

S. 7 / Nr. 3 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (d)

BGE 62 III 7

3. Entscheid vom 18. Februar 1936 i. S. Kunst & Spiegel A.-G.

Seite: 7

Regeste:

Die Retentionsurkunde fällt, auch bei Rechtsvorschlag gegen das Retentionsrecht, nicht dahin, wenn der Vermieter (Verpächter) zunächst nur Rechtsöffnung und allfällig erst nach Erledigung dieses Verfahrens gerichtliche Klage auf Feststellung des Retentionsrechts erhebt.

L'inventaire des objets soumis au droit de rétention demeure en force même en cas d'opposition à la poursuite, si le bailleur se borne à requérir d'abord la mainlevée et intente, le cas échéant seulement après cette procédure l'action tendant à faire constater son droit de rétention.

L'inventario degli oggetti colpiti dal diritto di ritenzione esplica i suoi effetti anche se fu fatta opposizione all'esecuzione e il locatore si limita a chiedere il rigetto dell'opposizione riservandosi di promuovere solo dopo la fine della prefata procedura l'azione giudiziale volta a far riconoscere il suo diritto di ritenzione.

A. – In einer Mietzinsbetreibung der Rekursgegnerin gegen die Rekurrentin erhob letztere Rechtsvorschlag und zwar sowohl gegen die Forderung als gegen das Retentionsrecht. Auf das binnen zehn Tagen gestellte Rechtsöffnungsbegehren der Rekursgegnerin hin entschied das Bezirksgericht Zürich (Einzelrichter im summarischen Verfahren): «Der Klägerin wird ... provisorische Rechtsöffnung erteilt für 8750 Fr. nebst 5% Zins seit 1. April 1934, sowie Betreibungs-, Retentions- und 1/2 der umstehenden Rechtsöffnungskosten. Auf das Begehren um Beseitigung des Rechtsvorschlages gegen das Retentionsrecht wird nicht eingetreten». Den Entscheidungsgründen ist zu entnehmen: «Das Rechtsöffnungsverfahren ist nicht der ordentliche Weg zur Beseitigung des Rechtsvorschlages, sondern der Rechtsvorschlag muss regelmässig auf dem Prozesswege beseitigt werden, und nur für die gesetzlich vorgesehenen, abschliessend aufgezählten Fälle von SchKG Art. 80 ff. ist ein Ausnahmeverfahren statuiert. Dieses Ausnahmeverfahren, dessen Bereich nicht durch extensive Auslegung erweitert werden darf, hat nach dem Wortlaut des Gesetzes nur die Forderung als solche zum Gegenstand.

Seite: 8

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.» Darauf erhob die Rekursgegnerin binnen zehn Tagen gerichtliche Klage auf Feststellung ihres Retentionsrechtes. Demgegenüber verlangte die Rekurrentin vom Betreibungsamt Freigabe der retinierten Gegenstände mit der Begründung: «Es ist daher durch rechtskräftigen Entscheid festgestellt, dass die Gläubigerin innert der zehntägigen Frist zur Prosequierung der Retentionen kein Begehren um Beseitigung des Rechtsvorschlages gegen das Retentionsrecht bei dem dazu zuständigen Gericht eingereicht hat. Demgemäss sind die Retentionen gemäss Kreisschreiben des Bundesgerichtes vom 12. Juni 1901 dahingefallen».

B. – Der vorliegende Rekurs richtet sich gegen die Abweisung der daherigen Beschwerde durch die kantonale Aufsichtsbehörde (Entscheid vom 23. Januar 1936).

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

Auf der Abschrift der Retentionsurkunde wird dem Vermieter entsprechend dem angeführten Kreisschreiben mitgeteilt: «Erhebt der Schuldner gegen die Betreibung Rechtsvorschlag, so ist der Gläubiger gehalten, binnen zehn Tagen seit dessen Mitteilung Rechtsöffnung zu verlangen oder die Klage auf Anerkennung seines Forderungsrechtes oder seines Retentionsrechtes anzustellen. Wird der Gläubiger im Rechtsöffnungsverfahren abgewiesen, so hat er binnen zehn Tagen nach Mitteilung des Entscheides die Klage einzuleiten. Der Retentionsbeschluss fällt für die betreffende Forderung dahin, wenn der Gläubiger die bezeichneten Fristen nicht einhält, wenn er die angehobene Klage oder Betreibung zurückzieht oder erlöschen lässt, oder wenn er mit seiner Klage vom Gericht endgültig abgewiesen wird». Ob der Retentionsbeschluss dementsprechend

