlaggebend sein. Nachdem die Praxis es zugelassen hat, dass der Schuldner im Rechtsvorschlag auch das Pfandrecht bestreiten kann, — im Gesetz war das auch nicht vorgesehen, und erst die VZG hat hierüber Bestimmungen aufgestellt —, ist es naheliegend, die Grundsätze über die Beseitigung des Rechtsvorschlages mit Bezug auf die Forderung analog auf das Pfandrecht anzuwenden. Für die Zuständigkeit des Rechtsöffnungsrichters hat sich denn auch Blumenstein

in seinem Handbuch ausgesprochen[60]). Im „Steuerrecht" vertritt er dagegen, allerdings ohne sich weiter bei der Frage aufzuhalten, den entgegengesetzten Standpunkt. Er schreibt dort, der Rechtsvorschlag mit Bezug auf das Pfandrecht könne, „da nicht die Vollstreckbarkeit der Forderung in Frage steht, niemals durch Rechtsöffnung beseitigt werden". Vielmehr sei „eine Klage des Gläubigers auf Feststellung des Pfandrechts" erforderlich[61]).

Eingehender mit der Frage beschäftigte sich der Appellationshof des Kantons Bern in einem Entscheid vom 9. Januar 1931[62]). Es wird dort ausgeführt, die Zulassung des Rechtsvorschlages gegen das Pfandrecht bedinge vernünftigerweise auch die Zulassung der Rechtsöffnung. Es sei nicht einzusehen, weshalb der Gläubiger nicht definitive Rechtsöffnung sollte verlangen können, wenn er ein das Pfandrecht (mit-)betreffendes Urteil besitze. „Eine gegenteilige Entscheidung wäre geradezu absurd . . . Nicht anders verhält es sich nun hinsichtlich der provisorischen Rechtsöffnung. Auch hier ist der Fall einer Bestreitung des Pfandrechts in Art. 82 einfach unberücksichtigt gelassen worden, muss aber, will man nicht durch nichts begründete komplizierte Verhältnisse schaffen, in der Betreibung auf Pfandverwertung mit einbezogen werden, dergestalt, dass der „Schuldanerkennung" die in gleicher Weise hergestellte Anerkennung des Pfandrechts gleichgestellt wird, was natürlich zur Folge hat, dass dann auch die Aberkennungsklage ebenso wie gegen die Forderung auch gegen das Pfandrecht gegeben sein muss. Nur diese ausdehnende Auslegung entspricht dem

[60]) S. 518 (§ 39 I 3 b). Er schreibt, bei der Pfandverwertungsbetreibung könne „die Aberkennung der Forderung als solcher oder aber diejenige des dafür in Anspruch genommenen Pfandrechts verlangt werden". Die Aberkennungsklage setzt jedoch notwendigerweise einen Rechtsöffnungsentscheid voraus.

[61]) Schweizerisches Steuerrecht, II. Halbband, S. 660 (nicht S. 606, wie in BG 62 III 7 zitiert wird). Auf den gleichen Standpunkt stellt sich Jäger, Komm. Art. 283 N. 7.

[62]) ZBJV 68 S. 392.

gesetzgeberischen Gedanken des Art. 153 Abs. 4 SchKG, der ganz allgemein die Bestimmungen der Art. 71—86 als auf die Pfandverwertungsbetreibung anwendbar erklärt. Das kann folgerichtig nur so durchgeführt werden, dass die sämtlichen Bestimmungen der erwähnten Artikel auch auf das Pfandrecht angewendet werden, soweit nicht sachliche Gründe entgegenstehen, was aber hinsichtlich der provisorischen, so wenig wie hinsichtlich der definitiven Rechtsöffnung der Fall ist."

