Urteilskopf

86 II 355

55. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. November 1960 i.S. Müller gegen Knie.
Regeste (de):
Retentionsrecht des Willensvollstreckers und Anwalts, Art. 895 ZGB.

Anwendbarkeit von Art. 140 OR auf das Retentionsrecht (Erw. 2).

Steht dem Anwalt, der im Anschluss an eine Testamentsvollstreckung ein zum Nachlass gehörendes Wertschriftendepot für den Erben weiterverwaltet und diesen auch sonst berät, für seine Honoraransprüche aus Willensvollstreckung und Anwaltstätigkeit ein Retentionsrecht zu? (Erw. 3, 4).

Frage des Besitzes (Erw. 3).

Frage des Zusammenhanges zwischen Forderung und Gegenstand der Retention beim nicht kaufmännischen Retentionsrecht (Erw. 4).

Regeste (fr):
Droit de rétention de l'exécuteur testamentaire et de l'avocat, art. 895 CC.

L'art. 140 CO est applicable au droit de rétention (consid. 2).

L'avocat, qui, en même temps qu'il est exécuteur testamentaire, continue d'administrer pour les héritiers un dépôt de titres appartenant à la succession et qui, de plus, les conseille, possède-t-il un droit de rétention sur ces titres pour sa créance d'honoraires résultant de son activité d'exécuteur testamentaire et d'avocat (consid. 3 et 4).?

Question de la possession (consid. 3).

Question du lien de connexité entre la créance et l'objet retenu lorsqu'il s'agit d'un droit de rétention entre personnes qui ne sont pas commerçants (consid. 4).

Regesto (it):
Diritto di ritenzione dell'esecutore testamentario e dell'avvocato, art. 895 CC.

Applicabilità dell'art. 140 CO al diritto di ritenzione (consid. 2).

L'avvocato che, mentre è esecutore testamentario, continua ad amministrare per gli eredi un deposito di titoli appartenenti alla successione e che, inoltre, li consiglia, possiede un diritto di ritenzione su questi titoli per il suo credito d'onorari risultante dalla sua attività di esecutore testamentario e d'avvocato (consid. 3 e 4)?

Questione del possesso (consid. 3).

Questione della connessione tra il credito e l'oggetto ritenuto, quando trattasi di un diritto di ritenzione tra persone che non sono commercianti (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 356

BGE 86 II 355 S. 356

A.- Der Beklagte, Rechtsanwalt W. Müller, war Willensvollstrecker des im Jahre 1940 verstorbenen Karl Knie, Verwaltungsratspräsident und Direktor der Zirkus Knie A.-G. Bei der im Jahre 1941 erfolgten Erbteilung wurde ein zur Verlassenschaft gehörendes Wertschriftendepot bei der Zürcher Kantonalbank, in dem sich Obligationen für Fr. 35'000.– befanden, der Ehefrau des Erblassers, der Klägerin Frau A. Knie, zugewiesen. Von 1940 bis 1953 war der Beklagte Rechtsberater der Klägerin; insbesondere verwaltete er auch das Depot bei der Zürcher Kantonalbank, das heute noch besteht. Eine Rechnung für seine Bemühungen als Willensvollstrecker und als Anwalt stellte der Beklagte der Klägerin in dieser Zeit nie.

B.- Im Jahre 1955 belangte die Klägerin den Beklagten auf Herausgabe des Wertschriftendepots. Der Beklagte

BGE 86 II 355 S. 357

erhob Widerklage auf Verurteilung der Klägerin zur Bezahlung von Fr. 17'421.25 als Honorar für seine Bemühungen als Willensvollstrecker und Rechtsberater, sowie auf Feststellung, dass ihm für diese Forderung ein Retentionsrecht am Wertschriftendepot zustehe. Die Klägerin bestritt das Bestehen sowohl der Widerklageforderung als auch eines Retentionsrechtes des Beklagten und erhob ferner die Einrede der Verjährung.

