

DURCHSETZUNG DES MIETRECHTLICHEN RETENTIONSRECHTS IN DER PRAXIS

Von RA Dr. iur. Myriam A. Gehri, LL.M., Solicitor, Handelsrichterin ZH

I. Einleitung

In der vorliegenden Abhandlung werden zwecks Sicherstellung des Gleichbehandlungsprinzips sowie auch in Erwahrung der sprachlichen Vielfaltigkeit die folgenden Ausdrücke verwendet: "Gläubiger", "Schuldnerin", "Vermieterschaft", sowie "Mieterschaft". Die Einteilung erfolgte dabei rein zufällig.

In der Praxis verlangen die Vermieterschaften von den Mieterschaften Mietzinssicherheiten in Form von Bankgarantien oder Wertschriften. Aufgrund der entspannteren Nachfrage sind die Vermieterschaften nicht mehr bereit, allzu grosszügige Sicherheiten zu bestellen. Üblich sind ca. 3-4 Monatszinse. Das Retentionsrecht zusätzlich zu den erwähnten Sicherheiten erscheint daher auf den ersten Blick für die Vermieterschaften als attraktiv.

II. Grundlagen

A. *Ausgestaltung und Häufigkeit*

Das Retentionsrecht stellt sowohl ein Sicherungs- wie auch ein Pressionsmittel dar. Umso mehr erstaunt es, dass keine einheitliche materiellrechtliche Regelung vorliegt. Die vielfältigen Erscheinungsformen des Retentionsrechtes sind in den unterschiedlichsten Rechtsgebieten teilweise nur bruchstückhaft geordnet¹. Dies erschwert die Übersicht und die Durchsetzung.

Das Retentionsrecht der Vermieterschaft von Geschäftsräumen stellt heute den Hauptanwendungsfall der dinglichen Retentionsrechte dar². Dabei handelt es sich nicht um ein blosses Zurückbehaltungsrecht, sondern um ein Pfandrecht gleich jenem von Art. 895 ZGB³. Das Retentionsrecht des Vermieters von Geschäftsräumen wird nicht häufig angerufen: Im Jahr 2010 wurden allein im Kanton Zürich aber immerhin 179 Retentionen vollzogen, während im Vorjahr noch 191 und im Jahr 2008 sogar 213 Retentionen vollzogen wurden. Im Einzelfall kann es nämlich ein nützliches Werkzeug für die Vermieterschaft sein – und sei es nur, um Druck auf die Mieterschaft auszuüben –, da mit wenig Aufwand der ganze Betrieb blockiert werden kann. Diesfalls wird die Vermieterschaft oft die Ausstände begleichen oder mindestens eine Sicherheit bestellen.

¹ Franz STUDER, Das Retentionsrecht in der Zwangsvollstreckung, Diss. Zürich 2000, S. 172.

² STUDER (FN 1), N 170.

³ Alfred KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, St. Gallen 2012, N 350.

B. Rechtsnatur

Beim Retentionsrecht nach Art. 268 OR handelt es sich um eine gesetzliche Mobiliarhypothek zugunsten der Vermieterschaft⁵. Es ist somit ein gesetzliches Pfandrecht *sui generis* (BGE 51 III 151). Es besteht immer nur *latent* und tritt erst dann hervor, wenn die Mieterschaft mit ihren Mietzinszahlungen in Verzug kommt⁶.

