S. 3 / Nr. 2 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (d)

BGE 68 III 3

2. Entscheid vom 21. Januar 1942 i. S. Gerspach.

Regeste:
Retentionsrecht des Vermieters.
Verfahren hinsichtlich weggeschaffter Sachen, wenn diese im Besitz eines Dritten oder in neu gemieteten Räumen stehen und der Besitzer oder der neue Vermieter sich der Rückschaffung widersetzt: Weder Rückschaffung noch Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses ist zulässig, solange die Klage gegen den Besitzer oder den neuen Vermieter nicht zugesprochen ist.
Das Retentionsverzeichnis ist erst aufzunehmen nach der Rückschaffung oder der als Ersatz dafür vorgenommenen

Seite: 4
Verwahrung durch das Betreibtungsamt, allenfalls ein darum ersuchtes Betreibungsamt eines andern Ortes.
Art. 272-274 OR, 283-284 SchKG. (Teilweise Änderung der Rechtsprechung.)
Droit de rétention du bailleur.
Procédure applicable aux objets emportés, lorsque ceux-ci se trouvent en possession d'un tiers ou dans de nouveaux locaux pris à bail et que le possesseur ou le nouveau bailleur s'opposent à ce qu'ils soient réintégrés: l'office ne peut procéder ni à la réintégration ni à la prise d'inventaire tant que le requérant n'a pas obtenu gain de cause dans l'action contre le possesseur ou le nouveau bailleur.
L'inventaire des objets soumis au droit de rétention ne doit être dressé qu'après qu'ils ont été réintégrés ou du moins pris en garde par l'office, éventuellement par l'office d'un autre for requis à cette fin.
Art. 272-274 CO, 283/4 LP (modification partielle de la jurisprudence).
Diritto di ritenzione del locatore.
Procedura applicabile agli oggetti asportati, quando essi si trovano in possesso di un terzo o in nuovi locali presi a pigione e il possessore o nuovo locatore .si oppone alla loro reintegrazione: l'ufficio non può reintegrarli nè compilare un inventario di ritenzione fino a tanto che non sia stata accolta l'azione promossa contro il possessore o il nuovo locatore.
L'inventario degli oggetti vincolati al diritto di ritenzione può essere compilato soltanto dopo che gli oggetti siano stati reintegrati o presi in custodia dall'ufficio, eventualmente dall'ufficio di un altro luogo così richiesto.
Art. 272-274 CO, 283-284 LEF (cambiamento parziale della giurisprudenza).

Gerspach zog, ohne den Mietzins bezahlt zu haben, aus den im Hause Grethers gemieteten Räumen fort und schaffte auch die darin befindliche Fahrhabe in die anderswo gemieteten Räume. Grether ersuchte das Betreibungsamt um Rückschaffung der pfändbaren Sachen und, da sich dies wegen des Widerstandes des neuen Vermieters nicht bewirken liess, immerhin um Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses in den neuen Mieträumen, «unter Vorgang des Retentionsrechtes des neuen Vermieters». Das Betreibungsamt lehnte die Retentionsaufnahme «am Drittort» als unzulässig ab, wurde aber auf Beschwerde Grethers am 11. Dezember 1941 von der kantonalen Aufsichtsbehörde dazu angehalten, wogegen nun Gerspach mit dem vorliegenden Rekurs darauf beharrt, dass diese Massnahme als unzulässig erklärt werden müsse.

Seite: 5
Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:
Der von der Vorinstanz angewendete Grundsatz, dass die Betreibungsbehörden einem Retentionsbegehren zu entsprechen haben, wenn das Retentionsrecht des Gesuchstellers auch nur möglicherweise besteht und nicht geradezu von vornherein ausgeschlossen ist, findet keine Anwendung, wenn die Retinierung von Gegenständen begehrt wird, die sich nicht mehr in den betreffenden Mieträumen, sondern im Besitz eines Dritten befinden, der ein besseres Recht daran zu haben behauptet, oder in neuen Mieträumen, deren Vermieter das Retentionsrecht des Gesuchstellers nicht gelten lassen will. Vor solchen Besitzverhältnissen macht das Rückschaffungsrecht Halt, wie in Art. 284 SchKG ausdrücklich vorgeschrieben ist, und zwar kommt dem dritten Besitzer bezw. dem neuen Vermieter im gerichtlichen Verfahren die Beklagtenrolle zu (BGE 41 III 111). Solange aber das Rückschaffungsrecht nicht durchgesetzt werden kann, ist auch die Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses abzulehnen. Im Unterschied zu § 561 Abs. 2 des deutschen BGB, wonach das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters erst erlischt, wenn dieser nicht

binnen Monatsfrist, seit er von der Wegschaffung der Sachen Kenntnis erlangt hat, Klage erhebt, und auch im Unterschied zu Art. 2102 des französischen Code civil, wonach das dem Vermieter zukommende «privilège sur le prix de tout ce qui garnit la maison louée» bei einer ohne seine Zustimmung erfolgten Wegschaffung bestehen bleibt, «pourvu qu'il ait fait la revendication... dans le délai de... quinzaine...», geht das Retentionsrecht des Vermieters nach schweizerischem Recht grundsätzlich unter, sobald die betreffenden Sachen aus den gemieteten Räumen entfernt worden sind. So wurde schon bezüglich Art. 294 des OR von 1881 entschieden (BGE 14,299/300). Auch das geltende OR von 1911 anerkennt in Art. 272 ein Retentionsrecht nur

