Urteilskopf

116 III 120

24. Auszug aus dem Entscheid der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer vom 12. Dezember 1990 i.S. Sch.-A. (Rekurs)
Regeste (de):
Retentionsrecht des Vermieters (Art. 283 Abs. 1 aSchKG, Art. 283 Abs. 1 SchKG; Art. 1 bis Art. 4 SchlTZGB).

Sind die Gegenstände, wofür die Retention verlangt wird, vor dem 1. Juli 1990 in die vermieteten Räume eingebracht worden, so muss das Retentionsrecht für die Forderungen von Wohnungsmietzins, die vor dem Inkrafttreten des revidierten Miet- und Pachtrechts fällig geworden sind, als entstanden betrachtet und nach dem Vertrauensprinzip geschützt werden. Es bleiben, nach dem in Art. 1 SchlTZGB verankerten Grundsatz der Nichtrückwirkung, das vor diesem Zeitpunkt geltende Obligationenrecht und das entsprechende Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (Art. 283 aSchKG) anwendbar.

Regeste (fr):
Droit de rétention du bailleur (art. 283 al. 1 aLP, art. 283 al. 1 LP; art. 1 à art. 4 Tit. fin. CC).

Lorsque les objets pour lesquels la rétention est requise ont été amenés dans les locaux loués avant le 1er juillet 1990, le droit de rétention doit être considéré comme acquis et protégé conformément au principe de la confiance pour les prétentions de loyer de logement qui étaient exigibles avant l'entrée en vigueur du droit du bail à loyer et du bail à ferme révisé. Selon le principe de non-rétroactivité ancré à l'art. 1 Tit. fin. CC, le droit des obligations en vigueur antérieurement et le droit des poursuites et de la faillite correspondant (art. 283 aLP) demeurent applicables.

Regesto (it):
Diritto di ritenzione del locatore (art. 283 cpv. 1 previgente LEF, art. 283 cpv. 1 LEF; art. 1 a l'art. 4 Tit. fin. CC).

Ove gli oggetti per i quali è chiesta la ritenzione siano stati introdotti prima del 1o luglio 1990 nei locali dati in locazione, il diritto di ritenzione va considerato come acquisito e tutelato conformemente al principio della buona fede per le pretese fondate su pigioni esigibili prima dell'entrata in vigore del nuovo diritto in materia di locazione e di affitto. Secondo il principio dell'irretroattività stabilito nell'art. 1 Tit. fin. CC, rimangono applicabili il diritto delle obbligazioni in vigore anteriormente e il corrispondente diritto delle esecuzioni e del fallimento (art. 283 previgente LEF).

Sachverhalt ab Seite 120

Am 23. Juli 1990 stellte Frau Sch.-A. beim Betreibungsamt das Begehren um Aufnahme einer Retentionsurkunde bei M.,

Mieter eines Einfamilienhauses in H. Als Forderung bezeichnete sie den fälligen Mietzins für die Zeit vom 1. Juli 1989 bis 31. Mai 1990 im Gesamtbetrag von Fr. 14'300.–. Das Betreibungsamt wies das Begehren mit Verfügung vom 31. Juli 1990 ab. Zur Begründung führte es aus, mit der Revision des Miet- und Pachtrechts, die am 1. Juli 1990 in Kraft getreten sei, falle das Retentionsrecht für Mietwohnungen weg. Demnach seien Retentionsbegehren, die nach dem 1. Juli 1990 eingingen, zurückzuweisen, auch wenn es sich um verfallene Mietzinse handle. Die gegen die Verfügung des Betreibungsamtes gerichtete Beschwerde wies die Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs des Kantons Solothurn am 3. September 1990 ab. B. - Frau Sch.-A. rekurrierte gegen diesen Entscheid an die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts. Diese hiess den Rekurs gut, hob den angefochtenen Entscheid der Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs des Kantons Solothurn vom 3. September 1990 auf und wies das Betreibungsamt an, entsprechend dem Begehren der Rekurrentin vom 23. Juli 1990 eine Retentionsurkunde aufzunehmen.

