

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:	58 (1939)
Artikel:	Die Retentionsprosequierungsklage : insbesondere nach zürcherischem Prozessrecht
Autor:	Usteri, Paul Leonhard
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896251

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: 22.02.2026

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

Die Retentionsprosequierungsklage (insbesondere nach zürcherischem Prozessrecht).

Von Dr. Paul Leonhard Usteri,
Obergerichtssekretär, Zürich.

Es ist der Rechtsprechung bis heute nicht gelungen, einem Gläubiger, der seine Mietzinsbetreibung durch den Rechtsvorschlag des Schuldners gehemmt sieht, auf alle Fragen, die bei der Beseitigung dieses Rechtsvorschlages auftauchen, eine befriedigende Antwort zu geben. Es soll daher im folgenden auf verschiedene Probleme hingewiesen und zugleich versucht werden, eine Lösung zu zeigen.

I.

Dem Gläubiger, der eine Mietzinsforderung durch das Mittel der Zwangsvollstreckung eintreiben will, stehen normalerweise zwei Wege zur Verfügung. Einmal kann er von der Geltendmachung des ihm durch das Gesetz eingeräumten Retentionsrechtes absehen und den Weg der gewöhnlichen Betreibung auf Pfändung einschlagen. Den Rechtsvorschlag des Schuldners hat der Gläubiger in diesem Falle im Rechtsöffnungsverfahren oder durch eine Forderungsklage zu beseitigen. Eine bestimmte Frist zur Einleitung dieser Rechtsvorkehren ist nicht gegeben; der Gläubiger kann damit so lange zuwarten, als der Zahlungsbefehl in Kraft ist.

In zweiter Linie kann der Gläubiger den Weg der Retentionsbetreibung einschlagen. Er hat das Begehr um Aufnahme einer Retentionsurkunde zu stellen und für die verfallene Mietzinsforderung innert 10 Tagen nach Zustellung der Retentionsurkunde und für die laufende Mietzinsforderung innert 10 Tagen nach ihrer Fälligkeit

die Betreibung auf Pfandverwertung anzuheben (Art. 283 Abs. 3 SchKG; Formular 40). Unterläßt er dies, so erlischt für die betreffende Forderung der Retentionsbeschlag.

Im Rechtsvorschlag kann der Schuldner den Bestand oder die Fälligkeit der Forderung oder den Bestand des Retentionsrechtes bestreiten, und zwar gilt der Grundsatz, daß im Rechtsvorschlag ausdrücklich gesagt werden muß, er beziehe sich auch auf das Retentionsrecht¹⁾.

In denjenigen Fällen, in denen nur der Bestand oder die Fälligkeit der Forderung, nicht aber der Bestand des Retentionsrechtes bestritten wird, hat der Gläubiger, wie bei der gewöhnlichen Betreibung, den Rechtsvorschlag im Rechtsöffnungsverfahren oder auf dem ordentlichen Prozeßweg zu beseitigen. Dagegen darf er mit diesen Rechtsvorkehrn nicht beliebig lange zuwarten; vielmehr hat er nach dem Kreisschreiben Nr. 24 der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichtes vom 12. Juli 1909 innert einer ihm vom Betreibungsbeamten anzusetzenden Frist von 10 Tagen²⁾ Klage auf Anerkennung der Forderung zu erheben oder Rechtsöffnung zu verlangen, und, wenn diese letztere abgewiesen werden sollte, innert der gleichen Frist von 10 Tagen den ordentlichen Prozeß anzuheben. Die Fristansetzung erfolgt unter der Androhung, daß bei Nichtbeachtung der Fristen das Retentionsverzeichnis mit allen seinen Wirkungen dahinfalle. Diese Prozesse, bei denen nur die Forderung streitig ist, bieten im allgemeinen keine Besonderheiten. Zu erwähnen ist lediglich, daß die Forderungsklage nach § 123 Ziff. 10 rev. ZPO³⁾ durch Einreichung einer Klageschrift

¹⁾ Vgl. unsern Aufsatz: „Retention und Betreibung für Mietzinsforderungen“ in dieser Zeitschrift, Band 56, S. 87 Anm. 53 und dortige Zitate.

²⁾ Wir kommen auf diese Bestimmung später noch zurück.

³⁾ In Kraft seit 1. Juli 1935.

unmittelbar beim zuständigen Richter⁴⁾ und nicht mehr, wie bisher, unter der Herrschaft der alten ZPO, durch Einreichung einer friedensrichterlichen Weisung anhängig zu machen ist.

Denkbar ist im weiteren, daß der Schuldner im Rechtsvorschlag nur das Retentionsrecht bestreitet, im übrigen aber die Forderung anerkennt. Mit diesen Fällen brauchen wir uns jedoch nicht näher zu beschäftigen, da sie äußerst selten vorkommen dürften.

II.

Schwierigkeiten haben sich dagegen in denjenigen Mietzinsbetreibungen gezeigt, in denen der Schuldner die Forderung und das Retentionsrecht bestreitet. Diese Fälle sollen daher den eigentlichen Gegenstand unserer Untersuchung bilden, und wir wollen uns vor allem mit der Rechtsfigur der Retentionsprosequierungsklage befassen.