Im Vergleich zum allgemeinen Retentionsrecht (Art. 895ff. ZGB) verlangt es keinen Besitz an den zu retinierenden Gegenständen auf Seiten der Vermieterschaft, dafür muss aber ein Retentionsverzeichnis erstellt werden. Hierzu muss durch die Vermieterschaft ein entsprechendes Gesuch um Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses gestellt werden. Dabei ist es wichtig, dass der Gläubiger möglichst präzise Angaben darüber machen kann, welche Gegenstände sich in den Räumlichkeiten befinden, die retiniert werden könnten. Dies bedingt natürlich eine gewisse Kenntnis über die Einrichtung der Schuldnerin. Es empfiehlt sich daher der Vermieterschaft, sich frühzeitig einen Überblick über die Gegenstände zu verschaffen, am besten bei Antritt des Mietverhältnisses. Sofern ein ungefährender Schätzwert beziffert werden könnte, wäre dies für das Betreibungsamt sehr hilfreich. Obschon es hierzu im Gesetz keine Vorschriften gibt, zeigt sich in der Praxis, dass die Betreibungsämter dazu neigen, die Gläubiger zu bitten, ein speziell dafür vorgesehenes Formular zu verwenden⁷. Die Vermieterschaft tut daher gut daran, dieses Formular von Anfang an zu verwenden, um keine Zeit zu verlieren. Lohnenswert ist es, das Formular nicht einfach postalisch zuzustellen, sondern beim Betreibungsamt vorzusprechen und um einen raschen Termin zur Durchführung des Retentionsrechtes zu ersuchen, bei welchem die Vermieterschaft anwesend sein sollte oder sich vertreten lassen sollte. Wird das Formular nicht benützt, riskiert man, dass das Betreibungsamt anruft und bittet, das Formular zu verwenden, oder das Formular direkt dem Gläubiger postalisch (mit B-Post) zustellt und dann wieder ein paar Tage verloren werden, während denen die Schuldnerin potentielle Retentionsgegenstände wegschaffen könnte.

C. Gegenstand und Umfang des Retentionsrechtes

Die Vermieterschaft von Geschäftsräumen hat nach dem Wortlaut von Art. 268 Abs. 1 OR für einen verfallenen Jahreszins und den *laufenden Halbjahreszins* ein Retentionsrecht an den beweglichen Sachen, die sich in den vermieteten Räumen befinden und zu deren Einrichtung oder Benutzung gehören.

Im Unterschied zum regulären Pfandrecht, können Rechte nicht Gegenstand des Retentionsrechtes bilden. Bei Immaterialgüterrechten unterliegen daher nur körperliche Verwirklichungen der Urheber- und Erfindertätigkeit, deren Fahrniseigenschaft

⁴ Benjamin DÜRIG, Das Retentionsrecht des Vermieters / Verpächters von Geschäftsräumen – Ein Schwanengesang in : Hotellerie et Gastronomiezeitung, Ausgabe 30.11.2011

⁵ OR KUKO WALTER, Art. 268-268b, N1.

⁶ BSK SchKG I-SCHNYDER/WIEDE, Art. 283 N 30.

⁷ Abrufbar unter folgendem Link: <http://www.betreibungsinspektorat.zh.ch/deu/documents/AufnahmeRetentionsverzeichnis.pdf> (Abruf am 25. Mai 2016).

zukommt, nicht jedoch die Immaterialgüterrechte an sich, einem Retentionsbeschlagn⁸. Auch Forderungen können im Unterschied zur Pfändung nicht retiniert werden, es sei denn diese seien als Wertpapier ausgestaltet worden und dieses befindet sich im Besitz des Schuldnerin (z.B. Schuldbriefe, Aktien, Wechsel etc.⁹).

Somit beschränkt sich das Retentionsrecht in der Praxis auf Mobiliar, Maschinen, Kunstgegenstände, Fahrzeuge, Warenvorräte und EDV Anlagen. Zu beachten ist in praktischer Hinsicht, dass keine Sachgesamtheiten retiniert werden können¹⁰. So ist z.B. bei einer Oldtimersammlung immer das individuelle Fahrzeug zu retinieren und im Retentionsverzeichnis aufzuführen (am besten anhand der Daten im Fahrzeugsausweis). Dies bedeutet, dass für den Retentionstermin seitens des Betreibungsamtes genügend Zeit veranschlagt werden sollte. Der Gläubiger tut gut daran, dies dem Betreibungsamt so mitzuteilen.

D. Konkurrenz mit Konkursöffnung

Die Zuständigkeit des Betreibungsamtes zur Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses fällt nach Eröffnung des Konkurses zwingend dahin¹¹.

