

Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR)

Herausgegeben von Jörg Schmid im Auftrag der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern

Band 23

Rainer Wey

Das obligatorische Retentionsrecht

Schulthess S 2007

Inhaltsverzeichnis

LITERATURVERZEICHNIS.....	XXI
Literatur.....	XXI
Materialien.....	LII
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	LIII
EINLEITUNG.....	1
1. KAPITEL: ALLGEMEINES ZUM OBLIGATORISCHEN RETENTIONSRECHT.....	3
§ 1 Ausgangslage.....	3
§ 2 Methodologisches zum obligatorischen Retentionsrecht.....	7
I. Gesetzeslücke.....	7
1. Theoretische Grundlagen.....	7
a) Gesetzliche Anerkennung von Lücken.....	7
b) Lückenbegriff.....	8
c) Lückenarten.....	9
aa) Offene Lücke.....	9
bb) Ausnahmelücke.....	11
cc) Bedeutung der Unterscheidung.....	11
dd) Kritik an der Unterscheidung.....	12
2. Konkreter Lückennachweis.....	13
v a) Nachweis des Fehlens einer gesetzlichen Regelung.....	14
aa) Fall 1: Retentionsrecht des Auftraggebers am Aufwendungersatz bei Herausgabepflicht des Beauftragten ..	14
aaa) Sachverhalt.....	14
bbb) Nicht einschlägige gesetzliche Regelung.....	14
ccc) Unbeantwortete Rechtsfrage.....	14
ddd) Folgen.....	15
bb) Fall 2: Retentionsrecht des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung bei verfallenen Lohnzahlungen.....	15
aaa) Sachverhalt.....	15
bbb) Nicht einschlägige gesetzliche Regelung.....	15
ccc) Unbeantwortete Rechtsfrage.....	16
ddd) Folgen.....	16

cc)	Fall 3: Retentionsrecht des Verkäufers an einer Lieferung bei ausstehenden Zahlungen des Käufers aus früherem Vertrag	16
aaa)	Sachverhalt.....	16
bbb)	Nicht einschlägige gesetzliche Regelung.....	17
ccc)	Unbeantwortete Rechtsfrage.....	17
ddd)	Folgen.....	17
b)	Erstes Zwischenfazit.....	18
c)	Nachweis der „Erforderlichkeit“ einer gesetzlichen Regelung: Gesetzgebungsgeschichte.....	19
aa)	Gesetzgebungsgeschichte des Obligationenrechts.....	19
bb)	Gesetzgebungsgeschichte des Zivilgesetzbuchs.....	20
d)	Zweites Zwischenfazit.....	21
3.	Qualifizierung der Lücke.....	21
a)	Offene Lücke.....	21
b)	Bestätigung des gefundenen Ergebnisses.....	22
aa)	Fall 1: Retentionsrecht des Auftraggebers am Aufwendersersatz bei Herausgabepflicht des Beauftragten ...	22
bb)	Fall 2: Retentionsrecht des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung bei verfallenen Lohnzahlungen.....	23
cc)	Fall 3: Retentionsrecht des Verkäufers an einer Lieferung bei ausstehenden Zahlungen des Käufers aus früherem Vertrag	24
4.	Ergebnis.....	25
II.	Füllung der offenen Gesetzeslücke.....	26
1.	Vorrangigkeit der Lückenfüllung durch Analogieschluss.....	26
2.	Lückenfüllung durch Analogieschluss.....	27
III.	Ergebnis und Ausblick.....	29
§ 3	Terminologie.....	31
I.	„Obligatorisches Retentionsrecht“.....	31
II.	Weitere verwendete Ausdrücke.....	33
§ 4	Inhalt, Funktionsweise, Rechtsnatur und Zweck.....	35
I.	Inhalt des obligatorischen Retentionsrechts.....	35
II.	Funktionsweise des obligatorischen Retentionsrechts.....	37
1.	Phase 1: Entstehung des obligatorischen Retentionsrechts.....	37
2.	Phase 2: Geltendmachung des obligatorischen Retentionsrechts.....	38
3.	Phase 3: Wirkungen des obligatorischen Retentionsrechts.....	38