1. Zunächst ein Wort zur Terminologie. Zwischen den auf Beseitigung des Rechtsvorschages gerichteten Klagen im Arrestbetreibungsverfahren und im Betreibungsverfahren für Mietzinsforderungen besteht nach verschiedenen Richtungen eine große Ähnlichkeit. Es war daher naheliegend, auch für die letzteren den im Arrestbetreibungsverfahren gebräuchlichen Ausdruck zu übernehmen und damit den neuen Begriff der Retentionsprosequierungsklage zu schaffen. Während aber im Arrestbetreibungsverfahren die Prosequierungsklage immer eine Forderungsklage ist, kann die Retentionsprosequierungsklage eine

⁴⁾ Bei einem Streitwert bis 50 Fr. beim Friedensrichter, bei einem solchen von 50 bis 600 Fr. beim Einzelrichter im ordentlichen Verfahren und bei einem Streitwert über 600 Fr. beim Bezirksgericht als Kollegialgericht. Für die Berechnung des Streitwertes ist ausschließlich die Höhe der Forderung maßgebend; dagegen spielt der Schätzungswert der Retentionsgegenstände keine Rolle.

Klage auf Anerkennung der Forderung oder eine Klage auf Feststellung des Retentionsrechts sein. Der Begriff: Retentionsprosequierungsklage ist daher der Oberbegriff, der beide Arten von Klagen umfaßt. Noch umfassender ist der Begriff der Retentionsprosequierung schlechthin; unter diesen Begriff fallen außer den genannten beiden Klagen auch die Rechtsöffnungsbegehren.

2. Was ein Gläubiger vorzukehren hat, wenn der Schuldner im Rechtsvorschlag die Forderung und das Retentionsrecht bestreitet, ist in der Praxis keineswegs abgeklärt, und auch das bundesgerichtliche Kreisschreiben ist nicht dazu angetan, die Unklarheit zu vermindern. Zunächst verweist es, wie wir schon gesehen haben, den Gläubiger auf den ordentlichen Prozeßweg. Auch in der gewöhnlichen Betreibung wird der Gläubiger (durch Art. 79 SchKG) in erster Linie auf den Weg des ordentlichen Prozesses verwiesen.

In zweiter Linie weist das Kreisschreiben den Gläubiger an, Rechtsöffnung zu verlangen. Hier erhebt sich nun die Frage, ob sich das Rechtsöffnungsbegehren nur auf die Forderung oder auf Forderung und Retentionsrecht zu beziehen habe und ob der Audienzrichter überhaupt zuständig sei, mit Bezug auf das Retentionsrecht einen Entscheid zu fällen. Die Frage ist in der Praxis ebenfalls umstritten; wir treten auf dieses Problem hier nicht näher ein, da wir uns an anderer Stelle ausführlich damit beschäftigt haben⁵⁾. Wir halten jedoch dafür, daß im Hinblick auf den grundsätzlichen Entscheid des Bundesgerichtes vom 18. Februar 1936 in Sachen Kunst und Spiegel AG⁶⁾ die Zuständigkeit des Audienzrichters nunmehr unbedenklich bejaht werden dürfte.

3. Gleichwohl kommt es in der Praxis immer wieder vor, daß ein Gläubiger zwar das Rechtsöffnungsbegehren stellt, das Retentionsrecht aber nicht in dieses einbezieht, sei es, daß er trotz dem erwähnten bundesgerichtlichen

⁵⁾ Vgl. hiezu im einzelnen unsern Aufsatz S. 91 ff.

⁶⁾ BG 62 III S. 7.

Urteil der Auffassung ist, der Audienzrichter sei grundsätzlich nicht befugt, mit Bezug auf das Retentionsrecht einen Entscheid zu treffen, sei es, daß er nicht im Besitze eines Rechtsöffnungstitels hinsichtlich des Retentionsrechts ist, oder aus irgendwelchen andern Gründen.

Im folgenden soll nun geprüft werden, von welchem Zeitpunkt an in einem solchen Falle die zehntägige Frist zur Einleitung der Klage auf Feststellung des Retentionsrechtes zu laufen beginnt.

Eine eindeutige Antwort gibt das Kreisschreiben nicht. Dagegen hat sich das Bundesgericht im eben erwähnten Entscheid vom 18. Februar 1936 mit dem Problem befaßt. Hiezu ist allerdings vorauszuschicken, daß der damals zur Diskussion stehende Tatbestand wesentlich anders lag als der von uns angenommene. In jenem Falle nämlich hatte der Gläubiger Rechtsöffnung auch mit Bezug auf das Retentionsrecht verlangt; der Audienzrichter war jedoch der Meinung, er sei zur Beurteilung der Frage nach der Gültigkeit des Retentionsrechtes nicht zuständig, und die Aufsichtsbehörden hatten sich in der Folge dann eigentlich nur mit der Frage der Zuständigkeit des Audienzrichters zu befassen. Bekanntlich ist diese von allen drei Instanzen bejaht worden⁷⁾. Das Bundesgericht führt nun (auf S. 11) aus, den Vermieter, welcher vorerst ein Rechtsöffnungsbegehrten gestellt habe, damit aber nicht habe zum Ziele gelangen können, weil eben der Audienzrichter sich (zu Unrecht) für unzuständig erklärt habe, dürfe nicht die Verwirkung des Retentionsbeschlages treffen, wenn er erst nachträglich Klage auf Feststellung des Retentionsrechtes erhebe. „Und zwar nicht nur mangels einer unzweideutigen daherigen Androhung, sondern weil es unerwünscht wäre, den Vermieter sofort auf den Weg der eigentlichen gerichtlichen Klage zu drängen. Müßte er wegen des Retentionsrechtes sofort gerichtliche Klage

⁷⁾ Vgl. unsern Aufsatz S. 96.