Einerseits besteht gemäss Art. 240 SchKG eine umfassende Kompetenz der Konkursverwaltung mit Blick auf die Erhaltung und Verwertung der Masse. Andererseits fallen das Retentionsverzeichnis und damit der Retentionsbeschlagn durch die Eröffnung des Konkurses als Generalexekution dahin¹². Der Konkursbeschlagn ersetzt den Retentionsbeschlagn an den retinierten Vermögenswerten¹³. Folglich bleibt für eine Zuständigkeit des Betreibungsamtes zur Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses nach Konkursöffnung kein Raum. Der Retentionsgläubiger kann die Forderung und das Retentionsrecht im Konkurs der Mieterschaft anmelden¹⁴. Deshalb ist das Retentionsrecht im Hinblick auf einen möglichen Konkurs der Mieterschaft interessant, da die Vermieterschaft, welche sich darauf beruft, für ihre ausstehenden Forderungen aus dem Erlös der Verwertung der Retentionsgegenstände vorab befriedigt wird.

E. Erlöschen

Das Retentionsrecht erlöscht, sobald die Sachen aus dem Mietobjekt entfernt wurden. Vorbehalten ist eine Rückschaffung nach Art. 284 SchKG. Sofern der retinierte Gegenstand nur vorübergehend aus dem Mietobjekt entfernt wird, z.B. zwecks Reparatur, bewirkt das keinen Untergang des Retentionsrechts¹⁵. Wenn die zugrundeliegende Forderung erlischt, erlischt das Retentionsrecht ebenfalls. Dasselbe gilt bei Verzicht der Vermieterschaft auf das Retentionsrecht¹⁶. Ist das Mietverhältnis beendet und der Vermieter ausgezogen und befinden sich die retinierten Gegenstände

⁸ STUDER, (FN 1), N 39 mit Verweisen.

⁹ STUDER, (FN 1), N 45.

¹⁰ STUDER, (FN 1), N 42.

¹¹ Bger. 5A-6/2014 v. 24.3.2014 E. 3.3.

¹² BGE 43 III 335 E. 1 S. 340.

¹³ SCHNYDER/WIEDE (FN 6), N 71.

¹⁴ BGE 124 III 215 E. 2a S. 218.

¹⁵ ZK-HIGI, Art. 268-268b, N 43.

¹⁶ SCHNYDER/WIEDE (FN 6), N 27.

nach wie vor im Mietobjekt, dann haften die Gegenstände weiterhin für die aufgelaufenen Mietzinse¹⁷.

III. Unklarheiten und Ungereimtheiten

A. Laufender Halbjahresmietzins

Obschon vom Wortlaut von Art. 268 Abs. 1 OR nicht gedeckt, hat ein Teil der Lehre und zuletzt das Bundesgericht¹⁸ ein Szenario eines *Gefährdungspotentials* entwickelt, welches vom Gläubiger glaubhaft gemacht werden muss. Es muss sich um eine konkrete und unmittelbare Gefährdung des *Retentionsrechts* handeln, dies im Unterschied zu einer Gefährdung des *Mietzinsanspruches* an sich¹⁹. Eine solche zusätzliche Hürde erschwert natürlich den Einbezug des laufenden Halbjahresmietzinses und wird daher in der Praxis ausser in Fällen des offenen Rechtsmissbrauches durch die Schuldnerin fast nie gewährt.

Die Vermieterschaft kann jederzeit ein Retentionsverzeichnis verlangen, auch wenn eine frühere Retention nicht prosequiert wurde²⁰. Für den Fall, dass die Vermieterschaft es (aufgrund der erschwerten Voraussetzungen) nicht geschafft hat, auch für den laufenden Halbjahresmietzins Gegenstände zu retinieren, kann sie dies bei jeder Fälligkeit eines neuen Mietzinses (in der Regel am 1. des Monats) nachholen, indem sie für den verfallenen Mietzins weitere Gegenstände retinieren lässt und Betreuung einleitet. Die Gefahr besteht hier natürlich darin, dass die Schuldnerin noch nicht retinierte Gegenstände abtransportiert, so dass diese allenfalls über Art. 284 SchKG rückgeführt werden müssen, was umständlich ist.

