

stellen auf den jeweiligen Aufenthaltsort des Arrestschuldners (analog Art. 48 SchKG). Dieser ist jedoch für den Gläubiger oft ebenfalls kaum feststellbar, wenn die Wohnsitzeverhältnisse unergründlich sind. Für den Arrestschuldner andererseits bedeutet der jeweilige Aufenthaltsort ein mehr oder weniger zufälliges Moment. Die Anknüpfung an den Wohnort des Drittschuldners ist daher für den Gläubiger vorteilhafter und für den Arrestschuldner (der im übrigen in derartigen Fällen keine besondere Rücksichtnahme verdient) mindestens nicht nachteiliger als die Anknüpfung an den jeweiligen Aufenthaltsort dieses letztern.

Im vorliegenden Falle ergibt sich aus den Nachforschungen des Arrestgläubigers und namentlich auch aus den eigenen Vorbringen des Arrestschuldners, dass dessen Wohnsitzeverhältnisse im erwähnten Sinne undurchsichtig sind. Der Arrestschuldner nennt mehrere Orte in der Schweiz, zu denen er in nähern Beziehungen stehe (Minusio, Biel, Sutz bei Biel), hütet sich aber sorgsam, eindeutig zu sagen, wo er heute seinen Wohnsitz habe, oder Angaben zu machen, die es erlauben würden, dem einen oder andern der in Frage kommenden Orte den Vorzug zu geben. Unter diesen Umständen besteht nach dem Gesagten kein Grund, den am Wohnorte des Drittschuldners in Zürich 8 erfolgten Arrestvollzug aufzuheben. Es müsste bei dieser Massnahme sein Bewenden haben, selbst wenn man annehmen wollte, das Betreibungsamt hätte den Arrestbefehl nicht ohne weiteres auf Grund der ihm damals (aus dem Betreibungsverfahren Schüpbach/Thoenen und aus den Mitteilungen des Rekurrenten) bekannten Umstände, sondern erst nach Rückfrage bei der Arrestbehörde oder nach Beschaffung weiterer Belege durch den Gläubiger vollziehen dürfen. Der von der Vorinstanz angezogene Fall BGE 64 III 127 ff. und der vorliegende Fall unterscheiden sich dadurch, dass dort zweifelsfrei feststand, dass der Arrestschuldner an dem im Arrestbefehl angegebenen, vom Arrestort verschiedenen Orte

wohnte, wogegen hier das Bestehen eines Wohnsitzes an dem im Arrestbefehl genannten Orte dem Betreibungsamt von vornherein als mindestens zweifelhaft erscheinen musste.

Hat der Arrestvollzug in Zürich 8 vor den Vorschriften des Betreibungsrechts Bestand, so ergibt sich die Zuständigkeit des Betreibungsamtes Zürich 8 zum Erlass des Zahlungsbefehls ohne weiteres aus Art. 52 SchKG.

*Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer :*

Der Rekurs wird gutgeheissen, der angefochtene Entscheid aufgehoben und die Beschwerde abgewiesen.

**7. Auszug aus dem Entscheid vom 24. Januar 1950**  
i. S. Manser.

*Betriebung für Miet- und Pachtzins.* Hinfall des Retentionsbeschlages, wenn, bei ausdrücklicher Bestreitung auch des Retentionsrechtes im Rechtsvorschlag, nur auf Anerkennung der Forderung geklagt wird. Unwirksamkeit einer nachträglichen Klageergänzung.

Art. 283/278 SchKG. Kreisschreiben Nr. 24 der SchKK vom 12. Juli 1909.

*Poursuite pour loyers et fermages.* L'inventaire cesse de produire ses effets si le bailleur dont le droit de gage a été expressément contesté se contente d'ouvrir action en reconnaissance de la créance. Il n'est pas possible en pareil cas de compléter ultérieurement les conclusions de la demande.

Art. 283/278 LP. Circulaire de la Chambre des poursuites et des faillites n° 24, du 12 juillet 1909.

*Esecuzione per pigioni e affitti.* L'inventario cessa di produrre i suoi effetti se il locatore, il cui diritto di ritenzione è stato espressamente contestato, si limita a promuovere azione di riconoscimento del credito. Non è possibile in questo caso di completare ulteriormente le conclusioni della domanda.

Art. 283/278 LEF. Circolare della Camera d'esecuzione e dei fallimenti n° 24, del 12 luglio 1909.

*Aus dem Tatbestand :*

A. — In der von Lehner gegen Manser auf Grund eines Retentionsverzeichnisses angehobenen Betreibung

für Miet- oder Pachtzins schlug der Schuldner Recht vor, und zwar bestritt er ausdrücklich sowohl die Forderung wie auch das Retentionsrecht. Der Gläubiger verlangte hierauf provisorische Rechtsöffnung für die Forderung. Mit diesem Begehren abgewiesen, erhob er Klage auf Zahlung von Miet- oder Pachtzins sowie von Schadenersatz.