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 nebeneinanderhergehende Verfahren einleiten zu müssen, zumal auf die Gefahr hin, 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 Retentionsrechtes 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. Somit ist dem Vermieter zuzugestehen, daß er mit der Retentionsrechtsklage unter allen Umständen ohne Gefahr des Rechtsverlustes bis nach Erledigung seines Rechtsöffnungsbegehrens zuwarten darf, gleichgültig welches im allgemeinen die Stellungnahme des kantonalen Richters zur Frage der Rechtsöffnung mit Bezug auf das Pfandrecht sei, ja auch wenn das Retentionsrecht nicht einmal in das Rechtsöffnungsbegehrnis einbezogen worden ist.“

Was zunächst den Passus im bundesgerichtlichen Entscheid angeht, der vom Auseinanderfallen der Rechtsvorkehren spricht, so liegen nach unserer Erfahrung die Fälle gerade umgekehrt, als das Bundesgericht annimmt. In der Regel nämlich wird der Vermieter im Besitze eines schriftlichen Mietvertrages sein, und er könnte gestützt auf diesen an sich die provisorische Rechtsöffnung erhalten, während dann der Mieter den Weg der Aberkennungsklage zu beschreiten hätte. Diesen Fall nimmt das Bundesgericht ebenfalls an und sagt dann, der Vermieter müsse bezüglich des Retentionsrechtes noch Klage er-

heben. Hier scheint uns nun der springende Punkt zu liegen. Das Bundesgericht hat es nämlich unterlassen, zu sagen, wann der Vermieter diese Klage zu erheben hat. Offenbar ging das Bundesgericht von der Annahme aus, die Klage auf Feststellung des Retentionsrechtes sei vom Vermieter ebenfalls innert 10 Tagen nach Mitteilung des Rechtsöffnungsentscheides zu erheben. Es wäre dann so, daß die vom Schuldner innert 10 Tagen einzureichende Aberkennungsklage und die vom Gläubiger innert einer gleichlangen Frist einzureichende Feststellungsklage bezüglich des noch bestrittenen Retentionsrechtes nebeneinander bestünden.

Gegen ein solches Vorgehen wäre, abgesehen von dem von uns schon immer verpönten „Auseinanderreißen“ der beiden Rechte⁸⁾ an sich nichts einzuwenden, wenn der Gläubiger zur Einleitung der Klage auf Feststellung des Retentionsrechtes innert dieser Frist verpflichtet wäre. Allein das ist eben nicht der Fall. Der Gläubiger kann innert 10 Tagen auf Feststellung des Retentionsrechtes klagen, er muß aber nicht. Denn im Kreisschreiben heißt es, der ordentliche Prozeß sei anzuheben, wenn der Gläubiger im Rechtsöffnungsverfahren abgewiesen werde. Für jene Fälle dagegen, in denen ein Rechtsöffnungsbegehrung gutgeheißen wird, sieht das Kreisschreiben eine bestimmte Frist nicht vor. Der Gläubiger wäre also nicht gezwungen, das bestrittene Retentionsrecht innert einer Frist von 10 Tagen vor Gericht zum Austrag zu bringen. Er könnte vielmehr mit der Klage auf Feststellung des Retentionsrechtes so lange zuwarten, als der Zahlungsbefehl in Kraft ist. Dabei hätte der Schuldner nicht einmal die Möglichkeit, den Gläubiger zur Einleitung einer solchen Klage zu provozieren⁹⁾. Der Schuldner könnte höchstens selber als Kläger auftreten und auf Nichtbestehen des Retentionsrechtes klagen oder in liquiden Fällen auf dem

⁸⁾ Vgl. unsern Aufsatz S. 92/3 und unten bei Anm. 13.

⁹⁾ Denn eine Bestimmung, ähnlich derjenigen in § 122 rev. ZPO, existiert nicht.

Befehlswege die Herausgabe der retinierten Gegenstände verlangen¹⁰⁾.

Der Zweck des Kreisschreibens ist aber, den Vermieter dazu zu zwingen, in kurzer Zeit seine behaupteten, vom Mieter jedoch bestrittenen Rechtsansprüche dem richterlichen Entscheid zu unterbreiten, damit möglichst rasch festgestellt werden kann, ob der Eingriff in das Vermögen des Mieters zu Recht erfolgte oder nicht. Dieser Zweck darf bei der Auslegung des Kreisschreibens nie außer acht gelassen werden.