B. Sachen Dritter

Als Besonderheit können auch Gegenstände retiniert werden, welche nicht der Mieterschaft gehört, sondern dieser von Dritten zur Verfügung gestellt wurde. Zu denken ist z.B. an Mobiliar oder Gerätschaften der Aktionäre oder Konzerngesellschaften der Mieterschaft²¹. In der Praxis bringt dies dem Gläubiger den Vorteil, dass er (bei Gutgläubigkeit) zusätzliche Gegenstände retinieren kann, obschon diese evtl. nicht im Eigentum der Mieterschaft stehen. Während die betroffenen Dritten auf das Widerspruchsverfahren nach Art. 106 ff. SchKG getröstet werden, wird gegenüber der Schuldnerin grösstmöglicher Druck erzeugt. Nicht selten endet die Retinierung von Gegenständen von beispielsweise mit der Schuldnerin verbundenen Konzerngesellschaften in einer Sicherstellung für die zugrundeliegende Mietzinsforderung und damit Entlassung der Retentionsgegenstände.

¹⁷ SCHNYDER/WIEDE, (FN 6), N 28.

¹⁸ Zuletzt bestätigt in BGE 129 III 395 E. 3.1.

¹⁹ BSK OR I-WEBER, Art. 268-268b, N 12.

²⁰ WEBER, (FN 19), N 12.

²¹ STUDER, (FN 1), N 180.

C. Das Retentionsrecht bei unpfändbaren Sachen (Art. 268 Abs. 3 OR).

Nach Art. 268 Abs. 3 i.V.m. Art. 92 Ziff. 3 SchKG sind Werkzeuge, Gerätschaften und Instrumente unpfändbar, soweit sie für die Schuldnerin und ihrer Familie zur Ausübung des Berufs notwendig sind. Dies bedeutet, dass der Beruf ohne diese Gegenstände nicht bzw. nicht mehr ausgeübt werden kann²². Der von der Schuldnerin oder deren Familie ausgeübte Beruf muss sich als wirtschaftlich erweisen, damit die Arbeitsgeräte nicht gepfändet bzw. retiniert werden können. Ein defizitärer Beruf soll nicht auf Kosten der Gläubiger fortgesetzt werden²³. Den Nachweis der Wirtschaftlichkeit hat die Schuldnerin zu erbringen²⁴.

Wichtig ist es, in der Praxis abzuklären, ob das Berufswerkzeug wirklich zwingend notwendig ist. In gewissen Fällen kann nämlich ein Beruf auch ohne das besagte Berufswerkzeug ausgeübt werden, mittels anderweitigen Hilfsmitteln. Nicht verlangen kann die Schuldnerin m.E., dass das Berufswerkzeug deshalb nicht retiniert werden kann, weil sie damit schneller oder bequemer die berufliche Tätigkeit verrichten kann als mit einer alternativen Methode. Zu denken ist z.B. an einen Motorprüfstand für Automobile und Motorräder, wenn die Messungen auch auf anderem Weg durchgeführt werden können. Die Einrede der Unpfändbarkeit zufolge Benötigung für die Berufsausübung sollte durch die Schuldnerin substantiiert dargelegt werden. Ansonsten die Einrede Gefahr läuft, nicht durchzudringen. Die Frage der Pfändbarkeit von retinierten Gegenständen ist von der Aufsichtsbehörde im Beschwerdeverfahren zu prüfen²⁵.

D. Prosequierung des Retentionsverzeichnisses

Das anwendbare Zwangsvollstreckungsverfahren ist – im Unterschied z.B. zur Arrestprosequierung – im SchKG nicht einmal in den Grundzügen geregelt, sondern beruht grossteils auf der bundesgerichtlichen Rechtsprechung²⁶. Dies wird in der Lehre zur Recht krisiert, denn es handelt sich um eine komplexe Spezialmaterie²⁷.

Das Verfahren der Aufnahme der Retentionsurkunde richtet sich im Wesentlichen nach demjenigen der Pfändung. Art. 97 Abs. 1 und 2 SchKG, wonach das Betreibungsamt die gepfändeten Gegenstände nötigenfalls mit Zuziehung von Sachverständigen schätzt und nicht mehr pfänden darf, als zur Befriedigung der pfändenden Gläubiger für ihre Forderung samt Zinsen und Kosten nötig ist, ist auf die Aufnahme des Retentionsverzeichnisses entsprechend anwendbar. Wurden mehr Gegenstände als nötig retiniert, so weist die Aufsichtsbehörde das Betreibungsamt auf Beschwerde der Schuldnerin hin an, Gegenstände im Wert des Überbetrages freizugeben. In einem solchen Fall ist nicht die ganze Retention aufzuheben²⁸.