Erwägungen

Erwägungen:

1. Am 1. Juli 1990 sind die revidierten Bestimmungen des Obligationenrechts über Miete und Pacht in Kraft getreten. Im Gegensatz zum bisherigen Recht, das in den Art. 272 und 286 Abs. 3 aOR dem Vermieter bzw. Verpächter einer unbeweglichen Sache ein Retentionsrecht einräumte, kann das Retentionsrecht nach dem revidierten Recht - nämlich nach Art. 268 Abs. 1 bzw. Art. 299c OR - nur noch bei Miete oder Pacht von Geschäftsräumen ausgeübt werden. Entsprechend lautet nun Art. 283 Abs. 1 SchKG: Vermieter und Verpächter von Geschäftsräumen können, auch wenn die Betreibung nicht angehoben ist, zur einstweiligen Wahrung ihres Retentionsrechtes die Hilfe des Betreibungsamtes in Anspruch nehmen. Im vorliegenden Fall nun ist am 23. Juli 1990 das Begehren um Aufnahme einer Retentionsurkunde gestellt worden, das mit einer Forderung von Wohnungsmietzins für die Zeit vom 1. Juli 1989 bis 31. Mai 1990 begründet wird. Es ist deshalb die intertemporalrechtliche Frage zu beantworten, ob für diese noch unter der Herrschaft des alten Rechts fällig gewordene Mietzinsforderung nach

Inkrafttreten des neuen Rechts ein Retentionsrecht im Sinne des alten Miet- und Pachtrechts ausgeübt werden könne.

2. a) Im angefochtenen Entscheid der Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs des Kantons Solothurn wird festgehalten, dass das revidierte Miet- und Pachtrecht hinsichtlich des Retentionsrechts keine besonderen Übergangsbestimmungen vorsehe. Es seien daher die allgemeinen Schluss- und Übergangsbestimmungen des Obligationenrechts und folglich, gemäss Art. 1 SchlTOR, die Vorschriften des Schlusstitels des Zivilgesetzbuches, des näheren die Art. 1 bis 4 SchlTZGB anwendbar. Nach Art. 1 SchlTZGB, worin die allgemeine Regel der Nichtrückwirkung von Gesetzen verankert sei, würden die rechtlichen Wirkungen von Tatsachen, die vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes eingetreten sind, auch nachher gemäss den Bestimmungen des eidgenössischen oder kantonalen Rechts beurteilt, die zur Zeit des Eintritts dieser Tatsachen gegolten hätten. Demgegenüber hätten die Art. 2 bis 4 SchlTZGB die Ausnahmen vom Rückwirkungsverbot zum Inhalt. Nach Auffassung der kantonalen Aufsichtsbehörde ist in dem hier zu entscheidenden Fall Art. 3 SchlTZGB massge-

bend, weil die Regelung des revidierten Miet- und Pachtrechts bezüglich der Retention zwingendes Recht sei. Aus der Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechts vom 27. März 1985 (BBl 1985 I, S. 1457) und aus dem Wortlaut von Art. 268 OR ergebe sich nämlich, dass die Parteien innerhalb eines Mietvertragsverhältnisses kein Retentionsrecht des Vermieters zur Sicherung von Mietzinsen für Wohnräume vorsehen könnten. Art. 3 SchlTZGB schreibe vor, dass Rechtsverhältnisse, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben werde, nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes gemäss dem neuen Recht zu beurteilen seien, auch wenn sie vor diesem Zeitpunkt begründet worden seien. Zwar spreche die erwähnte Vorschrift von Rechtsverhältnissen und nicht von einzelnen Rechten, die sich aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis ergeben. Das hindere indessen eine Anwendung von Art. 3 SchlTZGB nicht, gebe es doch im Obligationenrecht mehrere Rechtsverhältnisse, deren Inhalt wenigstens zum Teil unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben werde. Insbesondere das Mietrechtsverhältnis kenne viele solche zwingenden Vorschriften. Nur auf den rechtsgeschäftlich festgesetzten Inhalt eines Schuldverhältnisses, der mit dem neuen Recht nicht unverträglich sei, finde das alte Recht Anwendung.