Der Audienzrichter hat sich in dem mehrfach erwähnten Entscheid bekanntlich für unzuständig erklärt. Er hat sich vor allem an den Wortlaut des Gesetzes gehalten und so argumentiert: Nicht das Rechtsöffnungsverfahren sei der ordentliche Weg zur Beseitigung des Rechtsvorschlages, sondern der Prozessweg. Ein Ausnahmeverfahren, eben das Rechtsöffnungsverfahren, sei nur für die in Art. 80 ff. abschliessend aufgezählten Fälle vorgesehen. „Dass der Rechtsöffnungsrichter nicht über das Retentionsrecht an sich entscheiden kann, ist ohne weiteres klar; er darf aber auch nicht auf einen an der Retention haftenden Rechtsschein abstellen, da dieser nicht gesetzlich als Rechtsöffnungstitel statuiert ist."

Im Beschwerdeverfahren, das mit diesem Entscheid im Zusammenhang steht, haben die Aufsichtsbehörden den gegenteiligen Standpunkt vertreten und die Zuständigkeit des Rechtsöffnungsrichters bejaht[63]). Zusammengefasst ergeben sich ungefähr folgende Erwägungen: Alle drei Instanzen haben zunächst untersucht, ob nicht das Kreisschreiben No. 24 der SchKKammer vom 12. Juli 1909 einen Anhaltspunkt gibt. Es heisst dort, der Gläubiger habe innert einer Frist von zehn Tagen nach Mitteilung des Rechtsvorschlages die Klage auf Anerkennung der Forderung, beziehungsweise des Retentionsrechtes anzustellen oder Rechtsöffnung zu verlangen und, wenn diese

[63]) Bezirksgericht: Beschluss vom 3. Dezember 1935; Obergericht: Beschluss vom 23. Januar 1936; Bundesgericht: Urteil vom 18. Februar 1936 (Band 62 III 7).

letztere abgewiesen werden sollte, innert der gleichen Frist von zehn Tagen den ordentlichen Prozess anzuheben. In diesem Sinne ist auch das Formular 40 abgefasst. Aus dem Wortlaut des Kreisschreibens ergibt sich jedoch die Zuständigkeit des Rechtsöffnungsrichters nicht eindeutig; denn es liesse sich denken, das Rechtsöffnungsverfahren sollte nur dann Platz greifen, wenn das Retentionsrecht unbestritten ist und nur das Bestehen der Forderung zur Diskussion steht. Der ordentliche Prozess, den der Gläubiger nach Abweisung des Rechtsöffnungsbegehrens einzuleiten hätte, wäre dann ausschliesslich ein Forderungsprozess. Die Aufsichtsbehörden zogen deshalb den Art. 93 VZG heran, der sich auf ähnliche Verhältnisse bezieht. Danach hat der Gläubiger, wenn der Schuldner oder der Pfandeigentümer gegen den Zahlungsbefehl Rechtsvorschlag erhoben hat, innerhalb zehn Tagen entweder direkt Klage auf Anerkennung der Forderung oder Feststellung des Pfandrechts anzuheben oder ein Rechtsöffnungsbegehren zu stellen und, wenn dieses abgewiesen werden sollte, innerhalb zehn Tagen seit rechtskräftiger Abweisung den ordentlichen Prozess auf Feststellung der Forderung oder des Pfandrechts einzuleiten, und zwar mit der Androhung, dass, wenn diese Fristen nicht eingehalten werden, die Miet- bzw. Pachtzinsensperre aufgehoben wird. Das Bundesgericht schreibt hiezu wörtlich: „Hier soll also auch gegenüber dem Rechtsvorschlag des Dritteigentümers des Pfandes, der sich überhaupt nur auf das Pfandrecht beziehen kann, das blosse Rechtsöffnungsbegehren zum Schutz gegen die Verwirkung der Ausdehnung der Pfandhaft auf die Miet- und Pachtzinsforderung genügen.“ Dieser Satz verlangt eine Zwischenbemerkung.

Bis zum Jahre 1912 hatte der Dritteigentümer eines Pfandes seine Rechte im Widerspruchsprozess zu wahren[64]). Mit Inkrafttreten des ZGB hat das Bundesgericht den

[64]) BG 24 I 160; 26 I 161.

neuen Grundsatz aufgestellt, der Dritteigentümer habe die gleiche betreibungsrechtliche Stellung wie der Schuldner. Er könne ebenfalls Rechtsvorschlag erheben und damit den Bestand oder die Fälligkeit der Forderung oder den Bestand des Pfandrechts bestreiten. Seit 1912 hat das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung an diesem Grundsatz festgehalten; kodifiziert findet er sich in Art. 88 VZG[65]).