Geht man bei der Frage nach dem maßgebenden Zeitpunkt für die Berechnung des Fristenlaufes von der Überlegung aus, daß in allen Fällen, in denen das Retentionsrecht nicht in das Rechtsöffnungsbegehrten einbezogen und das letztere gutgeheißen wird, der Zweck des Kreisschreibens vereitelt würde, so gelangt man zu folgendem Ergebnis: Als maßgebender Zeitpunkt kommt, wenn der Gläubiger sein Rechtsöffnungsbegehrten nicht auf das Retentionsrecht ausdehnt, — die erweiterte Entscheidungsbefugnis des Audienzrichters immer vorausgesetzt —, einzig die Mitteilung des Rechtsvorschlages in Frage. Die Lösung für das Vorgehen des Gläubigers muß darin erblickt werden, daß dieser innert 10 Tagen nach Kenntnis des Rechtsvorschlages Rechtsvorkehren zu treffen hat, und zwar mit Bezug auf Forderung und Retentionsrecht. Der Gläubiger hat daher in allen Fällen, in denen er von der Anrufung des Audienzrichters mit Bezug auf das Retentionsrecht absehen will, innerhalb 10 Tagen, von der Mitteilung des Rechtsvorschlages an, Klage auf Feststellung des Retentionsrechtes zu erheben. Leitet er diese Klage erst innert 10 Tagen nach Mitteilung des Rechtsöffnungsentscheides, der sich nur mit der Forderung befaßt, ein, so hat er die Frist nicht eingehalten, sodaß die Klage von der Hand zu weisen ist¹¹⁾.

¹⁰⁾ ZR 13 Nr. 151.

¹¹⁾ In diesem Sinne hat vor einiger Zeit der Einzelrichter im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Zürich entschieden,

Auf Grund der vorstehenden Ausführungen halten wir dafür, in der Fristansetzung sollte dem Gläubiger aufgegeben werden, innert einer von der Mitteilung des Rechtsvorschlages an laufenden Frist von 10 Tagen die Klage auf Anerkennung der Forderung, bzw. des Retentionsrechtes zu erheben oder Rechtsöffnung hinsichtlich der Forderung, bzw. des Retentionsrechtes zu verlangen. Bei dieser Formulierung würde sich dann, soviel wir sehen, klar ergeben, daß der Gläubiger mit Bezug auf beide Rechte Rechtsvorkehren zu treffen hat.

4. Als maßgebenden Zeitpunkt für die Berechnung des Fristenlaufes haben wir soeben die Mitteilung des Rechtsvorschlages bezeichnet. Dies bedarf einer ergänzenden Bemerkung. Im Kreisschreiben heißt es, es sei dem Schuldner das Recht einzuräumen, vom Gläubiger zu verlangen, daß er innert einer ihm vom Betriebsbeamten anzusetzenden Frist von zehn Tagen Klage erhebe oder Rechtsöffnung verlange. Diese Fristansetzung ist in der Retentionsurkunde (Formular 40) enthalten; die Bestimmungen des Kreisschreibens gelangen daher zusammen mit der Mitteilung über das Ergebnis der Retention zur Kenntnis des Gläubigers. Sofern dieser vorerst nur ein Retentionsbegehr stellt und erst nach Empfang der Retentionsurkunde das Betriebsbegehr, ist gegen ein solches Vorgehen nichts einzuwenden. Man könnte sich höchstens fragen, ob es nicht wünschenswert wäre, wenn das Betriebsamt den Gläubiger mit dem Zahlungsbefehldoppel, das den Rechtsvorschlag des Schuldners enthält, noch besonders auf den Fristenlauf aufmerksam mache, etwa durch ein vervielfältigtes Blatt, wie dies von einzelnen Betriebsämtern in den Arrestbetreibungen verwendet wird. Schwieriger wird die Frage, wie es zu halten sei, wenn der Gläubiger

und seine Auffassung ist vom Obergericht als Kassationsinstanz geschützt worden; vgl. Verfügung des Einzelrichters vom 30. August 1937 und Beschuß des Obergerichtes vom 9. Dezember 1937 i. S. Bischofsberger.

gleichzeitig das Retentions- und das Betreibungsbegehren stellt. Es kann nämlich vorkommen, daß der Gläubiger das Zahlungsbefehldoppel früher erhält als die Retentionsurkunde, in der gesagt wird, er habe innert zehn Tagen seit Mitteilung des Rechtsvorschlages Rechtsöffnung zu verlangen oder Klage zu erheben. Wenn der Gläubiger innert 10 Tagen seit Mitteilung des Rechtsvorschlages die Retentionsurkunde mit der Fristansetzung erhält, kann man ihm zur Not noch zumuten, daß er rechtzeitig Rechtsvorkehren treffe. Eine solche Verkürzung der Frist ist allerdings nichts weniger als befriedigend. Ganz unhaltbar scheint es uns aber zu sein, daß ein Gläubiger die Retentionsurkunde mit der Fristansetzung drei Wochen nach der Mitteilung des Rechtsvorschlages in die Hände bekommt, wie wir dies kürzlich in einer Beschwerdesache feststellten.

Einzelne Betreibungsämter lassen dem Gläubiger mit dem Zahlungsbefehldoppel noch eine besondere Fristansetzung zugehen, eben in Form eines vervielfältigten Blattes, und zwar unbekümmert um die in der Retentionsurkunde enthaltene Fristansetzung. Es sind gegenwärtig sogar Bestrebungen im Gange, denen zufolge die Fristansetzung aus der Retentionsurkunde überhaupt entfernt und dafür in das für den Gläubiger bestimmte Doppel des Zahlungsbefehls aufgenommen werden soll¹²⁾. Die geplante Neuerung ist an sich sehr zu begrüßen. Allein auch sie vermag nicht restlos zu befriedigen. Denn in allen Fällen, in denen der Gläubiger die Retentionsurkunde nach dem Zahlungsbefehldoppel erhält, besteht die Gefahr, daß er auf Grund der (besonderen) Fristansetzung Rechtsöffnung verlangt oder Klage erhebt, während er nachher aus der Retentionsurkunde ersehen muß, daß das Ergebnis der Retention solche Maßnahmen nicht gerechtfertigt hätte. Die sauberste Lösung schiene uns daher zu sein, daß der

¹²⁾ Wir verdanken diese Mitteilung Stadtammann Boßhard, dem Vorsteher des Betreibungsamtes Zürich 4 und Präsidenten des Stadtammännerkollegiums.