4.	Phase 4: Abwendung des obligatorischen Retentionsrechts.....	38
III.	Rechtsnatur des obligatorischen Retentionsrechts...../.....	39
IV.	Zweck des obligatorischen Retentionsrechts.....	40
1.	Mittel zum Selbstschutz.....	41
2.	Mittel zur Sichernng.....	42
3.	Mittel zur Druck- bzw. Zwangsausübung.....	43
§ 5	Anwendungsbereich.....	44
I.	Allgemeines.....	44
II.	Rechtsgrund der Forderungen.....	45
III.	Inhalt der (Haupt-)Forderung.....	48
1.	Qualitative Anforderungen: Leistungen jeder Art.....	48
a)	Leistungen jeder Art.....	48
b)	Einzelne Leistungsarten.....	50
aa)	Handlungen.....	50
bb)	Unterlassungen.....	50
cc)	Duldung.....	51
dd)	Bewegliche Sachen.....	52
ee)	Unbewegliche Sachen.....	53
ff)	Forderungen.....	54
2.	Quantitative Anforderung: Umfang.....	54
IV.	Abgrenzungen.....	55
1.	Allgemeines.....	55
2.	Zum dinglichen Retentionsrecht (Art. 895 ff. ZGB).....	56
3.	Zur Einrede des nicht erfüllten Vertrags (Art. 82 OR).....	59
4.	Zur Einrede der Zahlungsunfähigkeit (Art. 83 OR).....	62
5.	Zur Verrechnung (Art. 120 ff. OR).....	64
6.	Zum vertraglichen Zurückbehaltungsrecht.....	67
2. KAPITEL:	VORAUSSETZUNGEN DES OBLIGATORISCHEN RETENTIONSRECHTS...	71
§ 1	Vorbemerkungen.....	71
§ 2	Positive Voraussetzungen.....	72
I.	Gegenforderung des Schuldners (Gegenseitigkeit der Forderungen).....	72
1.	Existenz der Gegenforderung.....	72
2.	Eigene Gegenforderung gegen die Gläubigerin.....	73
a)	Allgemeines.....	73

b) Bei Beteiligung Dritter.....	75
aa) Mehrzahl von Gläubigern oder Schuldnern.....	75
aaa) Teilgläubigerschaft und Teilschuldnerschaft.....	75
bbb) Solidargläubigerschaft und Solidarschuldnerschaft.....	78
ccc) Gemeinschaftliche Gläubigerschaft und Schuldnerschaft.....	81
ddd) Gläubigermehrheit und Schuldnermehrheit bei unteilbarer Leistung.....	85
bb) Abtretung der Forderung.....	87
cc) Schuldübernahme.....	89
dd) Vertrag zugunsten Dritter.....	92
ee) Bürgschaft.....	94
ff) Konsumgüterleasing.....	96
3. Zusammenfassung und Ergebnisse.....	98
II. Durchsetzbarkeit der Gegenforderung.....	99
1. Fälligkeit der Gegenforderung.....	99
a) Im Allgemeinen.....	99
b) Im Besonderen: Frage der analogen Anwendung von Art. 169 Abs. 2 OR.....	102
2. Klagbarkeit der Gegenforderung.....	104
a) Allgemeines.....	104
b) Keine unvollkommene Gegenforderung.....	104
c) Strittige Gegenforderungen.....	105
3. Einredefreiheit der Gegenforderung.....	106
a) Im Allgemeinen.....	106
b) Im Besonderen: Frage der analogen Anwendung von Art. 120 Abs. 3 OR.....	108
4. Zusammenfassung.....	111
III. Konnexität zwischen den Forderungen.....	112
1. Ausgangslage.....	112
2. Analogie zu gesetzlichen Konnexitätsbegriffen - eine vorausscheidende Prüfung.....	115
a) Einrede des nicht erfüllten Vertrags (Art. 82 OR).....	115
b) Verrechnung (Art. 120 ff. OR).....	115
c) Dingliches Retentionsrecht (Art. 895 ff. ZGB).....	116
d) Zwischenfazit.....	116