Dass das Bundesgericht seine 24jährige Rechtsprechung in einem Nebensatz („der Rechtsvorschlag des Dritteigentümers des Pfandes, der sich überhaupt nur auf das Pfandrecht beziehen kann") ändern wollte, ist kaum anzunehmen. In diesem Fall ist aber die Berufung auf Art. 93 Abs. 1 VZG nicht ohne weiteres stichhaltig.

Es gibt zwar einen Fall, der sich nur auf das Pfandrecht bezieht, nämlich Art. 93 Abs. 2 VZG in der Fassung gemäss Beschluss des Bundesgerichtes vom 19. Dezember 1923. Wenn der Pfandeigentümer die Einrede erhoben hat, das Pfandrecht erstrecke sich nicht auch auf die Mietzinsen, so hat das Betreibungsamt den Gläubiger aufzufordern, innert zehn Tagen Klage auf Feststellung des bestrittenen Pfandrechts an den Mietzinsen anzuheben. Für diesen Fall ist also ausschliesslich der ordentliche Prozessweg vorgesehen; im Formular VZG No. 8 wird noch ausdrücklich gesagt, ein Rechtsöffnungsbegehren komme nicht in Betracht. Daraus könnte also eher der Schluss gezogen werden, bei bestrittenem Pfandrecht sei immer der ordentliche Richter anzurufen. Auf der andern Seite ist aber zu sagen, dass es sich hier um einen Sonderfall handelt, der nicht verallgemeinert werden darf.

Aus dem Umstand, dass der Gläubiger nach Art. 93 Abs. 1 VZG das Recht hat, nach Abweisung des Rechtsöffnungsbegehrens den ordentlichen Prozess auf Feststellung der Forderung oder des Pfandrechts einzu-

---

[65]) BG 38 I 652; 39 I 459; 41 III 258; 42 III 3, 67 und 247; 43 III 166; 44 III 107; 52 III 113; vgl. ferner ZR 17 No. 89, 19 No. 196; ZBJV 68 S. 392; Vögeli S. 93/94; Formular 38.

leiten, muss doch wohl geschlossen werden, dass sich der Rechtsöffnungsentscheid auch mit dem Pfandrecht befasst. Das Obergericht schreibt denn auch im erwähnten Entscheid: „Diese Bestimmung geht offenbar davon aus, dass auch, soweit es sich um die Bestreitung des Pfandrechts handle, grundsätzlich die Möglichkeit, den Rechtsvorschlag im Rechtsöffnungsverfahren aufzuheben, bestehe."

Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die Zuständigkeit des Rechtsöffnungsrichters weder aus dem Gesetz noch aus der VZG oder dem Kreisschreiben No. 24 eindeutig hervorgeht. Wir halten jedoch dafür, dass aus den in jenem Berner-Entscheid angeführten Gründen die Zuständigkeit doch unbedenklich bejaht werden kann. Sollte sich trotzdem eine gegenteilige Praxis entwickeln, so wäre es wünschenswert, wenn das Bundesgericht das betreffende Kreisschreiben so abänderte, dass der Gläubiger wirklich weiss, was er zu tun hat. Sonst kann es so herauskommen, wie im erwähnten Fall der Kunst- und Spiegel-AG. Obwohl dort der Rechtsöffnungsrichter seine Zuständigkeit inbezug auf das Retentionsrecht verneint, das Rechtsöffnungsbegehren in diesem Punkt also nicht eigentlich abgewiesen hat, wie es im Kreisschreiben heisst, kamen die Aufsichtsbehörden doch zum Schluss, das Retentionsverzeichnis sei nicht dahingefallen, nachdem der Gläubiger innert zehn Tagen nach Erhalt der einzelrichterlichen Verfügung Klage auf Anerkennung des Retentionsrechts eingeleitet hatte. Die Aufsichtsbehörden prüften also, ob der Rechtsöffnungsrichter zuständig gewesen wäre, und erklärten, er sei zu Unrecht auf das Begehren nicht eingetreten. Das zeigt am besten die Unsicherheit in dieser Frage.