Gläubiger die Retentionsurkunde früher oder spätestens gleichzeitig mit dem Zahlungsbefehldoppel erhält.

III.

Wir sind davon ausgegangen, der Gläubiger habe das bestrittene Retentionsrecht nicht in das Rechtsöffnungsbegehren einbezogen, sondern nur für die Forderung Rechtsöffnung verlangt. Diese ist richtigerweise zu verweigern. Denn wir sind grundsätzlich der Ansicht, die das Zürcher Obergericht schon in einem alten Entscheid vom 18. Juni 1908¹³⁾ vertreten hat, daß nämlich der Audienzrichter, wenn das Retentionsrecht bestritten ist, Rechtsöffnung nicht erteilen kann, auch wenn die Forderung als solche anerkannt oder festgestellt sein sollte, mit andern Worten, daß der Audienzrichter nur mit Bezug auf beide Rechte zusammen Rechtsöffnung erteilen kann. Stellt man sich auf den Boden dieses Präjudizes, so ist es entgegen der vom Bundesgericht in Bd. 62 III S. 11 ausgesprochenen Ansicht ausgeschlossen, daß gleichzeitig der Gläubiger auf Feststellung des Retentionsrechtes und der Schuldner auf Aberkennung der Forderung klagt.

Geht man also davon aus, das Rechtsöffnungsbegehren werde abgewiesen, so hat der Gläubiger nach dem bundesgerichtlichen Kreisschreiben innert 10 Tagen den ordentlichen Prozeßweg zu beschreiten. Erhebt er zusammen mit der Forderungsklage erst jetzt die Retentionsrechtsklage, so ist diese letztere, wie wir bereits gesehen haben, von der Hand zu weisen. Im folgenden soll nun geprüft werden, welche Wirkungen diese Erledigung der Retentionsrechtsklage auf die Forderungsklage hat¹⁴⁾.

¹³⁾ ZR 7 Nr. 164.

¹⁴⁾ Es handelt sich dabei nicht etwa nur um eine theoretische Streitfrage; denn in dem bereits früher zitierten Falle Bischofsberger (vgl. Anm. 11) gelangten die beiden Instanzen zu verschiedenen Lösungen. Der erstinstanzliche Richter nämlich stellte

1. Die Realisierung der in ein Retentionsverzeichnis aufgenommenen Gegenstände erfolgt in den Formen der Betreibung auf Verwertung eines Faustpfandes (Art. 37 Abs. 2, 283 Abs. 3 SchKG). Voraussetzung für die Durchführung dieser besondern Betreibungsart ist das Bestehen einer Forderung und eines Pfandes. Eine Betreibung auf Pfandverwertung ohne das Bestehen eines Faustpfandes ist prinzipiell undenkbar¹⁵⁾). Der Untergang des Retentionsverzeichnisses mit allen seinen Wirkungen, also der Wegfall des Pfandes, bildet daher einen Erlöschungsgrund der Faustpfandbetreibung. Diese kann nicht mehr fortgesetzt werden, sodaß eine materielle Behandlung der Forderungsklage in dieser Betreibung auf Pfandverwertung ausgeschlossen ist.

2. Die Eigenart des Formulars 41 verlangt noch eine ergänzende Bemerkung. Dieses Formular wird immer dann verwendet, wenn der Gläubiger die Aufnahme der Androhung der Ausweisung in den Zahlungsbefehl verlangt. Die Ausgestaltung dieses Zahlungsbefehls ist so erfolgt, daß er sowohl für die Betreibung auf Pfändung als auch für diejenige auf Pfandverwertung gebraucht werden kann. Das ergibt sich aus folgendem vorgedrucktem Vermerk (den wir zur bessern Verständlichkeit ergänzt haben):

„Sollte der Schuldner weder die geforderte Summe bezahlen noch Rechtsvorschlag erheben, so kann der

sich auf den Standpunkt, wenn die Retentionsrechtsklage von der Hand gewiesen werde, sei damit auch der Forderungsklage der Boden entzogen. Das Obergericht bezeichnete diese Auffassung als rechtsirrtümlich; sie lasse außer acht, daß das Retentionsrecht ein Nebenrecht der Mietzinsforderung sei und daher diese letztere ohne jenes bestehen könne, aber nicht umgekehrt. — Diese Feststellung ist durchaus richtig, allein das Obergericht hat offenbar übersehen, daß es sich in diesem Zusammenhang nicht um den materiellrechtlichen Bestand der Forderung oder des Retentionsrechtes handelte, sondern um die betreibungsrechtliche Geltendmachung dieser Rechte.

¹⁵⁾ Blumenstein, Handbuch des SchKG, S. 517.