C.- Das Obergericht Zürich kam mit Urteil vom 13. Mai 1960 zum Schlusse, die Forderung des Beklagten auf eine Vergütung für die Tätigkeit als Willensvollstrecker sei verjährt, da sein Mandat schon Ende 1941 erloschen sei; dagegen stehe ihm für einen Honoraranspruch von Fr. 5852.50 ein Retentionsrecht am Wertschriftendepot zu. Ebenso seien die Honorarsprüche des Beklagten aus Anwaltstätigkeit für die Klägerin mit Ausnahme einer Forderung von Fr. 340.– verjährt; für sein Anwaltshonorar könne der Beklagte kein Retentionsrecht beanspruchen, weil ihm als Anwalt seitens der Klägerin kein Besitz an den streitigen Wertschriften eingeräumt worden sei und zwischen seinem Besitz als Willensvollstrecker und seiner Anwaltsforderung kein rechtlich bedeutsamer Zusammenhang bestehe.

D.- Auf Berufung des Beklagten hin hebt das Bundesgericht das angefochtene Urteil auf und weist die Sache an die Vorinstanz zurück auf Grund der folgenden

Erwägungen

Erwägungen:

1. Der Beklagte macht mit der Berufung in erster Linie geltend, es stehe ihm ein Retentionsrecht für seine volle, noch beanspruchte Forderung von Fr. 17'421.25 nebst Zinsen und Kosten zu, nicht bloss für seine Ansprüche aus der Tätigkeit als Willensvollstrecker; die gegenteilige Entscheidung der Vorinstanz verletze Art. 895 ZGB und Art. 140 OR. Im weitern nimmt er den Standpunkt ein, die Vorinstanz habe zu Unrecht angenommen, seine Ansprüche seien zum grössten Teil verjährt.

Wie der Beklagte zutreffend bemerkt, kann die Frage der Verjährung dahingestellt bleiben, wenn man die Anwendbarkeit des Art. 140 OR auf das Retentionsrecht mit der Vorinstanz bejaht, im Gegensatz zu ihr aber annimmt, dass dem Beklagten ein Retentionsrecht für seine ganze Forderung, also auch für seine Ansprüche aus seiner Tätigkeit als Anwalt, zustehe. In der Tat hat der Beklagte in diesem Falle kein Interesse an der Feststellung, dass die Verjährungseinrede der Klägerin unbegründet sei, weil er durch retinierbare Werttitel ohnehin gedeckt ist. Es ist daher geboten, die Frage des Retentionsrechts vorweg zu prüfen.

2. Nach Art. 140 OR wird die Verjährung einer Forderung durch das Bestehen eines Pfandrechts an Fahrnis zwar nicht ausgeschlossen; dagegen hindert der Eintritt der Verjährung den Gläubiger nicht an der Geltendmachung des Pfandrechts. Das gilt, wie die Vorinstanz mit zutreffender Begründung ausführt, auch für das Retentionsrecht gemäss Art. 895 ff. ZGB. Hiefür spricht schon die Systematik des Gesetzes, das im I. Abschnitt des 23. Titels das Retentionsrecht zusammen mit dem Faustpfand dem Begriff des Fahrnispfandes unterstellt und es in Art. 895 ff. als dingliches Recht in einer Weise ausgestaltet, die es dem Fahrnispfand gleichstellt; insbesondere gilt das laut Art. 898 Abs. 1 ZGB hinsichtlich der Verwertung. Damit steht schliesslich auch der beschlagsrechtliche Grundsatz von Art. 37 Abs. 2 SchKG in Einklang, wonach der Ausdruck "Faustpfand" auch das Retentionsrecht in sich schliesst. Auch wirtschaftlich rechtfertigt sich die Gleichstellung der beiden Institute. Zudem muss, nachdem im geltenden OR die früher in Art. 146 Abs. 2 aoR vorgesehene Unverjährbarkeit der Faustpfandforderung beseitigt wurde, der sachenrechtliche Gesichtspunkt vermehrt ins Gewicht fallen. Dem allen gegenüber erscheint es von untergeordneter Bedeutung, dass das Faustpfand durch Vertrag, also mit dem Willen des Schuldners, begründet wird, während das Retentionsrecht