Die Praxis wird sich also zu entscheiden haben: entweder ist der Rechtsöffnungsrichter zuständig, über das Retentionsrecht zu befinden, oder er ist es nicht. Dann käme in allen Fällen, in denen das Retentionsrecht bestritten ist, ein Rechtsöffnungsverfahren gar nicht in

Frage; schlüge der Gläubiger doch diesen Weg ein, so hätte er die Fristen des Kreisschreibens nicht eingehalten, weil er den sachlich unzuständigen Richter angerufen hätte, und das Retentionsverzeichnis fiele mit allen seinen Wirkungen dahin.

Für das Folgende soll aber, wie gesagt, angenommen werden, der Rechtsöffnungsrichter sei zuständig.

7. Ob die Rechtsöffnung erteilt werden kann, ist eine andere Frage. Es sind nicht alle Fälle so klar wie jener Berner Fall, in dem eine Schuld- und eine Pfandanerkennung vorlag[66]). In unseren Fällen wird sich der Gläubiger regelmässig nur auf den Mietvertrag stützen können. Das Bundesgericht führt deshalb mit Recht aus, die Voraussetzungen für die provisorische Rechtsöffnung gegenüber dem Rechtsvorschlag gegen das Retentionsrecht dürften kaum je vorliegen, „weil das Retentionsrecht des Vermieters oder Verpächters, das eine Art gesetzlichen Pfandrechtes ist, nur ganz ausnahmsweise einmal durch öffentlich beurkundete oder unterschriebene Anerkennung (des Retentionsrechtes) ausgewiesen sein dürfte"[67]). Wir haben schon oben (unter III 2) darauf hingewiesen, wie wichtig es für den Rechtsöffnungsrichter wäre, zu wissen, was für Einwendungen der Schuldner im Rechtsvorschlag mit Bezug auf das Retentionsrecht erheben will. Wenn damit nämlich nur die Abhängigkeit des Retentionsrechts vom Bestehen der Forderung geltend gemacht werden soll, so braucht der Rechtsöffnungsrichter nur das letztere zu prüfen.

Wie ist es aber zu halten, wenn der Schuldner zur Rechtsöffnungsverhandlung nicht erscheint, so dass auf Grund der Akten zu entscheiden ist, und auch der Rechtsvorschlag keine Begründung enthält? Als massgebende Urkunden liegen dann in der Regel nur der Mietvertrag und die Retentionsurkunde vor. Man wäre versucht, an

---

[66]) ZBJV 68 S. 392; die Urkunde war überschrieben: „Reconnaissance de dette et nantissement".

[67]) BG 62 III 7.

eine Lösung zu denken, wie sie Blumenstein bei der Betreibung auf Verwertung eines Steuerpfandes befürwortet.

„Der Streit um das Bestehen des Steuerpfandes berührt eine Frage des materiellen Steuerrechtes, weshalb zu seiner Beurteilung die Zivilgerichte nicht zuständig sind. Ein Verwaltungsjustizverfahren, in dem solche Feststellungsstreitigkeiten ausgetragen werden, fehlt dem Bund und regelmässig auch den Kantonen. Ist jedoch das Bestehen einer Steuerforderung rechtskräftig festgestellt, so ergibt sich dasjenige des Pfandrechts ohne weiteres aus dem Gesetz selbst, weshalb die bereits ergangene oder noch zu bewirkende Feststellung der Steuerforderung das für privatrechtliche Pfandrechte erforderliche Gerichtsurteil ersetzt"[68]). Leider ist die analoge Anwendung dieser Grundsätze auf unsere Fälle deshalb nicht möglich, weil der Bestand des Retentionsrechts nicht ausschliesslich vom Bestehen einer Forderung abhängt.

