

## Urteilkopf

129 III 395

>65. Urteil der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer i.S. Pensionskasse X. und Pensionskasse Y. (Beschwerde) 7B.65/2003 vom 26. Juni 2003

**Regeste (de):**

Retentionsverzeichnis (Art. 283 SchKG; Art. 268 OR).

Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses gegenüber einem Schuldner, dem die provisorische Nachlassstundung bewilligt worden ist (E. 2.2).

Für die Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses zur Sicherung von künftigem (laufendem) Mietzins ist die Gefährdung des Retentionsrechts auch dann darzutun, wenn der genannte Zins unmittelbar an verfallenen Zins anschliesst, für den das gleiche Gesuch gestellt worden ist (E. 3.4).

**Regeste (fr):**

Prise d'inventaire pour sauvegarde des droits de rétention (art. 283 LP; art. 268 CO).

Prise d'inventaire pour sauvegarde d'un droit de rétention contre un débiteur au bénéfice d'un sursis concordataire provisoire (consid. 2.2).

Pour la prise d'inventaire d'un droit de rétention destinée à garantir du loyer futur (courant), la mise en danger du droit de rétention doit être établie même si le loyer en question est celui immédiatement consécutif au loyer échu, objet de la même requête (consid. 3.4).

**Regesto (it):**

Inventario degli oggetti vincolati al diritto di ritenzione (art. 283 LEF; art. 268 CO).

Erezione di un inventario degli oggetti vincolati al diritto di ritenzione relativo a un debitore al beneficio di una moratoria concordataria provvisoria (consid. 2.2).

Per l'erezione di un inventario degli oggetti vincolati al diritto di ritenzione destinato a garantire una pigione futura (in corso) occorre rendere verosimile che il diritto di ritenzione è minacciato, e ciò anche qualora tale pigione segua immediatamente la pigione scaduta, per la quale è stata presentata un'identica istanza (consid. 3.4).

Erwägungen ab Seite 395

BGE 129 III 395 S. 395

Erwägungen:

1. Mit Eingabe vom 10. Januar 2003 reichten die Pensionskasse X. und die Pensionskasse Y. beim Betreibungsamt des Kantons  
BGE 129 III 395 S. 396

Basel-Stadt für fälligen Mietzins von Fr. 798'636.35 (für die Zeit vom 1. Januar 2003 bis zum 31. März 2003) und laufenden Mietzins von Fr. 1'251'113.30 (für die Zeit vom 1. April 2003 bis zum 30. Juni 2003) ein gegen die Z. AG in provisorischer Nachlassstundung gerichtetes Begehren um Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses in den gemieteten Räumen in A. ein. Das Betreibungsamt stellte noch am 10. Januar 2003 für den fälligen Mietzins eine Retentionsurkunde aus und liess die Retentionsgläubigerinnen mit Schreiben vom 13. Januar 2003 bezüglich des künftigen Zinses wissen,

dass sie die nach der Rechtsprechung erforderliche konkrete und unmittelbare Gefahr der Wegschaffung der Gegenstände nicht glaubhaft gemacht hätten und ihrem Begehren insofern deshalb nicht stattgegeben werden könne. Die Pensionskasse X. und die Pensionskasse Y. führten bei der Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt Basel-Stadt Beschwerde mit dem Begehren, das Betreibungsamt anzuweisen, auch für den Zins für die Monate April 2003 bis Juni 2003 (Fr. 1'251'113.30) eine Retentionsurkunde aufzunehmen. Mit Urteil vom 20. Februar 2003 wies die kantonale Aufsichtsbehörde die Beschwerde ab. Die Pensionskasse X. und die Pensionskasse Y. nahmen diesen Entscheid am 7. März 2003 in Empfang. Mit einer vom 17. März 2003 datierten und noch am gleichen Tag zur Post gebrachten Eingabe führen sie (rechtzeitig) Beschwerde an die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts und erneuern das im kantonalen Verfahren gestellte Begehren. (...)

2.

2.1 Der Vermieter von Geschäftsräumen hat ein Retentionsrecht an den beweglichen Sachen in den vermieteten Räumen, die zu deren Einrichtung oder Benutzung gehören (Art. 268 Abs. 1 OR). Zur einstweiligen Wahrung dieses Rechts kann er die Hilfe des Betreibungsamtes in Anspruch nehmen und die Aufnahme eines Verzeichnisses der vom Retentionsrecht erfassten Gegenstände verlangen (Art. 283 Abs. 1 und 3 SchKG).