B. — Der Schuldner erachtete hierauf den Retentionsbeschluss als verwirkt, weil die Klage nur hinsichtlich der Forderung, nicht auch hinsichtlich des Retentionsrechtes erhoben worden sei. Er verlangte deshalb die Freigabe der Retentionsgegenstände.

C. — Vom Betreibungsamt Burgdorf abgewiesen, führte der Schuldner Beschwerde. Gegen den die Beschwerde abweisenden Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde vom 29. Dezember 1949 richtet sich der vorliegende Rekurs, mit dem der Schuldner an der Beschwerde festhält.

*Aus den Erwägungen :*

1. — Durch die ausdrückliche Bestreitung des Pfandrechts neben der Forderung wahrt sich der Schuldner die Möglichkeit der Erhebung von Einreden gegen das Pfandrecht als solches, also auch für den Fall, dass die Forderung zu Recht bestehen sollte. Gerade um dem Gläubiger eine dahingehende Stellungnahme kund zu tun, ist er gehalten, dies im Rechtsvorschlag ausdrücklich zu erklären. Sonst würde angenommen, das Pfandrecht gelte (abgesehen von den gegen die Forderung erhobenen Einreden) als anerkannt (vgl. die Anweisung im Formular des Zahlungsbefehls für die Faustpfandbetreibung, entsprechend der für die Grundpfandbetreibung geltenden Vorschrift von Art. 85 Abs. 1 VZG). In der auf eine Retentionsurkunde gemäss Art. 283 SchKG gestützten Betreibung auf Pfandverwertung für Miet- oder Pachtzins muss daher der Gläubiger gegenüber einem solchen ausdrücklich auch gegen das Retentionsrecht erhobenen Rechtsvorschlag sowohl die Forderung wie auch das Retentionsrecht zur Geltung

bringen. Mit einem bloss die Forderung zusprechenden Urteil wäre die besondere Bestreitung des Retentionsrechtes nicht entkräftet. Ein solches Urteil wäre also in dieser Retentionsbetreibung nicht vollstreckbar. Die Einrede des Rekurrenten, es fehle an einer auf Feststellung des Retentionsrechtes gehenden Klage, ist somit erheblich. Es ist ferner längst anerkannt, dass für die Prosequierung eines Retentionsverzeichnisses für Miet- oder Pachtzins die Vorschrift von Art. 283 Abs. 3 SchKG ihre Ergänzung in der analogen Anwendung der für die Arrestprosequierung geltenden Regeln von Art. 278 SchKG finden muss (Kreisschreiben Nr. 24 der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichtes vom 12. Juli 1909). Die betreffenden Fristen sind bei einem ausdrücklich gegen das Retentionsrecht erhobenen Rechtsvorschlag auch für die Klage auf Feststellung dieses Rechtes zu beobachten. Stellt freilich der Gläubiger vorerst ein Rechtsöffnungsbegehren bloss für die Forderung (sei es, dass er nur für diese einen die Rechtsöffnung rechtfertigenden Ausweis zu haben glaubt, oder dass nach der Rechtsprechung des betreffenden Kantons Rechtsöffnung keinesfalls für ein Pfandrecht verlangt werden darf), so soll er aus praktischen Gründen mit der Klage auf Feststellung des Retentionsrechtes bis zur Erledigung des Rechtsöffnungsbegehrens zuwarten können, ohne sich einer Verwirkungsfolge auszusetzen (BGE 62 III 7). Nach rechtskräftiger Abweisung des Rechtsöffnungsbegehrens läuft aber die zehntägige Prosequierungsfrist hinsichtlich beider Teile des Rechtsvorschlages. Wird sie auch nur im einen der beiden Bestreitungsunkte versäumt, so fällt der Retentionsbeschluss dahin.

2. — Die kantonale Aufsichtsbehörde möchte es dabei nicht bewenden lassen. Sie weist auf die Möglichkeit einer Klageänderung nach Art. 94 der bernischen Zivilprozessordnung hin. Danach stehe dem Gläubiger frei, im Laufe des vorerst nur die Forderung betreffenden Prozesses ein zusätzliches Begehren hinsichtlich des Retentionsrechtes noch zu stellen. Über die Zulässigkeit einer solchen Er-

gänzung der Klage werde der Richter zu entscheiden haben. Diesem sei auch die Entscheidung darüber vorzubehalten, ob das nachträgliche, erst nach Ablauf der Prosequierungsfrist gestellte Begehren den Retentionsbeschlagn zu wahren vermöge.