²² KREN KOSTKIEWICZ/WALDER; OFK-SchKG, 18. Aufl. 2012, Art. 92 N 32.

²³ BSK SchKG I-VONDER MÜHLL, Art. 92 N 21, BGE 80 III 106ff., S. 110.

²⁴ Bger. 5A_1/2011 v. 13.1.2011.

²⁵ AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A. Bern 2013, § 34 N 20.

²⁶ STUDER, (FN 1), S. 172.

²⁷ SCHNYER/WIEDE, (FN 6), N 3.

²⁸ SCHNYER/WIEDE, (FN 6), N 59f.

Bei der Betreuung auf Verwertung von Retentionsgegenständen aus einem Mietverhältnis reicht der Mietvertrag und das unbestritten gebliebene bzw. vollstreckbare Retentionsverzeichnis als provisorischer Rechtsöffnungstitel. Die Mieterschaft von Geschäftsräumen anerkennt mit der Unterzeichnung des Mietvertrages neben der Forderung auch das Retentionsrecht²⁹. Die Konkretisierung auf die einzelnen Retentionsgegenstände ergibt sich schliesslich durch das Retentionsverzeichnis, welches durch die Schuldnerin angefochten werden muss, wenn sie damit nicht einverstanden wäre.

Schliesslich muss die in Betreuung gesetzte Forderung identisch sein mit der in der Retentionsurkunde bezeichneten. Sie darf insbesondere nicht höher sein als letztere und hat sich auf dieselbe Zinsperiode zu beziehen³⁰. Wichtig aus Sicht der Schuldnerin ist es, substantiiert dazulegen, weshalb und in welchen Positionen sie mit dem Retentionsverzeichnis nicht einverstanden ist. Pauschale Beanstandungen des Retentionsrechtes im Rechtsöffnungsverfahren ohne konkrete Bezugnahme auf die einzelnen Positionen haben wenig Aussicht auf Erfolg und sollten vom Gericht relativ rasch abgehandelt werden.

E. Beizug von Sachverständigen

Man sieht in den Beschwerden immer wieder das von der Schuldnerin vorgebrachte Argument, dass die Schätzung des Betreibungsamtes nicht korrekt sei und zu tief ausgefallen sei. Als Folge davon sei zuviel gepfändet worden. Von genügender Sachkenntnis des Betreibungsamtes ist dann auszugehen, wenn genügend Anhaltspunkte zur Beurteilung des Wertes vorliegen, so dass das Betreibungsamt die Schätzung gestützt auf eine sachliche Würdigung vornehmen kann³¹.

Das Ziel der Schätzung ist es, den mutmasslichen Verkaufswert zu bestimmen. In der Regel handelt es sich dabei um den Betrag, welcher durch die Verwertung des Gegenstands in der Zwangsversteigerung wahrscheinlich erzielt werden kann.³² Schätzt das Betreibungsamt die retinierten Gegenstände selber, obwohl es die nötigen Fachkenntnisse nicht besitzt, so hat die Aufsichtsbehörde auf Beschwerde der Schuldnerin oder des Gläubigers eine neue Schätzung durch einen Sachverständigen anzuordnen. Die Retention ist als solche dabei nicht aufzuheben. Vielmehr hat die Aufsichtsbehörde diese Massnahme einstweilen bestehen zu lassen, aber das Betreibungsamt anzuweisen, ihren Umfang dem Ergebnis der neuen Schätzung anzupassen.³³

Als Faustregel, ob ein Sachverständiger beizuziehen ist oder nicht, dürfte dabei eine Rolle spielen, ob es sich um *Alltagsgegenstände* handelt oder nicht. Alltagsgegenstände können anhand von ähnlichen Angeboten z.B. im Internet geschätzt werden. Zu denken ist an Möbel, elektronische Geräte wie PC, Drucker, Kopiermaschinen etc. Für manche Gegenstände gibt es auch *Preisindikatoren*, wie z.B. "Eurotax" für Fahrzeuge.

²⁹ BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 79 N 1.

³⁰ Peter STÜCHELI, Die Rechtsöffnung, Dissertation, Zürich 2000, S. 210.

³¹ BGE 93 III 20 E. 4 mit Verweis auf BGE 51 III 114ff.