Dagegen könnte man sich fragen, ob der Rechtsöffnungsrichter nicht einfach zu prüfen hat, ob die Voraussetzungen des Retentionsrechts (Mietzinsforderung, Gegenstände in den Mieträumen, Gegenstände, die zur Einrichtung oder Benutzung dieser Räume gehören) durch Urkunden bewiesen ist. Für die Mietzinsforderung trifft das zu, wenn ein vom Schuldner unterzeichneter Mietvertrag vorliegt, was der Normalfall sein wird. Schwieriger ist es mit den beiden andern Faktoren. Hiefür könnte einzig auf die Retentionsurkunde abgestellt werden. Das ist nun weder eine öffentliche Urkunde im Sinne von Art. 80 SchKG, weil in ihr der Bestand des Retentionsrechts nicht festgestellt wird, noch eine vom Schuldner unterschriebene Pfandanerkennung analog der Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 SchKG. Die einzige Möglichkeit wäre die, dass man so argumentierte: das Betreibungsamt darf nur solche Gegenstände retinieren, bei denen die Voraussetzungen von Art. 272 OR erfüllt sind. Die Vermutung spricht dafür, dass die aufgenom-

[68]) Steuerrecht S. 661.

menen Gegenstände wirklich retinierbar waren. In Anwendung von Art. 9 ZGB darf demnach der Rechtsöffnungsrichter auf die Retentionsurkunde abstellen, solange nicht der Schuldner die Unrichtigkeit ihres Inhaltes nachweist.

Auf diesem Wege könnte der unbefriedigende Zustand, dass derjenige Schuldner, der bei der Rechtsöffnungsverhandlung ausbleibt, unter Umständen viel besser fährt als derjenige, der einer Vorladung Folge leistet und in der Verhandlung seinen Rechtsvorschlag begründen muss, beseitigt werden. Entscheide in dieser Richtung sind uns nicht bekannt. Wir verhehlen uns selbstverständlich die Bedenken gegen eine solche Lösung nicht, die vor allem darin liegen, dass dadurch anstelle des qualifizierten Urkundenbeweises, an dem mit Recht strenge festgehalten wird, ausnahmsweise ein einfacher Urkundenbeweis treten würde. Es lag uns jedoch daran, wenigstens die Schwierigkeiten in dieser Frage aufzudecken. Auch hier wird es Aufgabe der Rechtsprechung sein, einen Weg zu finden, der den Anforderungen der Praxis gerecht wird.

8. Wichtig ist die zehntägige Frist, die durch das mehrfach erwähnte Kreisschreiben No. 24 eingeführt wurde. Wenn Forderung und Retentionsrecht bestritten sind und der Gläubiger den ordentlichen Prozessweg einschlägt, muss er ausdrücklich auch auf Anerkennung des Retentionsrechts klagen, sonst geht dieses unter[69]). Anders dürfte es wohl beim Rechtsöffnungsbegehren sein, weil hier ohne nähere Spezifikation einfach Rechtsöffnung verlangt wird und diese nach dem früher Gesagten nur für Forderung und Retentionsrecht zusammen erteilt werden kann.

---

[69]) Jäger, Praxis IV Art. 283 N. 7; ZR 29 No. 74. Über die noch nicht endgültig entschiedene Frage, ob die Klage auf Anerkennung des Retentionsrechts durch friedensrichterliche Weisung oder durch direkte Klageschrift anhängig zu machen ist, vgl. das schon früher zitierte Referat von Lang in SJZ 32 S. 331.

IV. Die Stellung des Drittansprechers.

Anhangsweise soll noch kurz erwähnt werden, welche Rechtsbehelfe dem Dritteigentümer oder Drittansprecher eines retinierten Gegenstandes zur Verfügung stehen. Dass der Dritte, auch wenn sein Eigentum an der Sache nicht bestritten ist, seine Rechte nicht im Rechtsvorschlag zu wahren hat, wie sonst der Dritteigentümer eines Faustpfandes, ist vom Bundesgericht ausdrücklich festgestellt worden[70]). Der Dritte hat seine Rechte in erster Linie im Widerspruchsprozess zur Geltung zu bringen. Die Fristen hiezu sind jedoch erst nach Eingang des Verwertungsbegehrens anzusetzen[71]).