Diese Betrachtungsweise ist jedoch mit dem Verwirrungscharakter der in Frage stehenden Prosequierungsfristen nicht vereinbar. Einem erst im Laufe des Prozesses gestellten Begehren um Feststellung des Retentionsrechts kann nicht rückwirkende Kraft auf den Beginn des nur hinsichtlich der Forderung angehobenen Prozesses zukommen. Hat freilich der Gläubiger binnen der Prosequierungsfrist etwas zur gerichtlichen Geltendmachung in beiden Punkten vorgekehrt, und ist nur fraglich, ob er es in prozessual wirksamer Weise getan habe, so hat darüber der mit der Klage befasste Richter zu entscheiden. Ist aber hinsichtlich des ausdrücklich bestrittenen Retentionsrechtes binnen der Prosequierungsfrist nichts vorgekehrt worden — wovon die vorinstanzliche Entscheidung ausgeht —, so ist der Retentionsbeschlagn kraft Betreibungsrechtes dahingefallen. Über die Einhaltung der Prosequierungsfristen zu wachen, ist Sache der Betreibungsbehörden. Diese haben denn auch die Befugnis dazu immer für sich in Anspruch genommen (vgl. BGE 62 III 9 oben, 75 III 76 Mitte).

#### 8. Arrêt du 13 juin 1950 en la cause Vuilleumier.

*Poursuite pour loyers ou fermages garantis par un droit de rétention* (art. 41 et 37 al. 2 LP, 272 sv. CO et 282 sv. LP).

Le bailleur, qui n'a pas requis un inventaire des biens soumis à son droit de rétention, peut exercer pour son loyer une poursuite ordinaire par voie de saisie ou de faillite, sans que le débiteur puisse le contraindre à agir par la voie d'une poursuite en réalisation de gage.

Il conserve cependant la possibilité, dans des poursuites de tiers contre le preneur, de rendre opérant son droit de rétention par la voie de la tierce opposition, mais à la condition qu'il abandonne sa poursuite ordinaire.

*Betreibung für Miet- und Pachtzins mit Retentionsrecht* (Art. 41 und 37<sup>a</sup> SchKG, 272 ff. OR und 282 ff. SchKG).

Hat der Vermieter nicht die Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses verlangt, so kann er für den Mietzins eine ordentliche Betreibung auf Pfändung oder Konkurs anheben. Dem Schuldner steht nicht zu, ihn solchenfalls auf den Weg einer Betreibung auf Pfandverwertung zu verweisen.

Dabei ist dem Vermieter in Betreibungen Dritter gegen den Mieter die Möglichkeit gewahrt, sein Retentionsrecht durch Widerspruch (Art. 106-109 SchKG) zur Geltung zu bringen, jedoch nur unter Aufgabe der ordentlichen Betreibung.

*Esecuzione per pigioni e affitti garantiti da un diritto di ritenzione* (art. 41 e 37 cp. 2 LEF, 272 sgg. CO e 282 sgg. LEF).

Il locatore, che non ha chiesto l'erezione dell'inventario degli oggetti vincolati al diritto di ritenzione, può promuovere per l'affitto l'esecuzione in via ordinaria di pignoramento o di fallimento, senza che il debitore possa obbligarlo ad agire in via di realizzazione del pegno.

Il locatore conserva tuttavia la possibilità, nelle esecuzioni di terzi contro il locatore, di far valere il suo diritto di ritenzione in via di rivendicazione (art. 106-109 LEF), ma alla condizione di abbandonare l'esecuzione ordinaria.

A. — Selon contrat du 2 avril 1949, les sociétés intimées ont loué à Maurice Vuilleumier et Jules Bippus, tous deux responsables par moitié des obligations découlant du contrat, des locaux sis à Bienne à destination de tea-room, magasin et laboratoire. Le loyer annuel était de 14 300 fr., payable d'avance par termes trimestriels de 3575 fr.

A la réquisition des bailleuses, l'Office des poursuites de Neuchâtel a notifié à Maurice Vuilleumier, domicilié dans cette ville, un commandement de payer la somme de 4877 fr. 75. Ce commandement mentionne comme titre de la créance le contrat de bail à loyer, mais il est conçu pour la poursuite ordinaire par voie de saisie ou de faillite.

B. — Vuilleumier a porté plainte à l'Autorité de surveillance de Neuchâtel en concluant à l'annulation du commandement de payer. Il invoquait les art. 41 et 37 al. 2 LP pour demander d'être poursuivi d'abord par voie de réalisation du gage constitué par des machines, des meubles, etc.

L'Autorité inférieure de surveillance a rejeté la plainte. Elle a considéré que le débiteur ne peut invoquer le « beneficium excussionis realis » qu'en prouvant qu'il existe en