3. Analogie zum Konnexitätsbegriff des Art. 895 ZGB.....	117
a) Allgemeines.....	117
b) Bürgerliches Retentionsrecht.....	118
aa) Allgemeines.....	118
bb) Forderung auf Ersatz von Verwendungen.....	119
cc) Forderung auf Ersatz des durch die Sache verursachten Schadens.....	121
dd) Auf dem gleichen Rechtsverhältnis beruhende Forderungen.	123
aaa) Allgemeines.....	123
bbb) Bei synallagmatisch unabhängigen Forderungen.....	124
ccc) Bei Forderungen aus ehelicher Lebensgemeinschaft.....	124
ddd) Bei Forderungen aus Gesellschaftsvertrag.....	125
ee) Auf dem gleichen faktischen Verhältnis beruhende Forderungen.....	126
aaa) Allgemeines.....	126
bbb) Bei gescheitertem Vertrag.....	127
ccc) Bei aufgehobener ehelicher Lebensgemeinschaft.....	128
ddd) Bei ungültigem Pfandrecht.....	129
ff) Auf dem gleichen Komplex von Rechtsgeschäften oder faktischen Verhältnissen beruhende Forderungen.....	130
aaa) Allgemeines.....	130
bbb) Bei wirtschaftlich zusammenhängenden Leistungen.....	132
ccc) Bei Leistungen „über das Kreuz“ im Alleinvertriebsvertrag	133
ddd) Bei verkauftem, unbezahlt gebliebenem Gegenstand, der später wieder in Besitz des Verkäufers gelangt.....	134
c) Kaufmännisches Retentionsrecht.....	135
aa) Allgemeines.....	135
bb) Kaufmannseigenschaft.....	137
cc) Forderungen gehen aus geschäftlichem Verkehr hervor.....	138
d) Zusammenfassung.....	140
4. Stand in Lehre und Rechtsprechung.....	141
a) In der Lehre.....	141
b) In der Rechtsprechung.....	143
c) Fazit.....	143
5. Eigene Stellungnahme.....	143

§ 3	Negative Voraussetzungen.....	146
I.	Kein Ausschluss aufgrund vertraglicher Vereinbarung.....	146
1.	Allgemeines.....	146
2.	Ausschluss durch konkludente Vereinbarung.....	147
3.	Grenzen des Ausschlusses durch vertragliche Vereinbarung.....	150
a)	Ausschluss in Allgemeinen Geschäftsbedingungen.....	150
b)	Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben.....	152
4.	Zusammenfassung.....	153
II.	Kein Ausschluss aufgrund der Natur der betroffenen Forderungen.....	154
1.	Allgemeines.....	154
2.	Typische Fälle.....	156
a)	Unterhaltsforderungen.....	156
b)	Lohnforderungen.....	158
c)	Forderung auf Beitragsleistung aus Gesellschaftsvertrag.....	160
d)	Forderung auf Rückgabe aus Treuhandvertrag.....	160
e)	Forderung auf Auskunft- und Rechenschaftsablegung.....	161
f)	Forderung aus Familienrecht.....	162
g)	Fixgeschäfte.....	164
3.	Zusammenfassung.....	164
III.	Kein Ausschluss aufgrund von Treu und Glauben.....	165
1.	Allgemeines.....	165
2.	Typische Fälle.....	166
a)	Vereitelung des Gläubigerinnenanspruchs.....	166
b)	Unverhältnismässigkeit der Rechtsausübung.....	168
c)	Ungetreues Verhalten des Schuldners.....	170
d)	Annahmeverzug des Schuldners.....	171
e)	Rechtswidriges Verhalten beim Erwerb des Retentionsgegenstands bzw. als Grund der Entstehung der Hauptforderung.....	172
3.	Weitere Fälle.....	173
4.	Zusammenfassung.....	175
IV.	Kein Ausschluss aufgrund gesetzlicher Bestimmung.....	176
1.	Ausschlussgründe des dinglichen Retentionsrechts.....	176
a)	Allgemeines.....	176
b)	Ausschluss gemäss Art. 896 Abs. 1 ZGB (Verwertbarkeit).....	177
aa)	Regelung beim dinglichen Retentionsrecht.....	177