³² BSK SchKG I-FOËX, Art. 97 N 10.

³³ KUKO SchKG-WINKLER, Art. 97 N 7, vgl. BGE 93 III 20 E. 4.

Sobald es sich um spezielle Gegenstände, wie z.B. Kunstobjekte oder Antiquitäten oder dergleichen handelt, ist dem Betreibungsamt zu raten, einen Sachverständigen beizuziehen.

Die Schätzung und damit auch die von ihr abhängige Bestimmung des Umfangs der Retention ist im Wesentlichen eine Ermessenssache³⁴. Dies bedeutet, dass Aufsichtsbehörden auf Beschwerde hin sich auf die Frage beschränken, ob das Betreibungsamt sein Ermessen pflichtgemäss ausgeübt hat. Zum Ermessen gehört z.B. die Beurteilung vom Schuldnerin vorgebrachte Drittangebote von z.B. ähnlichen Maschinen bezüglich Zustand, Alter, Anzahl Maschinenstunden, allfälligen Standschäden etc. In der Praxis ist der Beizug eines Sachverständigen aus Sicht der Gläubiger eher nachteilig, weil dadurch das Verfahren verzögert wird und das Endziel der Gläubiger, nämlich die ausstehende Forderung möglichst bald einzutreiben sowie die säumige Schuldnerin aus den Geschäftsräumlichkeiten auszuweisen und die Räumlichkeiten neu zu vermieten, in zeitlicher Hinsicht behindert wird.

F. Sicherung der Retentionsgegenstände

In einem Entscheid der Aufsichtsbehörde des Kantons Bern vom 6. Mai 1949³⁵ und in der Literatur³⁶ wurde bis anhin die Meinung vertreten, eine Verwahrung der mit Retentionsbeschluss belegten Gegenstände durch das Betreibungsamt sei unzulässig, solange (in der Prosequierungsbetreibung auf Pfandverwertung) nicht ein allfälliger *Rechtsvorschlag beseitigt* bzw. das *Verwertungsbegehren* gestellt worden sei. Vorbehalten werden Fälle, in denen gegen die Mieterschaft eine vollstreckbare Ausweisungsverfügung vorliegt. Ebenso wird die Möglichkeit einer amtlichen Verwahrung im Hinblick auf einen in Analogie zu Art. 124 Abs. 2 SchKG durchzuführenden Verkauf rasch verderblicher oder hohe Unterhaltskosten verursachender Sachen erwähnt³⁷. Somit können Sicherungsmassnahmen erst greifen, wenn der Rechtsvorschlag beseitigt wurde³⁸. Da erstinstanzliche Rechtsöffnungsverfahren aufgrund der Überlastung der Gerichte gerne 6-8 Monate dauern können, liegt hier wiederum ein Verzögerungs- und Vereitelungspotential seitens der Schuldnerin vor. Diese Situation ist unbefriedigend, da die Retentionsgegenstände wiederum Gefahr laufen könnten, durch die Schuldnerin unwiedereinbringlich weggeschafft zu werden.

G. Wohin mit den Sachen nach der ausserordentlichen Kündigung?

In der Praxis stellt sich des öfteren die Situation, dass die Vermieterschaft nach erfolgreicher Kündigung des Mietvertrages zufolge Zahlungsausständen (Art. 257d Abs. 2) das Objekt weitervermieten möchte, um nicht noch mehr Ausfälle zu erleiden. Nun

³⁴ AMMONN/WALTHER (FN 25), §22 Rz. 49.

³⁵ Veröffentlicht in: BISchK 1952 S. 90 ff., insbes. S. 91, E. 2.

³⁶ JAEGER, Kommentar zum SchKG, Zürich 1911, N. 6 zu Art. 283, S. 346; JAEGER/DAENIKER, Schuldbetreibungs- und Konkurs-Praxis der Jahre 1911-1945, N. 2 zu Art. 98 und N. 6 zu Art. 283, S. 472; OTTO STUDER, Die betreibungsamtlichen Funktionen im Retentionsverfahren für Miet- und Pachtzinsforderungen, in: BISchK 1952 S. 167; vgl. auch ERNST BLUMENSTEIN, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, S. 537 unten.

³⁷ BGE 37 I 556.