Gläubiger nach Ablauf von 30 Tagen seit Zustellung des Zahlungsbefehls beim Audienzrichter des Bezirksgerichtes Zürich die sofortige Ausweisung des Schuldners (Mieters oder Pächters) und außerdem,

(entweder) da mit Erfolg eine Retentionsurkunde aufgenommen wurde, nach einem Monat seit Zustellung dieses Zahlungsbefehls die Verwertung der Pfandgegenstände verlangen,

(oder) da die Aufnahme einer Retentionsurkunde nicht verlangt wurde, bzw. da keine Retentionsgegenstände vorhanden waren, nach 20 Tagen seit Zustellung dieses Zahlungsbefehls die Fortsetzung der Betreibung auf Pfändung oder Konkurs verlangen.“

Angesichts dieser Fassung könnte man auf den Gedanken kommen, der Zahlungsbefehl bleibe auf jeden Fall gültig, auch wenn nachträglich das Retentionsverzeichnis dahinfalle, er diene dann in einem solchen Falle eben als gewöhnlicher Zahlungsbefehl, und die Betreibung sei auf dem Wege der Pfändung fortzusetzen. Allein diese Schlusfolgerung, zu der man durch die äußere Form des Formulars 41 verleitet werden könnte, wäre unrichtig. Die Betreibungsart (Betreibung auf Pfändung oder Betreibung auf Pfandverwertung) ist im Augenblick, da der Zahlungsbefehl das Betreibungsamt verläßt, bestimmt. Stellt der Gläubiger das Retentionsbegehrten und das Betreibungsbegehrten zugleich, so hat das Betreibungsamt sich zuerst zu vergewissern, ob Retentionsgegenstände vorhanden sind, bevor es den Zahlungsbefehl ausfüllt. Es ist also (normalerweise) ausgeschlossen, daß der Gläubiger ein Retentions- und Betreibungsbegehrten stellt, das Betreibungsamt in diesem Sinne den Zahlungsbefehl ausfüllt und sich dann erst nachträglich herausstellt, daß gar keine Retentionsgegenstände vorhanden sind. Eine nachträgliche Änderung der Betreibungsart ist im Hinblick auf die Systematik des SchKG ausgeschlossen¹⁶⁾.

¹⁶⁾ Vgl. hiezu auch BG 30 I S. 742.

Ein solcher Zahlungsbefehl auf Pfandverwertung ist daher, nach dem Erlöschen des Retentionsverzeichnisses, vom betreibungsrechtlichen Standpunkt aus gesehen, nicht mehr verwendbar. Dagegen bildet er in der Hand des Gläubigers eine Beweisurkunde für die erfolgte Androhung der Ausweisung¹⁷⁾; er ist somit nicht völlig wertlos geworden.

3. Der Anspruch des Gläubigers auf Bezahlung seiner Mietzinsforderung wird durch die Von-der-Hand-Weisung der Retentionsrechtsklage grundsätzlich nicht berührt. Es steht dem Gläubiger frei, seine Forderung auf dem Wege des ordentlichen Prozesses oder auf dem der Betreibung auf Pfändung geltend zu machen, sofern er nicht ein neues Retentions- und Betreibungsbegehren stellen will, vorausgesetzt, daß die Aufnahme einer Retentionsurkunde noch möglich ist.

Man könnte nun auf den Gedanken kommen, die Klage auf Feststellung des Retentionsrechtes sei zwar von der Hand zu weisen, dagegen habe der Richter trotzdem die Möglichkeit, hinsichtlich der Forderungsklage einen Entscheid zu fällen. Allein das wäre nicht zutreffend. Auf diese Forderungsklage könnte nämlich materiell nicht eingetreten werden, weil nach § 121 rev. ZPO alle Klagen durch Einreichung einer friedensrichterlichen Weisung anhängig gemacht werden müssen, sofern nicht das Gesetz ausdrücklich etwas anderes bestimmt. Das ist aber nicht der Fall; denn § 123 Ziff. 10 rev. ZPO sieht die direkte Einreichung einer Klageschrift nur für diejenigen Mietzinsforderungsklagen vor, die auf dem Wege der Retentionsbetreibung geltend gemacht werden. Seit dem Inkrafttreten der revidierten ZPO besteht in der Anhängigmachung der Mietzinsforderungsklagen ein Unterschied, je nachdem der Gläubiger auf dem Wege der Betreibung

¹⁷⁾ Vgl. hiezu Ernst Hauri: Die Exmission infolge Zahlungsverzuges nach Schweizerischem Obligationen-, Schuldbetreibungs- und Zivilprozeßrecht, Zürcher Diss. 1932, S. 48/9.

auf Pfändung oder auf dem der Pfandverwertung gegen den Schuldner vorgeht.

4. Aus dem Wortlaut des § 123 Ziff. 10 rev. ZPO ergibt sich dies allerdings nicht ohne weiteres; denn bei wörtlicher Auslegung könnte man meinen, die Betreibungsart spielt keine Rolle, sondern lediglich der Umstand, daß es sich um eine Mietzinsforderung handle. Allein hier kann nicht die wörtliche, sondern nur die dogmatische Auslegung auf Grund der Entstehungsgeschichte zum richtigen Ergebnis führen. Bei dieser Betrachtungsweise kann es nicht zweifelhaft sein, daß die direkte Klageeinleitung nur für diejenigen Mietzinsbetreibungen vorgesehen ist, in denen die Aufnahme einer Retentionsurkunde stattgefunden hat. Denn nur in diesen Fällen besteht ein Bedürfnis, den Richter möglichst rasch darüber entscheiden zu lassen, ob der Eingriff in das Vermögen des Schuldners zu Recht erfolgt ist. Wollte man den § 123 Ziff. 10 auch auf die Mietzinsforderungen, die auf dem Wege der Betreibung auf Pfändung geltend gemacht werden, ausdehnen, so würde damit eine durch nichts gerechtfertigte Vorzugsstellung der Mietzinsgläubiger gegenüber den sonstigen Gläubigern geschaffen. Das wollte der Gesetzgeber aber sicher nicht; vielmehr ist diese neue Bestimmung einzig im Interesse des Schuldners aufgestellt worden. Der Retentionsschuldner soll die gleichen Rechte haben wie der Arrestschuldner, weil bei beiden ein Eingriff in das Vermögen erfolgt, ohne vorangegangene richterliche Prüfung über die Begründetheit der Forderung.