bb)	Frage des Ausschlusses des obligatorischen Retentionsrechts bei fehlender Verwertbarkeit des Retentionsgegenstands	178
aaa)	Allgemeines.....	178
bbb)	Stand in der Lehre.....	178
ccc)	Stand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung - mit besonderer Berücksichtigung von BGE 122 IV 322 ff.	179
ddd)	Eigene Stellungnahme.....	184
cc)	Sonderproblem: Ausschluss des Aktenretentionsrechts des Rechtsanwalts.....	186
c)	Ausschluss gemäss Art. 896 Abs. 2 ZGB.....	187
aa)	Regelung beim dinglichen Retentionsrecht.....	187
aaa)	Übernommene Verpflichtung des Gläubigers.....	187
bbb)	Vom Schuldner erteilte Vorschrift.....	188
ccc)	Öffentliche Ordnung.....	189
bb)	Frage der analogen Anwendung der Ausschlussgründe gemäss Art. 896 Abs. 2 ZGB auf das obligatorische Retentionsrecht.....	190
aaa)	Übernommene Verpflichtung des Schuldners.....	190
bbb)	Von der Gläubigerin erteilte Vorschrift.....	191
ccc)	Öffentliche Ordnung.....	193
d)	Zusammenfassung.....	193
2.	Ausschlussgründe der Verrechnung.....	194
a)	Allgemeines.....	194
b)	Regelung bei der Verrechnung.....	196
aa)	Verpflichtungen zur Rückgabe bzw. zum Ersatz hinterlegter Sachen.....	196
bb)	Verpflichtungen zur Rückgabe oder zum Ersatz widerrechtlich entzogener oder böswillig vorenthaltener Sachen.....	197
cc)	Verpflichtungen, deren besondere Natur tatsächliche Erfüllung verlangt.....	198
dd)	Verpflichtungen gegen das Gemeinwesen aus öffentlichem Recht.....	199

- c) Frage der analogen Anwendung der Verrechnungsausschlüsse
gemäss Art. 125 OR auf das obligatorische Retentionsrecht:.....199
 - aa) Verpflichtungen zur Rückgabe bzw.
zum Ersatz hinterlegter Sachen.....200
 - bb) Verpflichtungen zur Rückgabe oder zum Ersatz
widerrechtlich entzogener oder böswillig
vorenthaltener Sachen.....201
 - cc) Verpflichtungen, deren besondere Natur
tatsächliche Erfüllung verlangt.....201
 - dd) Verpflichtungen gegen das Gemeinwesen
aus öffentlichem Recht.....202
- d) Zusammenfassung.....203

3. KAPITEL: GELTENDMACHUNG DES OBLIGATORISCHEN RETENTIONSRECHTS.205

- § 1 Allgemeines.....205
- § 2 Entstehung der Einrede.....206
- § 3 Rechtsnatur der Einrede.....208
 - I. Allgemeines.....208
 - II. Rechtsnatur der Einrede des nicht erfüllten Vertrags.....208
 - III. Rechtsnatur der Einrede des obligatorischen Retentionsrechts.....210
 - 1. Einrede im technischen Sinn - „echte" Einrede.....210
 - 2. Einrede im materiellen bzw. engen Sinn.....211
 - 3. Anspruchsbeschränkende Einrede.....211
 - 4. Ausserprozessuale oder prozessuale Geltendmachung.....214
 - IV. Zusammenfassung und Ergebnis.....214
- § 4 Geltendmachung der Einrede.....216
 - I. Ausserprozessuale Geltendmachung.....216
 - 1. Allgemeines.....216
 - 2. Zeitliche Anforderungen.....218
 - II. Prozessuale Geltendmachung.....219
 - 1. Allgemeines.....220
 - 2. Formelle Anforderungen.....221
 - a) Behauptungslast.....221
 - b) Substanziierungslast.....222
 - c) Bedeutung für die Einrede des obligatorischen Retentionsrechts.....222