Seite: 6
an den Sachen, «die sich in den vermieteten Räumen befinden ...» (dazu BGE 39 I 434 = Sep. Ausg. 16, 135), und gibt dem Vermieter im Falle der heimlichen oder gewaltsamen Wegschaffung, entsprechend Art. 284 SchKG, lediglich ein Recht auf Rückschaffung. Diese ist demnach Voraussetzung zur Ausübung des durch die Wegschaffung eben seiner Grundlage beraubten Retentionsrechtes selbst, d. h. des Rechtes auf Beschlagnahme und Pfandverwertung der Gegenstände, die aus den Mieträumen entfernt worden waren. Erst wenn die Klage gegenüber dem dritten Besitzer oder dem neuen Vermieter gutgeheissen, der Beklagte also rechtskräftig zur Duldung der Rückverbringung verurteilt und diese ausserdem ins Werk gesetzt worden ist, kann ein Retentionsverzeichnis aufgenommen werden und das weitere Verfahren auf Pfandverwertung seinen Gang nehmen. Bereits in BGE 42 III 431 wurde denn ausgesprochen, dass, solange der Widerstand des Dritten nicht gerichtlich beseitigt ist, die Sachen als dem Retentionsrecht entzogen zu gelten haben. Diese Ordnung geht auf das alte Pfändungsrecht des Vermieters und Verpächters zurück, das gleichfalls nur die auf dem Zinsgrundstück befindlichen Sachen erfasste und demgemäss nur «up der were» ausgeübt werden konnte (GIERKE, Deutsches Privatrecht I 340; STOBBE-LEHMANN, Deutsches Privatrecht I 671, III 337; vgl. auch Rechtsquellen von Basel, herausgegeben von Joh. SCHNELL, I 169 unter Nr. 65). Der Vermieter, der die Wegschaffung nicht verhindern konnte, ist also darauf angewiesen, zunächst die Rückverbringung zu bewirken, um erst so die Sachen wiederum seinem Retentionsrecht zu unterwerfen. In der Zwischenzeit ist er keineswegs schutzlos, sofern man dem Rückverbringungsrecht ähnlich wie dem Rücknahmerecht des Verkäufers nach Art. 203 SchKG eine gewisse dingliche Wirkung beimisst, er die Klage gegen den dritten Besitzer bezw. den neuen Vermieter unverzüglich erhebt und gegebenenfalls schon während des Prozesses gegen den Beklagten ein

Seite: 7
gerichtliches Verfügungsverbot erwirkt, das seine Rechte für den Fall der Gutheissung der Klage sichert. Gerade das Fehlen einer vom Betreibungsamt anzusetzenden (oder gar einer von Gesetzes wegen laufenden) Klagefrist in Art. 284 SchKG am Ende beruht auf der dargelegten Eigenart des schweizerischen Retentionsrechtes. Der Vermieter, der das Rückschaffungs- und Retentionsbegehren gestellt hat, braucht nicht unter den Zwang einer Klagefrist gestellt zu werden, da er, wenn die Rückschaffung sich nicht ohne gerichtliches Verfahren bewirken lässt, bis auf weiteres sein Retentionsrecht nicht ausüben kann und somit ein eigenes Interesse hat, sobald wie möglich zu klagen, falls er die Verfolgung seiner Rechte nicht aufgeben will. Und der Dritte, der, solange die Klage nicht erhoben ist, unbehelligt bleibt, braucht nicht durch eine Klagebefristung geschützt zu werden, wie wenn er bereits vor der Klagerhebung durch ein Retentionsverzeichnis in der Verfügung behindert wäre.
Der Rechtsstellung des Dritten wurde auch in BGE 63 III 33 Rechnung getragen, dagegen mit Rücksicht auf besondere Verhältnisse freilich die Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses mit Wirkung nur gegenüber dem Schuldner zugelassen. Letzteres erscheint indessen nach dem oben Ausgeführten auch nicht angängig, da eben die Ausübung des Retentionsrechtes zuerst gegenüber dem die Herausgabe verweigernden Dritten erstritten werden muss.
Art. 284 SchKG ist also in folgender Weise anzuwenden: Der Vermieter hat die Rückschaffung binnen zehn Tagen beim Betreibungsamt anzubegehren (BGE 42 III 395). Widersetzt sich der Dritte (Besitzer der Sachen oder Vermieter der Räume, in denen sich jene nun befinden), so hat das Betreibungsamt von der Rückschaffung bis auf weiteres abzusehen und den Gesuchsteller zu benachrichtigen, dem es nun anheimgestellt ist, Klage zu erheben. Dringt dessen Klage auf Duldung der Rückschaffung durch, so ist diese zu vollziehen und das

Seite: 8
Retentionsverzeichnis aufzunehmen. Anstelle der Rückverbringung an den früheren Standort, was unter Umständen wegen der Transportkosten und wegen der gegenwärtigen Benutzung der betreffenden Räume untunlich ist, kann Verwahrung durch das Betreibungsamt treten, gegebenenfalls durch ein um Rechtshilfe ersuchtes anderes Betreibungsamt (BGE 52 III 33). Auch solche

Verwahrung gilt als Rückschaffung; sie ist erst möglich nach gerichtlicher Beseitigung des Einspruchs des Dritten, entzieht die Gegenstände dessen Gewaltbereich und bedeutet in Verbindung mit der Inventarisierung Beschlagnahme für den Gesuchsteller.
Die von der Vorinstanz erörterte Frage, ob der frühere Vermieter einen gegenüber dem neuen Vermieter analog Art. 273 Abs. 2 OR durchsetzbaren Anspruch habe, ist nicht von den Betreibungsbehörden zu entscheiden.
Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer:
Der Rekurs wird gutgeheissen und der kantonale Entscheid aufgehoben