Für den Inhalt aber, der vom zwingenden Recht geregelt werde, gelte das neue unabänderliche Recht. Die kantonale Aufsichtsbehörde ist daher zum Schluss gelangt, dass - weil die zwingende Bestimmung von Art. 268 OR vorgehe - der Vermieter einer Wohnung nach dem 1. Juli 1990 kein Retentionsrecht mehr ausüben könne. Diese Auffassung lasse sich im übrigen auch aus der Botschaft (BBl 1985 I, S. 1478) herauslesen, wonach - dem Grundsatz von Art. 3 SchlTZGB entsprechend - die zwingenden Bestimmungen des neuen Rechts sofort auf die bereits vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes bestehenden Miet- und Pachtrechtsverhältnisse anzuwenden seien. b) Sich auf GMÜR (Vom alten zum neuen Mietrecht (Intertemporale Fragen), Fachheft Mietrecht Nr. 1, Zürich 1990, S. 15) berufend, ist demgegenüber die Rekurrentin der Auffassung, für unter altem Recht fällig gewordene Mietzinse könne auch nach Inkrafttreten des revidierten Miet- und Pachtrechts die Retention verlangt werden. Das Retentionsrecht des Vermieters gemäss Art. 272 aOR - führt die Rekurrentin aus - sei ein gesetzliches Pfandrecht sui generis und kein Retentionsrecht i.S. der Art. 895 ff. ZGB, weil es nicht den Besitz an der retinierten Sache voraussetze. Die Aufnahme einer Retentionsurkunde sei ohne Einfluss auf den Bestand des Pfandrechts; sie diene einzig der Sicherstellung der Vollstreckbarkeit. Es sei nun aber nicht einzusehen, weshalb Pfandrechte, die unabhängig von der Aufnahme einer Retentionsurkunde entständen, bei Aufnahme einer solchen weiterbeständen, bei Nichtaufnahme einer solchen jedoch untergehen sollten. In beiden Fällen wäre das Pfandrecht bezüglich Bestand und Wirkungen unter dem neuen Recht gleich zu behandeln, da die Aufnahme einer Retentionsurkunde lediglich eine Vollstreckungsmassnahme darstelle und für Entstehung oder Untergang des Pfandrechts ohne Bedeutung sei. Aus Gründen der Rechtssicherheit hätte der Gesetzgeber eine Aufhebung altrechtlich gültig entstandener Pfandrechte ausdrücklich vorsehen müssen, wenn er deren Aufhebung durch das neue Recht tatsächlich gewollt hätte (wie er dies bezüglich altrechtlicher Pfandrechte in Art. 34 ff. SchlTZGB getan habe). Die Rekurrentin, die mangels einschlägiger Übergangsbestimmungen des revidierten Obligationenrechts grundsätzlich ebenfalls die Art. 1 ff. SchlTZGB für anwendbar hält, stellt sich dem im angefochtenen Entscheid vertretenen Standpunkt entgegen, dass wegen der zwingenden Natur des Art. 268 OR die

intertemporalrechtliche Vorschrift des Art. 3 SchlTZGB zum Zuge komme. Abgesehen davon, dass sich dem Wortlaut von Art. 268 OR keine Anhaltspunkte über dessen zwingende oder dispositive Natur entnehmen liessen, gehe die Ansicht der kantonalen Aufsichtsbehörde fehl. Es stehe nämlich nicht die zwingende Natur dieser

Bestimmung des neuen Rechts einer vom Gesetz abweichenden Vereinbarung über ein Retentionsrecht zugunsten des Vermieters von Wohnraum entgegen, sondern das Faustpfandprinzip gemäss Art. 884 Abs. 1 ZGB, wonach ein Pfandrecht an beweglichen Sachen nur durch Übertragung des Besitzes vertraglich begründet werden könne. Der Gesetzgeber habe diesen Grundsatz durchbrochen - nach neuem Recht nur noch zugunsten des Vermieters von Geschäftsräumen. Eines Kunstgriffs derart, dass mit der zwingenden oder dispositiven Natur von Art. 268 OR argumentiert werde, bedürfe es daher nicht.

3. a) Bezüglich des Retentionsrechts enthält das revidierte Obligationenrecht - soweit sind sich die Rekurrentin auf der einen Seite und die kantonale Aufsichtsbehörde und das Betreibungsamt auf der andern Seite einig - keine intertemporalrechtliche Vorschrift. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts sind deshalb die im Schlusstitel des Zivilgesetzbuches aufgestellten Regeln über die Anwendung des bisherigen und des neuen Rechts massgebend (BGE 94 II 245 mit Hinweisen). Im Vordergrund stehen dabei die allgemeinen Bestimmungen der Art. 1-4 SchlTZGB und ganz besonders, wie auch der von der Rekurrentin angerufene Autor erkannt hat (GMÜR, a.a.O., S. 3 f.), Art. 3 SchlTZGB. Es ist zu prüfen, ob die Ausnahmebestimmungen der Art. 2, 3 und 4 SchlTZGB den Grundsatz der Nichtrückwirkung des neuen Rechts, wie ihn Art. 1 SchlTZGB aufstellt, aufzuheben vermögen. - Art. 36 SchlTZGB ist, wie die Rekurrentin zutreffend bemerkt, auf das Retentionsrecht des Vermieters nicht anwendbar. b) Gemäss Art. 2 SchlTZGB ist das neue Recht anzuwenden, wenn die weitere Anwendung des alten Rechts auf altrechtliche Tatbestände mit der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit als unvereinbar erscheint; doch genügt es für die Anwendung des neuen Rechts nicht, dass dieses um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen erlassen worden ist (BGE 84 II 184, BGE 43 II 8). Auf Unvereinbarkeit der Weitergeltung des alten Miet- und Pachtrechts mit der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit kann schon deshalb nicht geschlossen werden, weil mit der Gesetzesrevision