auf einseitigem Willensentschluss des Gläubigers beruht und der Schuldner sich daher über das Schicksal der in seinem Eigentum stehenden Sache im Ungewissen befindet, solange der Gläubiger sich nicht darüber ausgesprochen hat, ob er das Retentionsrecht beanspruchen wolle. Der Schuldner hat es ja in der Hand, nach eingetretener Verjährung der Forderung, den für ihn nachteiligen Schwebezustand dadurch zu beendigen, dass er die Herausgabe des Retentionsgegenstandes verlangt, wie es im vorliegenden Fall geschehen ist, und damit den Gegner zwingt, sich darüber zu äussern, ob er ein Retentionsrecht in Anspruch nehme.
Die hier vertretene Auffassung, dass Art. 140 OR auch auf das Retentionsrecht anwendbar sei, wird denn auch von der weit überwiegenden Mehrheit des Schrifttums geteilt (So BECKER, OR Art. 140 N. 3; VON TUHR/SIEGWART, OR II S. 675; LEEMANN, ZGB Art. 895 N. 29; OFTINGER, ZGB Art. 895 N. 75; a.M. OSER/SCHÖNENBERGER, OR Art. 140 N. 3).

3. Damit der Beklagte ein Retentionsrecht in Anspruch nehmen kann, muss ihm an den streitigen Wertpapieren gemäss Art. 895 Abs. 1 ZGB der rechtlich geschützte Besitz zustehen. Soweit die Willensvollstreckung in Frage steht, hat die Vorinstanz zutreffend unselbständigen Besitz gemäss Art. 920 Abs. 2 ZGB am Depot Nr. 34034 angenommen. Der Willensvollstrecker gilt von Gesetzes wegen (Art. 518 Abs. 2 ZGB) als befugt, die Erbschaft zu verwalten, was in der Regel auch Besitz bedingt. Zur Erlangung und Wahrung des Besitzes steht ihm nötigenfalls der Besitzesschutz zur Verfügung (BGE 77 II 126). Den Besitz übte der Beklagte tatsächlich aus, wie sich eindeutig aus seiner Vormerkung als Willensvollstrecker bei der Zürcher Kantonalbank, aus der von ihm besorgten Verwaltung des Depots und aus der Weigerung der Bank zur Herausgabe desselben ohne seine Zustimmung ergibt. Die Vorinstanz schränkt jedoch die Wirkungen dieser Sach- und Rechtslage und darauf beruhender Retentionsrechte

auf die Willensvollstreckung ein. Dem kann vorerst einmal hinsichtlich der Frage des Besitzes nicht beigepflichtet werden. Die Auffassung der Vorinstanz träfe wohl zu, wenn mit der Beendigung der Willensvollstreckung der Besitz des Beklagten dahingefallen wäre. Das war aber nicht der Fall. Wie die Akten zeigen, beliess vielmehr die Klägerin auch nach der Erbteilung und der Beendigung der Willensvollstreckung, d.h. nach 1941, dem Beklagten weiterhin den unselbständigen Besitz am Depot; sie hat, obwohl sie auf Grund des Erbteilungsvertrages vom 26. August 1941 das Eigentum an den bei der Zürcher Kantonalbank deponierten Wertpapieren erlangte, dem Beklagten durch schlüssiges Verhalten die Verwaltung - und damit willentlich auch den Besitz - weiter überlassen. Dabei war sie sich über die Zusammensetzung ihres Vermögens im klaren. Der von ihr persönlich unterzeichnete Erbteilungsvertrag enthält eine Vermögensaufstellung mit genauer Bezeichnung sämtlicher Wertschriften; darin sind insbesondere auch die heute im Depot bei der Zürcher Kantonalbank liegenden Werte mitenthalten; ebenso sind sie in den gleichfalls von der Klägerin persönlich unterzeichneten Wertschriftenverzeichnissen zu den Steuererklärungen 1942/43 aufgeführt. Die Klägerin wusste auch, dass die streitigen Wertschriften vom Beklagten verwaltet wurden; denn sie liess im Jahre 1953 die Werte des Zürcher Depots beim Beklagten und bei niemand anderem herausverlangen. Angesichts dieser Umstände ist es belanglos, wenn die Vorinstanz das Fehlen eines "Fürsorgeauftrags" des Erblassers oder der Klägerin selber an den Beklagten feststellt, eine Urkunde über einen Auftrag der Klägerin an den Beklagten zur Vermögensverwaltung vermisst usw. All dessen bedurfte es nicht. Der Beklagte hatte die streitigen Vermögenswerte bereits in Besitz und Verwaltung, und beides überliess ihm die Klägerin nach durchgeführter Erbteilung über 12 Jahre hin weiter. Auf diese Zeitdauer darf sie sich nicht nur berufen, wo sich

diese (wie z.B. in der Frage der Verjährung) zu ihren Gunsten auswirkt, sondern sie muss sie auch gegen sich gelten lassen. Das Erfordernis des Besitzes des Beklagten ist daher als erfüllt anzusehen, auch soweit seine Tätigkeit als Anwalt in Frage steht.