5. Endlich könnte man noch in Anlehnung an die Arrestprosequierungsklagen an eine *perpetuatio fori* denken. Bei jenen Klagen gilt nämlich der Grundsatz, daß der Gerichtsstand am Arrestorte auch bei einem nachträglichen Wegfall des Arrestobjektes fortdauert. Diese Praxis gründet sich offenbar auf prozeßökonomische Überlegungen: es soll vermieden werden, daß ein vielleicht vor dem Abschluß stehender Prozeß als gegenstandslos geworden abgeschrieben wird, weil während der Dauer

dieses Prozesses die Arrestgegenstände wegfallen. Der Gerichtsstand des Arrestes wird aber nur dann begründet, wenn überhaupt ein rechtsgültiger Arrest bestanden hat. Trifft diese Voraussetzung nicht zu, so kann die Forderungsklage, auch wenn der ordentliche Gerichtsstand und derjenige des Arrestes zusammenfallen, nur durch Einreichung einer Weisung anhängig gemacht werden¹⁸⁾.

Diese Grundsätze können auf die Retentionsprosequierungsklagen entsprechend angewandt werden. Daraus würde folgen, daß eine Mietzinsforderungsklage nur dann durch Einreichung einer direkten Klageschrift anhängig gemacht werden kann, wenn im Zeitpunkt dieser Einreichung eingültiges Retentionsverzeichnis besteht. Von einer *perpetuatio fori* könnte nur dann die Rede sein, wenn das Retentionsverzeichnis mit allen seinen Wirkungen erst nachträglich, nach Einreichung der Klageschrift, dahinfiel, beispielsweise durch Verzicht des Gläubigers auf sein Retentionsrecht während der Prozeßpendenz.

6. Aus allen diesen Gründen kommen wir zum Schlusse, daß nicht nur die Klage auf Feststellung des Retentionsrechtes von der Hand zu weisen ist, sondern auch die Forderungsklage¹⁹⁾.

IV.

Zum Schluß noch ein Wort über die Form der Einleitung der Klagen auf Feststellung des Retentionsrechtes.

1. Nach § 123 Ziff. 10 rev. ZPO sind Klagen auf Anerkennung eines Forderungsrechtes nach Rechtsvor-

¹⁸⁾ Vgl. den grundsätzlichen Entscheid des Obergerichtes in ZR 28 Nr. 67; z. T. abweichend SJZ 33 S. 122.

¹⁹⁾ Wie wir schon in Anm. 14 ausführten, hat in dem mehrfach zitierten Falle Bischofsberger der erstinstanzliche Richter in diesem Sinne entschieden. Das Obergericht wies jedoch mit der bereits angeführten Begründung die Akten zur Durchführung des Forderungsprozesses zurück, und an die dem Rückweisungsbeschluß zugrunde liegende rechtliche Beurteilung der Kassationsinstanz war der erstinstanzliche Richter nach dem sog. Unfehlbarkeitsparagraphen (§ 122 Abs. 2 GVG) gebunden.

schlag im Betreibungsverfahren für Mietzinse durch Einreichung einer Klageschrift anhängig zu machen. Ob diese Bestimmung auch dann zur Anwendung kommt, wenn auf Feststellung des Retentionsrechtes geklagt wird, ist noch umstritten. Die 3. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich hat in einem Entscheid vom 6. September 1935²⁰⁾ die Frage bejaht. Soviel uns bekannt ist, haben die übrigen Abteilungen des Bezirksgerichtes Zürich diese Praxis übernommen. Der Referent der SJZ hat jenen Entscheid kritisiert, vom dogmatischen Standpunkt aus mit Recht. Gleichwohl kann seinen dortigen Ausführungen im Hinblick auf die materielle Seite nicht beigeplichtet werden. Durch die Umgehung des Friedensrichters sollte eine rasche Erledigung des Rechtsstreites ermöglicht werden. Dieses Ziel sollte, wie bereits ausgeführt, durch die Angleichung der Retentionsprosequeirungsklagen an die Arrestprosequeirungsklagen erreicht werden, und deshalb sollten die ersteren, wie die letzteren und sämtliche Klagen im beschleunigten Verfahren, durch Klageschriften anhängig gemacht werden. Daß bei der Gesetzesredaktion ein Versehen unterlaufen ist, indem nur von den Klagen auf Anerkennung der Forderung, nicht aber von denjenigen auf Feststellung des Retentionsrechtes die Rede ist, darf als sicher angenommen werden. Wenigstens findet sich nirgends ein Hinweis darauf, daß § 123 Ziff. 10 rev. ZPO absichtlich nur die Klagen auf Anerkennung der Forderung erwähnt²¹⁾. Und Gründe dafür, daß die Klagen auf Feststellung des Retentionsrechtes, wie bis anhin, durch Weisung anhängig zu machen wären, lassen

²⁰⁾ SJZ 32 S. 331.