Umstritten ist die Frage, was für Einreden der Dritte erheben kann. Das Bundesgericht hat ausgeführt: „Der Dritteigentümer eines Retentionsobjektes ist weder berechtigt, die Mietzinsforderung zu bestreiten, noch prinzipielle Einwendungen gegen das Retentionsrecht geltend zu machen"[72]). Das wäre höchst unbefriedigend. Es ist allerdings richtig, dass der Schuldner solche Einreden vorzubringen hat; aber vielleicht sind bei ihm nur Drittmannsgegenstände retiniert worden, an deren Freigabe er kein Interesse hatte und deshalb einen Rechtsvorschlag unterliess. In diesem Fall muss doch wohl auch dem Dritten das Recht zu prinzipiellen Einreden eingeräumt werden; ihn auf eine Schadenersatzforderung gegen den Schuldner zu verweisen, würde den Bedürfnissen der Praxis nicht gerecht.

In diesem Sinne haben denn auch die Berner und Zürcher Gerichte entschieden, indem sie dem Drittansprecher die Einrede zugestanden, die angesprochene Sache gehöre nicht zur Einrichtung oder Benutzung der gemieteten Räume. Die gegenteilige Auffassung des

---

[70]) BG 44 III 107.

[71]) Formular 40, Rückseite; ZBJV 68 S. 296; ZR 33 No. 117; BG 28 I 228; Spörri S. 112.

[72]) BG 44 III 107.

Bundesgerichts, führt das Berner Gericht aus, werde der Rechtsstellung des Drittansprechers nicht gerecht. „Denn in den Fällen, wo eine Sache in Frage steht, die weder zur Einrichtung noch zur Benützung der gemieteten Räume gehört, hat er gar keinen Anlass, dem Vermieter sein Eigentumsrecht (gemäss Art. 273 OR) mitzuteilen"[73]).

Daneben steht dem Drittansprecher auch der Beschwerdeweg offen. Der Dritte gehört zwar nicht dem betreibungsrechtlichen Kreise (Gläubiger-Schuldner) an, hat aber in vielen Fällen doch ein rechtliches Interesse an einer sofortigen Entscheidung. Die Frage ist zwar nicht unbestritten. Die Berner Aufsichtsbehörde hat die Legitimation des Drittansprechers rundweg abgelehnt, die Rechtsprechung des Zürcher Obergerichtes ist schwankend, das Bundesgericht hat sich anfänglich auch ablehnend verhalten, in einem neuesten Entscheid, in Änderung der Praxis, das rechtliche Interesse des Dritten aber doch anerkannt und ihm den Beschwerdeweg geöffnet[74]). Für die Beschwerde des Dritten gelten die gleichen Grundsätze wie für diejenige des Schuldners; besonders hervorzuheben ist noch, dass der Drittansprecher auch die Möglichkeit hat, sich zu seinen (nicht des Schuldners) Gunsten auf die Kompetenzqualität zu berufen[75]). Ausnahmsweise steht dem Dritten, wie dem Schuldner, der Befehlsweg offen[76]).

---

[73]) ZBJV 68 S. 296; ZR 33 No. 117.

[74]) ZBJV 68 S. 296; ZR 32 No. 161 (zulässig); ZR 34 No. 119 (unzulässig); BG 54 III 63 (im Prinzip unzulässig; nur insofern steht dem Dritten „ein Beschwerderecht zu, als der Betreibungsbeamte eine von ihm in einer solchen Betreibung rechtzeitig erhobene Eigentumsansprache nicht entgegennimmt, oder das Widerspruchsverfahren nicht oder in gesetzwidriger Weise durchführt"); BG 61 III 11 (zulässig: Änderung der Praxis).

[75]) BG 42 III 58; Spörri S. 91.

[76]) ZR 16 No. 124; 24 No. 131.