4. Nach Art. 895 Abs. 1 ZGB ist für das Bestehen eines Retentionsrechts sodann notwendig, dass die Forderung, für welche es beansprucht wird, ihrer Natur nach mit dem Gegenstand der Retention in Zusammenhang steht. Ob ein solcher Zusammenhang gegeben sei, ist eine vom Bundesgericht überprüfbare Rechtsfrage, soweit es sich darum handelt, welche begrifflichen Anforderungen das Gesetz in Art. 895 Abs. 1 ZGB stellt. Tatfrage ist dagegen, wie die Verhältnisse im konkreten Falle beschaffen waren; in dieser Beziehung hat daher das Bundesgericht seinem Entscheid die Feststellungen des kantonalen Richters zu Grunde zu legen. a) Die Vorinstanz hat einen solchen Zusammenhang für die Ansprüche des Beklagten aus Willensvollstreckung mit Recht anerkannt. Für seine sonstige Anwaltstätigkeit dagegen hat sie ihn verneint. Es erscheint jedoch von vorneherein als fraglich, ob es angeht, einen Tatbestand ohne Rücksicht auf die organische Entwicklung der Lebensvorgänge in dieser Weise aufzuspalten. Die Vorinstanz geht davon aus, der Zusammenhang der Forderung müsse nicht nur mit dem Gegenstand der Retention bestehen, sondern überdies mit dem Grunde des Besitzes des Gläubigers daran; sie verlangt also, dass Forderung und Besitz auf demselben Rechtsverhältnis beruhen müssen. Dem kann nicht beigepflichtet werden. Die Vorinstanz glaubt zu Unrecht, ihre Schlussfolgerung darauf stützen zu können, dass Art. 895 Abs. 2 ZGB für das kaufmännische Retentionsrecht jeden gegenseitigen geschäftlichen Verkehr, welcher Art er auch sei, für die Begründung des erforderlichen Zusammenhangs genügen lässt, während beim bürgerlichen Retentionsrecht Art. 895

Abs. 1 ZGB verlangt, dass die Forderung ihrer Natur nach mit dem Gegenstand der Retention in Zusammenhang stehe. Das bedingt aber noch nicht den gleichen Rechtsgrund. Besitzerwerb und Forderung brauchen vielmehr nicht auf Grund ein und desselben Rechtsverhältnisses entstanden zu sein, sondern es genügt, dass beide Verhältnisse durch denselben Zweck verbunden sind oder sonst in einem natürlichen Zusammenhang stehen (WIELAND, Sachenrecht S. 462). Der Begriff der Konnexität ist somit in einem weiter gefassten rechtlichen und tatsächlichen Zusammenhang zu verstehen, als ihn die Vorinstanz auffasst. Auf diesem Boden steht auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 71 II 88). b) Ob dem Beklagten mit Bezug auf seine gesamte Tätigkeit für die Klägerin Retentionsrechte zuerkannt werden können, hängt von der Art seines geschäftlichen Verhältnisses zur Klägerin ab. In dieser Beziehung ist den Feststellungen der Vorinstanz und den Akten folgendes zu entnehmen: Der Beklagte, der schon seit Jahren der juristische Berater des Ehemannes der Klägerin gewesen war, erhielt von diesem am 28. April 1938 eine Generalvollmacht zur Vertretung des Vollmachtgebers in sämtlichen geschäftlichen und persönlichen Angelegenheiten, mit Wirkung der Vollmacht über den Tod hinaus. Als der Beklagte dann, wie erwähnt, von Karl Knie testamentarisch zum Willensvollstrecker ernannt wurde und diesen Auftrag annahm, erteilte ihm die Klägerin selber am 1. Juli 1941, ein Jahr nach dem Tod ihres Ehemannes, auch noch eine Spezialvollmacht "betreffend Erbschaft und Testament". Demgemäss wurde der Beklagte um die Zeit des Abschlusses der Erbteilung (Sommer 1941) als persönlicher Vertreter der Klägerin aufgeführt, und zwar auf einer an sie (als Beklagte) ergangenen gerichtlichen Vorladung betr. Erbschaft und Anfechtung des Testaments. Der Beklagte stand der Klägerin nicht nur in Bezug auf die Regelung der Erbschaftsangelegenheit zur Seite,