3.	Richterliche Fragepflicht bei nicht ausgeübter Einrede.....	225
a)	Grundsatz: Keine Berücksichtigung der Einrede von Amtes wegen .	225
b)	Relativierung: Richterlicher Hinweis auf bestehende Einrede?.....	226
4.	Beweislastverteilung.....	228
5.	Zeitliche Anforderungen.....	229
6.	Zusammenfassung und Ergebnisse.....	230
III.	Ausschluss der Geltendmachung der Einrede.....	232
4. KAPITEL:	WIRKUNGEN DES OBLIGATORISCHEN RETENTIONSRECHTS.....	235
§ 1	Rechtsgestaltende Wirkung.....	235
I.	Forderungsverknüpfung.....	235
II.	Prozessuale Wirkungen der Forderungsverknüpfung.....	238
1.	Urteil auf Leistung Zug um Zug.....	238
a)	Gutheissendes Urteil.....	238
aa)	Allgemeines.....	238
bb)	Weniger vom Gleichen - nicht etwas Anderes.....	239
cc)	Art des Urteils.....	241
b)	Rechtliche Grundlage der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug....	243
c)	Kostentragung.....	244
aa)	Grundsätze der Kostentragung.....	244
bb)	Kostentragung bei verschiedenen Fallkonstellationen.....	245
aaa)	Fallkonstellation I.....	245
bbb)	Fallkonstellation II.....	245
ccc)	Fallkonstellation III.....	246
ddd)	Fallkonstellation IV.....	246
d)	Rechtskraftwirkung.....	248
e)	Zusammenfassung und Ergebnisse.....	249
2.	Zwangsvollstreckung des Urteils auf Leistung Zug um Zug.....	250
a)	Imzivilprozessualen Verfahren.....	250
b)	Im Schuldbetreibungsverfahren.....	251
aa)	Urteil auf Leistung Zug um Zug als definitiver Rechtsöffnungstitel.....	251
bb)	Schuldanererkennung als provisorischer Rechtsöffnungstitel...	252
cc)	Aberkennungsklage im Besonderen.....	254
c)	Zusammenfassung.....	255

§ 2	Verzug.....	257
I.	Allgemeines.....	< 257
II.	Schuldner ist bei Geltendmachung der Einrede noch nicht in Verzug	258
III.	Schuldner ist bei Geltendmachung der Einrede bereits in Verzug	259
1.	Keine Rückwirkung der Einrede (Wirkung ex nunc)?.....	259
2.	Rückwirkung der Einrede (Wirkung ex tunc)?.....	260
3.	Fazit.....	260
IV.	Sonderproblem: Fälligkeit.....	261
V.	Zusammenfassung.....	263
§ 3	Obligatorische Wirkung.....	265
§ 4	Unterbruch der Verjährung.....	267
5. KAPITEL: ABWENDUNG DES OBLIGATORISCHEN RETENTIONSRECHTS DURCH		
SICHERSTELLUNG.....		269
§ 1	Allgemeines.....	269
§ 2	Frage der Zulässigkeit der Sicherstellung.....	270
I.	Stand in Lehre und Rechtsprechung.....	270
1.	Analogie zu Art. 82 OR - Unzulässigkeit der Sicherstellung.....	270
2.	Analogie zu Art. 895 ff. ZGB - Zulässigkeit der Sicherstellung.....	271
II.	Eigene Stellungnahme.....	272
§ 3	Anforderungen an die Sicherstellung.....	275
I.	Allgemeines.....	275
II.	Art der Sicherstellung.....	276
1.	Realsicherung.....	277
2.	Personalsicherung.....	277
3.	Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren.....	277
III.	Umfang der Sicherstellung.....	278
1.	Qualitative Anforderungen.....	279
2.	Quantitative Anforderungen.....	279
IV.	Austausch von Retentionsgegenständen.....	280
§ 4	Zusammenfassung.....	281
ZUSAMMENFASSUNG UND ERGEBNISSE.....		282
SACHREGISTER.....		295