2.2 Schon im Zeitpunkt der Einreichung des Begehrens um Aufnahme einer Retentionsurkunde war der Z. AG (Retentionsschuldnerin) die provisorische Nachlassstundung bewilligt worden. Diese Tatsache stand einer allfälligen Guttheissung des Begehrens grundsätzlich jedoch nicht entgegen: Wohl ist zu bedenken, dass die Einleitung der zur Prosekution des Retentionsverzeichnisses erforderlichen Betreibung auf (Fahnis-)Pfandverwertung (Art. 283 Abs. 3

BGE 129 III 395 S. 397

SchKG) während der Stundung ausgeschlossen ist (Art. 297 Abs. 1 und 2 SchKG). Indessen ist nicht bereits in der Einreichung des Betreibungsbegehrens die verpönte Einleitung zu erblicken. Die Betreibung beginnt vielmehr erst mit der Zustellung des Zahlungsbefehls (Art. 38 Abs. 2 SchKG). Das während hängiger Nachlassstundung gestellte Betreibungsbegehren ist vom Betreibungsamt zu protokollieren und gegebenenfalls nach dem Wegfall der Stundung zu vollziehen (BGE 50 III 7 S. 9; vgl. auch den Entscheid der Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen für den Kanton Solothurn vom 26. November 1975, auszugsweise veröffentlicht in: SOG 1975 S. 22 Nr. 15 und SJZ 72/1976 S. 266 Nr. 82; FRANZ STUDER, Das Retentionsrecht in der Zwangsvollstreckung, Diss. Zürich 2000, S. 170 f. Rz. 417).

3.

3.1 Das Retentionsrecht dient der Deckung eines verfallenen Jahreszinses und des laufenden Halbjahreszinses (Art. 268 Abs. 1 OR). Zur Sicherung des laufenden, noch nicht fälligen Zinses darf das Retentionsverzeichnis allerdings nur aufgenommen werden, wenn der Vermieter oder Verpächter eine unmittelbare Gefährdung seines Rechts, d.h. Anzeichen dafür glaubhaft macht, dass der Mieter wegzuziehen oder die sich in den gemieteten Räumlichkeiten befindenden Sachen fortzuschaffen gedenkt (vgl. Art. 268b Abs. 1 OR; BGE 97 III 43 E. 2 S. 45; FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, 3. Aufl., § 63 Anm. 13; AMONN/GASSER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. Aufl., § 34 Rz. 11; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., N. 4 zu Art. 283 SchKG).

3.2 Unter Berufung auf BGE 97 III 43 (E. 3 S. 46) erklärt die kantonale Aufsichtsbehörde, dass für die Abgrenzung zwischen verfallenem und laufendem Zins auf den letzten Zinstermin vor Einreichung des Begehrens um Aufnahme des Retentionsverzeichnisses abzustellen sei. Was davor liege, gehöre zum verfallenen (Jahres-), was folge, zum laufenden (Halbjahres-)Zins. Der hier massgebende Zinstermin sei der 1. Januar 2003 gewesen, so dass die Mietzinse für die Zeit vom 1. Januar 2002 bis zum 31. Dezember 2002 zu den verfallenen zu zählen seien. Da sich das Begehren der Beschwerdeführerinnen ausschliesslich auf die Zeit nach dem 1. Januar 2003 beziehe, strebe es einzig eine Absicherung des laufenden bzw. künftigen Halbjahreszinses an. Das Betreibungsamt habe eingeräumt, dass es bei der Beurteilung des Retentionsgesuchs (und dessen

BGE 129 III 395 S. 398

Guttheissung für das erste Quartal 2003) fälschlicherweise angenommen habe, es gehe um einen Teil des verfallenen Jahreszinses. Auf Grund ihrer Darlegungen hält die Vorinstanz weiter fest, dass die Beschwerdeführerinnen nicht nur für das zweite Quartal 2003, sondern auch für das erste eine konkrete unmittelbare Gefährdung des Retentionsrechts durch eine Wegschaffung der in Frage stehenden Gegenstände hätten glaubhaft machen müssen. Indessen habe die Beschwerdegegnerin

das aufgenommene Retentionsverzeichnis nicht beanstandet und bestehe kein Anlass, dieses von Amtes wegen aufzuheben. Die kantonale Aufsichtsbehörde hält schliesslich dafür, dass keine Umstände vorlägen, die im gegenwärtigen Zeitpunkt eine bevorstehende Wegschaffung der in die Mieträume eingebrachten Gegenstände ernstlich befürchten liessen. Derartige Hinweise könnten nicht schon darin gesehen werden, dass mit grosser Wahrscheinlichkeit Unternehmensteile der Z. AG zum Verkauf gelangen dürften. Es sei durchaus denkbar, dass in einem solchen Fall auch die bestehenden Mietverträge samt den ausstehenden Verpflichtungen übernommen würden. Angesichts der vermieteten Fläche von über 15'000 m<sup>2</sup> sei zudem nicht vorstellbar, dass die Mieterin in grösserem Umfang unbemerkt Gegenstände entfernen könnte. Die Beschwerdeführerinnen könnten deshalb in einem solchen Fall zu gegebener Zeit ohne weiteres die Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses verlangen.