Seite: 9

dahingefallen sei, kann, gleichwie ähnliche Fragen, ungeachtet der Prozesspendenz von den Betreibungsbehörden entschieden werden. Der Bejahung dieser Frage steht das Bedenken entgegen, dass das Formular für die Abschriften der Retentionsurkunde (und das einschlägige Kreisschreiben) keine klare, unzweideutige Androhung der Verwirkung des Retentionsbeschlusses für den Fall enthält,

dass der Schuldner Rechtsvorschlag ausdrücklich auch gegen das Retentionsrecht erhoben hat und der Gläubiger dann nicht sofort binnen zehn Tagen seit dessen Mitteilung Klage auf Anerkennung seines Retentionsrechtes anstellt, es also vorerst mit einem blossen Rechtsöffnungsbegehren probiert. Und es besteht auch kein zureichender Grund, um die ausgesprochene Androhung in diesem Sinn auszulegen oder allfällig für die Zukunft zu ergänzen. In der Pfandverwertungsbetreibung finden gemäss Art. 153 Abs. 3 SchKG im allgemeinen mit Bezug auf Zahlungsbefehl und Rechtsvorschlag die Bestimmungen der Art. 71 bis 86 SchKG Anwendung. Ob dies bedeute, dass der Gläubiger auch gegenüber dem gegen das Pfandrecht gerichteten Rechtsvorschlag die provisorische Rechtsöffnung verlangen könne, wenn das Pfandrecht auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Pfandanerkennung beruht, ist bestritten (neuestens wieder z. B. von BLUMENSTEIN, Schweizerisches Steuerrecht II S. 606, im Gegensatz zu Handbuch S. 518), wird aber neuerdings vom Obergericht des Kantons Bern bejaht (Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 68 S. 392) und schon längst vom Obergericht des Kantons Zürich (Blätter für zürcherische Rechtsprechung 7 Nr. 164, 2), jedoch ohne dass sich, wie gerade der vorliegende Fall zeigt, die unteren Instanzen ausnahmslos daran halten; vielmehr ist die zürcherische Praxis nach Angabe der unteren Aufsichtsbehörde schwankend. Mangels eines zutreffenden eidgenössischen Rechtsmittels besteht keine Möglichkeit, in dieser Beziehung eine einheitliche Rechtsanwendung herbeizuführen. Indessen hätte

Seite: 10

die eidgenössische Obergerichtsbehörde ihrerseits keine Veranlassung, einer solchen Rechtsprechung als nicht bundesrechtsgemäss entgegenzutreten, soweit es an ihr liegt. Offenbar liegt diese Ansicht auch dem Art. 93 der Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken zugrunde, wonach, wenn in der Grundpfandverwertungsbetreibung mit Ausdehnung der Pfandhaft auf die Miet- und Pachtzinsforderungen (Miet- und Pachtzinsensperre) der Schuldner oder der Pfandeigentümer Rechtsvorschlag erhoben hat, das Betreibungsamt den Gläubiger auffordert, 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. Hier soll also auch gegenüber dem Rechtsvorschlag des Dritteigentümers des Pfandes, der sich überhaupt nur auf das Pfandrecht beziehen kann, das blosses Rechtsöffnungsbegehren zum Schutz gegen die Verwirkung der Ausdehnung der Pfandhaft auf die Miet- und Pachtzinsforderungen genügen (und die Rekurrentin würde wohl angesichts dieser Fassung nicht zu behaupten wagen, ein Rechtsöffnungsbegehren sei zur Rechtswahrung nicht tauglich, wenn es nicht eigentlich abgewiesen wird, sondern wenn sich der Rechtsöffnungsrichter nicht damit abgeben will, weil er das Institut der provisorischen Rechtsöffnung als auf den Rechtsvorschlag gegen das Pfandrecht unanwendbar erachtet). Allerdings werden gerade bei der Miet- und Pachtzinsbetreibung die Voraussetzungen für die provisorische Rechtsöffnung gegenüber dem Rechtsvorschlag gegen das Retentionsrecht kaum je vorliegen, weil das Retentionsrecht des Vermieters oder Verpächters, das eine Art gesetzlichen Pfandrechts ist, nur ganz

Seite: 11

ausnahmsweise einmal durch öffentlich beurkundete oder unterschriebene Anerkennung (des Retentionsrechtes) ausgewiesen sein dürfte. Nichtsdestoweniger darf den Vermieter, welcher vorerst ein Rechtsöffnungsbegehren gestellt hat, damit aber aus dem angegebenen Grund nicht hat zum Ziel gelangen können, und erst nachträglich Klage auf Feststellung des Retentionsrechtes erhebt, nicht die Verwirkung des Retentionsbeschlages treffen. 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 erheben, so würde er wohl von vorneherein 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 Rechtsöffnungsbegehren einbezogen

Seite: 12

worden ist. Selbstverständlich bleibt es dem Vermieter aber unbenommen, zumal wenn der Rechtsvorschlag ausschliesslich gegen das Retentionsrecht gerichtet sein sollte, von jeglichem Rechtsöffnungsbegehren abzusehen und schon sofort in den ersten zehn Tagen gerichtliche Klage auf Feststellung des Retentionsrechtes anzuheben.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer: Der Rekurs wird abgewiesen