sondern er beriet und vertrat sie seit dem Tod ihres Gatten fortdauernd in einer Anzahl sonstiger Geschäfte. So besorgte er vor allem ihre persönlichen Steuerangelegenheiten... Die Besorgung der persönlichen Steuerangelegenheiten der Klägerin steht aber mit dem Gegenstand der Retention, d.h. mit den Werttiteln des Depots Nr. 34034, in direktem Zusammenhang, zumal das Vermögen der Klägerin zur Hauptsache aus Wertpapieren bestand; für solche zählt die Erledigung der Steuerfragen zweifellos zu den wichtigsten Verwaltungshandlungen. Der Beklagte befasste sich sodann auch noch mit zahlreichen anderen, die Klägerin persönlich betreffenden Angelegenheiten. In dieser Hinsicht sind insbesondere zu erwähnen... Aus alledem erhellt, dass der Beklagte jedenfalls von der Erbteilung im Jahre 1941 an bis Ende 1950, zum Teil aber auch noch 1952/53, der Vertrauensanwalt der Klägerin gewesen ist. Das wird auch durch verschiedene persönliche Schreiben der Klägerin an den Beklagten aus den Jahren 1941-1952 bestätigt. Lag aber ein ausgesprochenes Vertrauensverhältnis zwischen Klientin und Anwalt vor, wobei jene diesem die Verfügung über ein Bankdepot überliess, so darf die Konnexität im oben dargelegten weiteren Sinne angenommen werden. Angesichts der gegebenen Umstände rechtfertigt es sich nicht, ein Retentionsrecht des in persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten dauernd und jahrelang beanspruchten Anwalts zu verneinen. Es lag zwischen den Parteien eine auf die Dauer berechnete Geschäftsverbindung mit einem Komplex von Rechtsgeschäften vor, welche die persönliche und vermögensrechtliche Stellung der Klägerin betrafen und darum unter sich zusammenhängen (vgl. hiezu: OFTINGER, ZGB Art. 895 N. 103/4). Insbesondere durfte der Beklagte nach den das Institut des Retentionsrechts beherrschenden Grundsätzen von Treu und Glauben erwarten, dass die Klägerin die ausschliessliche Verfügung über ihre bislang seiner Verwaltung überlassenen Vermögenswerte nicht

ohne Begleichung der Anwaltsrechnung an sich ziehe. Das erscheint um so eher gerechtfertigt, als diese Ordnung der Auffassung des zürcherischen Anwaltsgesetzes entspricht. Im Verhältnis zwischen der Klägerin als Verwaltungsratsmitglied des grössten schweizerischen Unternehmens des Zirkusgewerbes und dem Beklagten als Geschäftsanwalt ist dieses Ergebnis nicht unbillig. Diese weite Auffassung vom Begriff der Konnexität birgt allerdings eine gewisse Gefahr der Verwischung des Unterschiedes zwischen dem kaufmännischen und dem bürgerlichen Retentionsrecht in sich. Aber das ist einerseits der fortschreitenden Kommerzialisierung des Wirtschaftlebens zuzuschreiben und anderseits die Folge davon, dass das schweizerische Recht an sich schon die Grundtendenz aufweist, das bürgerliche Recht und das Handelsrecht einander anzugleichen. Dem ist Rechnung zu tragen, wo dies gerechtfertigt erscheint. c) Da demnach dem Beklagten ein Retentionsrecht sowohl für seine Ansprüche aus Willensvollstreckung, als auch für diejenigen aus Anwaltstätigkeit zusteht, erübrigt sich eine Prüfung der Verjährungsfrage. Dagegen muss die Sache im Sinne des Eventualantrags der Berufung an die Vorinstanz zurückgewiesen werden zur Feststellung der Vergütung, die dem Beklagten über die von der Vorinstanz zugesprochenen Beträge hinaus noch zusteht; denn die Vorinstanz hat sich hiezu nicht ausgesprochen und die Höhe dieser Ansprüche ist umstritten.