

zinsforderungen nicht etwa von vorneherein deren Inanspruchnahme für den Unterhalt des Schuldners aus. Indessen möchte zweifelhaft erscheinen, ob Art. 103 SchKG, der nur von der Inanspruchnahme der Früchte zum Unterhalt des Schuldners spricht, einschränkend, oder aber umgekehrt ausdehnend auszulegen sei und auch die in Art. 102 SchKG neben den Früchten genannten sonstigen Erträge für den Unterhalt des Schuldners in Anspruch nehmen lassen wolle. Indessen ist diese Kontroverse gegenstandslos geworden durch die Vorschriften der Art. 22 (« Der Erlös der Früchte und die — infolge Pfändung — eingegangenen Erträge sind in erster Linie... zur Ausrichtung allfälliger Beiträge an den Unterhalt des Schuldners und seiner Familie zu verwenden. Der Überschuss ist... an die Berechtigten zu verteilen. Dabei sind in erster Linie die Grundpfandgläubiger zu berücksichtigen... ») und 94 VZG, welche letztere Vorschrift nach dem Zusammenhang nicht anders als dahin ausgelegt werden kann, dass Unterhaltsbeiträge nach Art. 103 Abs. 2 SchKG aus den infolge Mietzinsensperre eingegangenen Mietzinsen bezahlt werden können. Diese vom Gesamtbundesgericht aufgestellten Vorschriften, die übrigens nach dem Ausgeführten mit SchKG und ZGB wohl vereinbar sind, müssen von der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer ohne weiteres angewendet werden. Somit erweist sich der Rekurs des Schuldners grundsätzlich als begründet. Doch ist die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen, weil der Grundpfandgläubiger die Zuweisung von 175 Fr. monatlich an den Schuldner auch als « masslich ganz und gar unverständlich » angefochten hat.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer :

Der Rekurs wird dahin begründet erklärt, dass der angefochtene Entscheid aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

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

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 $\frac{1}{2}$ 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.

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 dement-

sprechend 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 Retentionsbeschlages 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 auszuliegen 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 die eidgenös-

sische Oberaufsichtsbehörde 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

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 Rechtsvorkehrungen 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 einm. in das Rechtsöffnungsbegehren einbezo-

gen 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.

4. Entscheidung vom 18. Februar 1936 i. S. Faust.

Art. 32 SchKG ist auf Zahlungen an ein Betreibungsamt zu Handen des betreibenden Gläubigers nicht anwendbar.

Als pünktliche Leistung im Sinne von Art. 123 Abs. 3 SchKG kann dennoch eine am Verfalltage auf die Postscheckrechnung des Betreibungsamtes gemachte Einzahlung gelten, die dem Amt erst später gutgeschrieben worden ist. Ermessen der Vollstreckungsbehörden bei Anwendung dieser Bestimmung.

L'art. 32 LP est inapplicable aux paiements faits à l'office pour éteindre la créance en poursuite.

Néanmoins, par versement « ponctuel » selon l'art. 123, al. 3 LP, il faut aussi comprendre le versement fait le jour de l'échéance au compte de chèque postal de l'office, encorè que celui-ci n'en ait été bonifié que plus tard. — Pouvoir d'appréciation des autorités de poursuite qui appliquent cette disposition.

L'art. 32 LEF non è applicabile ai pagamenti fatti all'ufficio per estinguere il debito oggetto dell'esecuzione.

Quale versamento puntuale a' sensi dell'art. 123 cp. 3 LEF s'intende però anche il versamento fatto il giorno della scadenza al conto chèques postali dell'ufficio, benchè questo ne sia stato accreditato solo più tardi. Facoltà d'apprezzamento delle autorità d'esecuzione chiamate ad applicare questa norma.

Die vom Rekurrenten betriebene Schuldnerin, der ein Verwertungsaufschub gegen die Verpflichtung zu monatlichen Abschlagszahlungen bewilligt worden ist, hat den am 2. November 1935 fällig gewordenen Betrag an diesem Tage um 18 Uhr auf die Postscheckrechnung des Betrei-

bungsamtes einbezahlt, worauf das Amt einige Tage später die Gutschriftsanzeige erhielt. Der Rekurrent hält diese Zahlung für verspätet und demzufolge den Verwertungsaufschub für dahingefallen. Nach Ablehnung eines beim Betreibungsamt gestellten Begehrens um sofortige Vornahme der Verwertung und nach Abweisung der daraufhin angehobenen Beschwerde durch die kantonalen Aufsichtsbehörden hat er die Sache an das Bundesgericht weitergezogen.

*Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
zieht in Erwägung :*

Der Rekurrent beruft sich auf Art. 36 des Postverkehrsgesetzes und BGE 55 II 202, wonach eine auf Postscheck geleistete Zahlung erst mit der Gutschrift auf der Postscheckrechnung des Adressaten (oder mit der Anzeige des Eintreffens an ihn oder endlich mit einer durch ihn selber getroffenen Verfügung) vollzogen ist. Demgegenüber glaubt die Vorinstanz für Zahlungen an ein Betreibungsamt eine abweichende Regel herleiten zu sollen aus der in Art. 32 SchKG aufgestellten Bestimmung, dass Mitteilungen (an eine Amtsstelle ; auch Beschwerden und Klagen) als fristgerecht zu gelten haben, sofern nur die Aufgabe zur Post vor Ablauf der Frist stattgefunden hat. Allein Zahlungen werden durch diese Bestimmung nicht betroffen, und eine analoge Anwendung drängt sich ebenfalls nicht auf, wenigstens nicht bei Zahlungen, die für den durch das Betreibungsamt bloss vertretenen Gläubiger bestimmt sind. Solange das Verfügungsrecht nicht vom Absender (Geldauftraggeber) auf den Adressaten übergegangen ist, ist die Zahlung nicht vollzogen.

Dagegen rechtfertigt sich die Abweisung der Beschwerde des Gläubigers aus dem zweiten von der Vorinstanz angeführten Grunde. Art. 123 Abs. 3 SchKG, wonach der Verwertungsaufschub dahinfällt, « wenn die Abschlagszahlungen nicht pünktlich erfolgen », verlangt nicht, die Verwirkung unbedingt eintreten zu lassen, sobald eine