²¹⁾ Ein solcher Hinweis hätte an einem der folgenden Orte gefunden werden müssen: in der Weisung des Regierungsrates zu seiner Vorlage vom 20. Juni 1932, Amtsblatt 1932 (Text) S. 536; Protokoll des Kantonsrates 1932/35 S. 861, 1572; im beleuchtenden Bericht des Regierungsrates für die Volksabstimmung vom 9. April 1935 S. 54; Weisflog, Rechtspflegegesetze des Kantons Zürich, 1935, S. 28; Sträuli, Komm., 2. Aufl., zu § 123 Ziff. 10 rev. ZPO.

sich denn auch schlechterdings nicht finden. Die angestrebte Beschleunigung der Retentionsprosequierungsprozesse wäre zunichte gemacht, wollte man der in der angeführten Entscheidung bekundeten gegenteiligen Auffassung beipflichten.

Unter diesen Umständen muß der Richter, auch wenn keine eigentliche Gesetzeslücke vorliegt, im Geiste von Art. 1 ZGB tätig werden und durch seine Rechtsprechung diejenigen Normen aufstellen, die der Gesetzgeber offensichtlich aufstellen wollte, aus Versehen aber nicht aufgestellt hat. Denn die prozeßrechtlichen Bestimmungen sind nicht um ihrer selbst willen da, sondern sie dienen der Verwirklichung des materiellen Rechtes.

2. Sollte es dazu kommen, daß eine extensive Interpretation von § 123 Ziff. 10 rev. ZPO aus dogmatischen Erwägungen abgelehnt würde, so stünden wir vor folgender Situation: Die Forderungsklage wäre durch Einreichung einer Klageschrift anhängig zu machen, die Klage auf Feststellung des Retentionsrechtes durch Einreichung einer Weisung. Und zwar wäre die zehntägige Frist des bundesgerichtlichen Kreisschreibens schon dann gewahrt, wenn der Gläubiger innert dieser Frist die Klage beim Friedensrichter einleitete. Das Bundesgericht hat in einem grundsätzlichen Entscheid vom 26. März 1931 in Sachen Scholl²²⁾ das ausdrücklich festgestellt und bemerkt: „Daß das Kreisschreiben in seiner heutigen Fassung auch noch die Anhängigmachung der Klage beim Gericht innert 10 Tagen nach fehlgeschlagenem Sühneversuch vorschreibe, davon kann keine Rede sein.“ Und weiter führte das Bundesgericht aus: „Der Bundesgesetzgeber hat die Regelung des Verfahrens für die Arrest- (und infolgedessen auch für die Retentions-) Prosequierungsklage den Kantonen überlassen. Es ist daher Sache der Kantone, entweder das Sühnverfahren auszuschalten oder, wenn es beibehalten wird, dafür zu sorgen, daß der Fall in abseh-

²²⁾ BG 57 III S. 50.

barer Zeit zu gerichtlichem Entscheid kommt. Das letztere ist in Zürich hinreichend gewährleistet durch die Vorschrift von (alt) § 124 ZPO (§ 122 rev. ZPO), wonach der Beklagte dem Kläger, der mit der Einreichung der Weisung zögert, hiefür eine Frist unter geeigneter Androhung ansetzen lassen kann. Damit sind auch die Interessen des Retentionsbetriebenen genügend gewahrt“²³⁾.

3. Angesichts dieser wenig erfreulichen Aussichten möchte man doch hoffen, daß die dogmatischen Hemmungen in diesem Falle verdrängt würden. Im übrigen können wir nur wiederholen, was der Referent der SJZ am Schlusse seiner Bemerkungen zu jenem Beschuß der 3. Abteilung vom 6. September 1935 gesagt hat: „Es ist zu wünschen, daß das Obergericht möglichst bald Gelegenheit erhalte, durch einen grundsätzlichen Entscheid der bestehenden Unsicherheit ein Ende zu bereiten.“

Fassen wir das Gesagte zusammen, so ergeben sich im wesentlichen folgende Ergebnisse:

Bestreitet der Schuldner in einer gegen ihn gerichteten Mietzinsbetreibung die Forderung und das Retentionsrecht, so hat der Gläubiger mit Bezug auf beide Rechte innert einer von der Mitteilung des Rechtsvorschlages an laufenden Frist von 10 Tagen Rechtsvorkehren zu treffen: er hat entweder²⁴⁾ Klage auf Anerkennung der Forderung und auf Feststellung des Retentionsrechtes zu erheben, und zwar nach zürcherischem Prozeßrecht hinsichtlich beider Klagebegehren durch Einreichung einer direkten Klageschrift, oder mit Bezug auf beide Rechte Rechtsöffnung zu verlangen; für den Fall der Abweisung des Rechtsöffnungsbegehrens hat er innert einer von der Mitteilung des Rechtsöffnungsentscheides an laufenden Frist von 10 Tagen Klage auf Anerkennung der Forderung und auf Feststellung des Retentionsrechtes zu erheben.

²³⁾ Vgl. auch ZR 31 Nr. 160.