³⁸ Bestätigt in BGE 127 III 111 S. 113 und Bger. 7B.267/2000 v. 22.1.2001 E. 3b.

stellt sich aber die Problematik, dass dieses Unterfangen (je nach Art der Retentionsgegenstände) gar nicht möglich ist. Soll nämlich das Retentionsrecht weiterhin bestehen bleiben, müssen die retinierten Gegenstände grundsätzlich in den Räumlichkeiten verbleiben³⁹. Durch die Schuldnerin entfernte Retentionsgegenstände dürfen mittels Polizeigewalt gestützt auf Art. 284 SchKG zurückgeholt werden.

Für den Fall, dass die Schuldnerin gegen das Retentionsverzeichnis Beschwerde führt (und auf Ersuchen oder von Amtes wegen die aufschiebende Wirkung erteilt wird) und/oder Rechtsvorschlag erhoben hat (was zugleich eine Bestreitung des Retentionsrechtes bedeutet), wird dadurch der Mietvertrag de facto unter Umständen um mehrere Monate "verlängert", trotz Einleitung des Kündigungsverfahrens nach Art. 257d OR. Grund dafür ist, dass ja die Gegenstände im Mietobjekt verbleiben müssen und nicht der ausziehenden Mieterschaft mitgegeben werden können, widrigenfalls das Retentionsrecht verloren ginge.

Die Vermieterschaft hat ein Interesse daran, die Räumlichkeiten an eine andere (solventere) Mieterschaft zu vermieten. Das bedeutet nun aber, dass die Retentionsgegenstände verlegt werden müssen, um Platz für die neue Mieterschaft zu schaffen und die Vermieterschaft vor weiterem Schaden zu bewahren. Eine solche Verlegung ist gesetzlich nicht geregelt und es gibt keine Rechtsprechung für diesen spezifischen Fall. Bei Retentionsgegenständen, welche einem raschen Verfall oder einer schnellen Wertverminderung ausgesetzt sind, besteht hingegen die Möglichkeit der amtlichen Verwahrung, was den Retentionsbeschluss nicht beeinträchtigt⁴⁰. Gestützt darauf sollte es demnach möglich sein, auch nicht von einem Wertzerfall bedrohte Retentionsgegenstände amtlich zu verwahren oder mit Einverständnis des Betreibungsamtes zu verlegen⁴¹. Der angeführte Entscheid aus dem Jahr 1949 verlangt dabei allerdings, dass der Ausweisungsentscheid *rechtskräftig* sein muss. Hier öffnet sich demnach wieder eine *Verzögerungstaktik*, indem der Ausweisungsentscheid durch die Schuldnerin mittels Berufung angefochten werden könnte und sie gleichzeitig versuchen könnte, an die retinierten Gegenstände zu gelangen und diese dauerhaft zu entfernen. Es kann Monate oder Jahre dauern, bis die Vermieterschaft im Besitz eines rechtskräftigen Ausweisungsentscheides ist⁴².

M.E. sollte daher in analoger Anwendung von Art. 98 Abs. 3 SchKG eine Verwahrung jederzeit möglich sein, sofern die Dringlichkeit dargetan werden kann. Diese dürfte bei einem Abschluss eines neuen Mietvertrages auf ein bestimmtes Datum hin gegeben sein. Die Vermieterschaft hat ja die vertragliche Pflicht, der neuen Mieterschaft das Mietobjekt geräumt zu überlassen. Es kann nicht sein, dass sie aufgrund der zurückzulassenden Retentionsgegenstände die Räumlichkeiten nicht weitervermieten kann.

Ein weiterer Wehrmutstropfen bei der Verlegung ist, dass die Vermieterschaft für die durch die Verlegung entstehenden Kosten vorleistungspflichtig wird⁴³. Je nach Art der

³⁹ WEBER, (FN 19), N 28.

⁴⁰ STUDER (FN 1), N 273.

⁴¹ So ein Entscheid der Aufsichtsbehörde des Kantons Bern vom 6. Mai 1949, abgedruckt in BLSchK 1952, S. 91.

⁴² So auch STUDER (FN 1), N 190.

⁴³ STUDER, (FN 1), 273.