3.3 Die Beschwerdeführerinnen sind der Ansicht, die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Abgrenzung zwischen verfallenem und laufendem Zins sei mit dem Wortlaut von Art. 268 Abs. 1 OR nicht vereinbar, höhle das mietrechtliche Retentionsrecht aus und führe zu sachwidrigen Ergebnissen, indem sie insbesondere die Unterschiede zwischen Praenumerando- und Postnumerando-Vereinbarungen ausser Acht lasse. Als Folge ihrer abweichenden Betrachtungsweise halten sie fest, die Periode des verfallenen Jahreszinses erstrecke sich hier auf die Zeit vom 1. April 2002 bis zum 31. März 2003. Diese Ausführungen der Beschwerdeführerinnen stossen insofern von vornherein ins Leere, als das Betreibungsamt zur Sicherung des Mietzinses für die Zeit bis zum 31. März 2003 (ohne Prüfung einer Gefährdung) ein Retentionsverzeichnis aufgenommen hat und dieses auf Grund des angefochtenen Entscheids bestehen bleibt.

3.4 Auch die Beschwerdeführerinnen selbst gehen sodann davon aus, dass es bezüglich des zweiten Quartals 2003 um das Retentionsrecht für künftigen (laufenden) Mietzins geht. Sie halten unter Berufung auf PETER HIGI (Zürcher Kommentar, N. 78 zu Art. 268-268b BGE 129 III 395 S. 399

OR) und auf ANTON K. SCHNYDER/M. ANDREAS WIEDE (Kommentar zum SchKG, Basel 1998, N. 53 f. zu Art. 283 SchKG) indessen dafür, sie hätten für die Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses zur Sicherung dieses Zinses keine besondere Gefährdung ihres Rechts nachzuweisen, da dieser (künftige) Zins unmittelbar an den (nach ihrer Betrachtungsweise) als verfallen zu qualifizierenden Zins für das erste Quartal anschliesse (für den das Betreibungsamt - wenn auch auf Grund eines Irrtums - ein Retentionsverzeichnis errichtet hat); der Umstand, dass der Mieter mit seinen fälligen Zahlungsverpflichtungen im Rückstand sei, beweise ausreichend, dass die Einbringlichkeit der Mietzinse auch künftig in Frage stehe. Diesen Vorbringen ist nicht beizupflichten: Entgegen der in der Beschwerde vertretenen Auffassung ergibt sich aus dem darin ebenfalls angerufenen BGE 97 III 43 ff. keineswegs, dass eine Gefährdung "der vermietetischen Ansprüche" nur dann belegt werden müsste, wenn die Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses ausschliesslich für künftigen Mietzins verlangt wird (vgl. BGE 97 III 43 E. 2 S. 45; dazu auch JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, a.a.O., N. 6 zu Art. 283 SchKG, die ausdrücklich bemerken, das Betreibungsamt habe sich, unabhängig davon, ob das Retentionsrecht für einen laufenden Mietzins allein oder in Verbindung mit verfallenem Zins beansprucht werde, darüber zu vergewissern, ob die in Frage stehenden Gegenstände fortgeschafft werden wollten). Die Beschwerdeführerinnen verkennen, dass es um die Gefährdung des Retentionsrechts, d.h. darum geht, ob die Wegschaffung der haftenden Gegenstände droht (vgl. Art. 268b Abs. 1 OR; BGE 97 III 43 E. 2 S. 45), und nicht um die Gefahr für die Einbringlichkeit der (künftigen) Mietzinsansprüche. Ihre Vorbringen zur Zahlungsfähigkeit und zum Zahlungswillen der Beschwerdegegnerin stossen deshalb ins Leere. Unbehelflich sind die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen schliesslich auch insoweit, als der Verneinung der erforderlichen Gefährdung durch die Vorinstanz der Umstand entgegengehalten wird, dass der Beschwerdegegnerin eine (provisorische) Nachlassstundung bewilligt wurde. Es ist zu bemerken, dass die Geschäftstätigkeit des Nachlassschuldners unter der Aufsicht des Sachwalters steht (Art. 298 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 293 Abs. 4 SchKG) und die als Retentionsobjekte in Frage kommenden Gegenstände somit nicht ohne weiteres verkauft werden können und dass der Sachwalter für die Wahrung der Interessen der Retentionsberechtigten zu sorgen hat (dazu BGE 50 III 7 S. 10).