

niel Staehelin, [Hrsg.], *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Basel/Genf/München 1998, N 9 und 14 zu Art. 74 SchKG*).

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass eine mündliche Erklärung gegenüber dem Postboten am auf die Zustellung des Zahlungsbefehls folgenden Tag nicht genügt.

ABSch+K 12.02.2004

3431

Retentionsrecht. Ob ein Mietobjekt zu Wohn- oder Geschäftszwecken gemietet wurde und daher ein gesetzliches Pfandrecht an den beweglichen Sachen im Mietobjekt besteht oder nicht, ist eine Frage des materiellen Rechts. Das Betreibungsamt kann die Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses nur ablehnen, wenn das Retentionsrecht offensichtlich nicht besteht.

Aus den Erwägungen:

1. Art. 268 OR gewährt nur Vermietern von **Geschäftsräumen** ein Retentionsrecht an den beweglichen Sachen, die sich in den vermieteten Räumen befinden. Art. 283 SchKG gibt den Vermietern das Recht, schon vor Anhebung der Betreibung ihre Interessen zu wahren und ein Verzeichnis mit Gegenständen, die der Retention unterliegen, erstellen zu lassen. Vorliegend hat sich das beschwerdebeklagte Betreibungsamt geweigert, eine Retentionsurkunde aufzunehmen, da angeblich keine Geschäftsraumnutzung vorliege.

Der Begriff des Geschäftsraumes wird vom Bundesgericht weit ausgelegt; insbesondere kommt es nicht notwendigerweise auf die Elemente des gewinnbringenden Tätigkeitszwecks oder der hauptberuflichen Nutzung an (*Anton K. Schnyder/M. Andreas Wiede in Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG III, Basel/Genf/München 1998, N 9 zu Art. 283 SchKG*). Ob ein Mietobjekt zu Wohn- oder Geschäftszwecken gemietet wurde und daher ein gesetzliches Pfandrecht an den beweglichen Sachen im Mietobjekt besteht oder nicht, ist eine **Frage des materiellen Rechts**. Das Betrei-

bungsamt kann die Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses nur ablehnen, wenn das Retentionsrecht offensichtlich nicht besteht (*Kurt Amonn/Fridolin Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Auflage, Bern 2003, § 34 N 18; Anton K. Schnyder/M. Andreas Wiede, a.a.O., N 51 zu Art. 283 SchKG*). Das Betreibungsamt kann lediglich darüber befinden, ob eine bewegliche Sache im Mietobjekt unpfändbar im Sinne von Art. 92 SchKG ist (vgl. Art. 268 Abs. 3 OR). Ist der Schuldner der Meinung, eine Forderung oder wie vorliegend ein Pfandrecht bestünden nicht, hat er gegen die Prosequierungsbetreibung Rechtsvorschlag zu erheben, worauf der Vermieter ein Rechtsöffnungsbegehren (Art. 82 SchKG) oder Klage auf Anerkennung der Forderung oder des Pfandrechts (Art. 79 SchKG) einreichen kann. Bei behauptetem Dritteigentum ist das Widerspruchsverfahren anzuheben (Art. 106 ff. SchKG).

Im vorliegenden Fall ist das Betreibungsamt H. zu Unrecht von einer blossen Wohnnutzung der Liegenschaft X. in W. ausgegangen. Wohl trifft es zu, dass im Mietvertrag vom 14. April 2003 von einer Geschäftstätigkeit nicht die Rede ist. Darauf, dass die Mieter im Mietobjekt auch geschäftliche Aktivitäten entfalten wollten, deuten jedoch ihre verschiedenen, schriftlichen Rügen betreffend des fehlenden ADSL-Anschlusses und dessen angebliche Bedeutung für die Tätigkeit des Mieters A. als Anlageberater hin. Kommt hinzu, dass der Gebrauch eines Raumes (oder von Teilen davon) zu Geschäftszwecken auch stillschweigend oder aufgrund konkludenten Verhaltens, zum Beispiel aufgrund der vom Vermieter wissentlich geduldeten Geschäftsraumnutzung, vereinbart werden kann (*Peter Higi, Zürcher Kommentar, N 19 und 25 zu Art. 253a-253b OR*).

Unter diesen Umständen kann indessen weder von einem rechtsmissbräuchlichen Retentionsbegehren gesprochen werden, noch liegt eine Situation vor, in der ein Retentionsrecht überhaupt nicht zur Diskussion steht (*Anton K. Schnyder/M. Andreas Wiede, a.a.O., N 51 zu Art. 283 SchKG mit Hinweisen*) und das Betreibungsamt hätte die nachgesuchte Handlung nicht ablehnen dürfen. Die Beschwerde ist somit gutzuheissen und die Rückweisungsverfügung des Betreibungsamtes vom 2. März 2004 aufzuheben. Zudem ist das Betreibungsamt anzuweisen, das Retentionsverzeichnis aufzunehmen und die Retentionsurkunde auszustellen.

2. Nur nebenbei bemerkt sei, dass es sich bei der Retention - wie beim Arrest - um eine sichernde Massnahme handelt und weder eine

Notifikation des Schuldners gemäss Art. 90 SchKG noch seine Anwesenheit beim Vollzug nötig ist. Im Gegenteil ist eine Anzeige an den Schuldner geeignet, den Erfolg des Retentionsverfahrens zu vereiteln (*Kurt Amonn/Fridolin Walther, a.a.O., § 34 N 24; Anton K. Schnyder/M. Andreas Wiede, a.a.O., N 59 zu Art. 283 SchKG*). Der Betreibungsbeamte hätte den Augenschein am 20. Februar 2004 also wie geplant durchführen sollen. Wenn er dies nicht allein in Anwesenheit der minderjährigen Tochter der Mieter tun wollte, hätte er die Rückkehr der Eltern abwarten resp. die Hilfe der Polizei oder einer andern Behörde in Anspruch nehmen müssen.

ABSch+K 20.04.2004

2.5 Strafprozess

3432

Beweiswürdigung. Der geltend gemachte Nachtrunk lässt sich aufgrund des Gutachtens sowohl grundsätzlich als auch mit Bezug auf die angeblich konsumierte Art des Alkohols (Whisky) ausschliessen.

Aus den Erwägungen:

1. a) Nach dem prozessualen Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 25 und Art. 166 Abs. 1 StPO) hat der Richter aufgrund seiner freien, aus dem gesamten Verfahren geschöpften Überzeugung zu entscheiden. Der blosse Verdacht oder die blosse Wahrscheinlichkeit, dass die eines Deliktes angeklagte Person eine strafbare Handlung begangen haben könnte, genügt für eine Verurteilung nicht. Auf der andern Seite darf der Richter nicht erst dann eine bestimmte Tatsache als erwiesen betrachten, wenn jede, auch theoretisch noch so entfernte Möglichkeit, dass der Sachverhalt sich anders zugetragen haben könnte, ausgeschlossen ist. Notwendig für die Überzeugungsbildung ist das Urteil eines besonnenen und lebenserfahrenen Beobachters, das vernünftige Zweifel auszuschliessen vermag. Eine Verurteilung muss in objektiver Sicht auf einem ausreichenden Schuldbefund beruhen.