Retentionsgegenstände, kann dies ein sehr teures Unterfangen werden, welches sich nur lohnt, wenn der potentielle Versteigerungserlös die Mietzinsforderung samt Verlegungskosten deckt.

Ansonsten könnte der Gläubiger vom Betreibungsamt auch eine Versiegelung verlangen, welche die (renitente) Schuldnerin davon abhalten würde, das Retentionsrecht zu untergraben. Zu denken ist z.B. an eine flüchtige Schuldnerin, welche die Schlüssel des Mietobjektes nicht abgegeben hat und/oder welche nach Erhalt des Ausweisungsentscheides ein Rechtsmittel ergriffen hat. Eine solche Schuldnerin könnte versucht sein, die Gegenstände aus dem Mietobjekt zu holen und diese verschwinden zu lassen.

Trotz (allerdings nur noch theoretischer) Erstreckung des Retentionsrechtes auf den laufenden Halbjahresmietzins, ist es in der Praxis oftmals so, dass der Schätzwert der retinierten Gegenstände die aufgelaufenen Mietzinsausstände (geschweige denn den laufenden Halbjahresmietzins) nicht deckt. Mit anderen Worten: je länger das Retentionsverfahren dauert, umso grösser wird der Schaden für den Gläubiger.

IV. Fazit

Aufgrund des hohen Verzögerungs- und Vereitelungspotential des Schuldners mittels Beschwerden gegen das Retentionsverzeichnis, Rechtsvorschlag etc. ist die Durchsetzung des Retentionsrechtes in der Praxis für den Gläubiger nicht leicht.

De lege ferenda sollte das Retentionsrecht bei Mietverträgen neu geregelt werden, so dass das ganze Verfahren inklusive der kurzen Prosequierungsfristen einheitlich im SchKG geregelt ist. Für die oftmals (zumindest am Anfang) nicht rechtlich vertretenen Parteien ist es eine Zumutung, die sie betreffenden Rechtssätze aus dem OR, dem SchKG, einem sehr alten Kreisschreiben sowie aus der bundesgerichtlichen Rechtssprechung zusammenzusuchen. Zu fordern wäre eine einheitliche Regelung analog denjenigen der Vorschriften über den Arrest. Es ist dem Gläubiger daher zu raten, im Voraus abzuwägen, ob er den Weg der Betreuung auf Pfändung/Konkurs oder die Retentionsbetreuung einschlagen will. Bereits bei der Betreuung zufolge der ausstehenden Mietzinse ist dies zu überlegen. Als Fausregel gilt: Je wertvoller, handlicher (im Sinne von leicht) und standardisierter die Retentionsgegenstände sind, umso eher empfiehlt es sich, ein Retentionsrecht geltend zu machen und das Risiko auf sich zu nehmen, dass allenfalls die Mietobjekte eine gewisse Dauer ohne Erträge sein werden oder dann es sich lohnen kann, die Gegenstände verlegen zu lassen, wobei die Kosten vom Gläubiger vorzuschiessen sind, was sich wiederum dann bezahlt macht, je wertvoller und leicht verkäuflich die retinierten Gegenstände sind.

Sind die Retentionsgegenstände in einem schlechten (ungewarteten) Zustand, sperrig und auf die Bedürfnisse der Schuldnerin angefertigt worden (Stichwort "custom made"), so empfiehlt es sich nicht, das Retentionsrecht anzurufen. Diesfalls empfiehlt es sich eher, den ordentlichen Weg der Betreuung auf Pfändung oder Konkurs zu wählen.

Soll am Institut des Retentionsrechtes längerfristig festgehalten werden, so ist zu fordern, dass dieses gesetzgeberisch vereinheitlicht wird, indem es im SchKG umfassend geregelt wird, inklusive dem Verfahren. Sodann ist zu fordern, dass die über den Gesetztestext von Art. 268 Abs. 1 OR hinausgehenden Voraussetzungen für die Deckung des laufenden Halbjahresmietzinses nicht zur Anwendung kommen soll. Im Weiteren sollte die

Sicherung in einem frühen Stadium ermöglicht werden. Aufgrund dieser Präzisierungen durch höchstrichterliche Rechtssprechung erweist sich nämlich das Retentionsrecht für die Vermieterschaft in der Praxis oftmals als stumpfe Waffe.