das Retentionsrecht des Vermieters nicht schlechthin abgeschafft worden ist, sondern hinsichtlich der Miete oder Pacht von Geschäftsräumen unverändert und uneingeschränkt aufrechterhalten worden ist. Die Gründe, womit der Verzicht auf das Retentionsrecht begründet worden ist (BBl 1985 I, S. 1457), stützen diese Folgerung. Die übergangsrechtliche Bestimmung des Art. 2 SchlTZGB kommt demnach nicht zum Zuge. c) Nicht weiter zu diskutieren ist auch über die Anwendung von Art. 4 SchlTZGB, wonach Tatsachen, die zwar unter der Herrschaft des bisherigen Rechts eingetreten sind, durch die aber zur Zeit des Inkrafttretens des neuen Rechts ein rechtlich geschützter Anspruch nicht begründet gewesen ist, nach diesem Zeitpunkt in bezug auf ihre Wirkung unter dem neuen Recht stehen. Die Rekurrentin macht zutreffend geltend, dass das dem Vermieter nach Art. 272 aOR von Gesetzes wegen zustehende Retentionsrecht im Zeitpunkt des Einbringens der Gegenstände in die vermieteten Räume zur Entstehung gelangt sei (BGE 101 II 93 f. E. 1; Kommentar SCHMID, N 25 zu Art. 272-274 OR; EUGSTER, Das Retentionsrecht des Vermieters und Verpächters für Miet- und Pachtzinsforderungen, in: BlSchK 54/1990, S. 7, 9). Das auf diese Weise entstandene Sicherungsrecht ist indessen so lange nur latent geblieben, als der Mieter seiner Zahlungspflicht nachgekommen ist und nicht versucht hat, die Retentionsgegenstände wegzuschaffen (Kommentar SCHMID, N 43 zu Art. 272-274 OR, mit Hinweis auf BGE 51 III 151 f.). Keinen Einfluss auf den Bestand des Rechts hat demgegenüber die Aufnahme des Retentionsverzeichnisses; dieses hält lediglich fest, welche Gegenstände der Retention unterliegen, und öffnet als betreibungsrechtliches Sicherungsmittel dem Gläubiger die Möglichkeit, seine Forderung später auf dem Betreibungsweg mit Erfolg geltend zu machen (BGE 54 III 207, BGE 66 III 83, BGE 72 II 368 E. 3; Kommentar SCHMID, N 55 zu Art. 272-274 OR). d) Die kantonale Aufsichtsbehörde hat sich im angefochtenen Entscheid auf den Standpunkt gestellt, für den gesetzlich umschriebenen und somit von zwingendem Recht geregelten Inhalt des Mietrechtsverhältnisses gelte - nach Massgabe von Art. 3 SchlTZGB - das neue unabänderliche Recht. Sie hat sich dabei insbesondere auf BROGGINI (Intertemporales Privatrecht, in: Schweizerisches Privatrecht I, S. 453) gestützt. Es wird denn auch die Auffassung vertreten, der vom revidierten Obligationenrecht vorgesehene Ausschluss des Retentionsrechts des Vermieters von

Wohnungen sei zwingendes Recht (RONCORONI, Zwingende und dispositive Bestimmungen im revidierten Mietrecht, Mietrechtspraxis 2/90, S. 91, 93). Die Meinung, dass das gesamte zwingende Recht unbesehen dem mit seinem Inkrafttreten anwendbaren neuen Recht zu unterstellen sei, kann indessen nicht richtig sein. VISCHER (Die allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen intertemporalen Privatrechts, Zürcher Diss. 1986, S. 62) hat darauf hingewiesen, dass gesetzliche Rechte im Sinne von Art. 3 SchlTZGB, also "Rechtsverhältnisse, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird", sowohl durch zwingendes als auch durch dispositives Privatrecht umschrieben werden. Er hat sich, unter Hinweis auf SAVIGNY, der Meinung BROGGINIS entgegengestellt, dass das gesamte zwingende Recht in das sofort anwendbare neue Recht einzubeziehen sei (a.a.O., S. 69). Vor allem aber hat VISCHER (a.a.O., S. 81 ff.) auf die grundlegende Bedeutung des Vertrauensschutzes hingewiesen. Dieser verlangt, wie Rechtsprechung und Lehre erkannt haben, dass die bereits unter der früheren Rechtsordnung eingetretenen Rechtswirkungen weiterhin anerkannt werden und dass nur für die erst seit dem Inkrafttreten des neuen Rechts entstandenen Rechtswirkungen - gemäss Art. 3 SchlTZGB - das neue Recht massgebend ist (BGE 41 II 414 E. 3; Kommentar MUTZNER, N 52 zu Art. 3 SchlTZGB; BROGGINI, a.a.O., S. 449 f.). e) Ist im vorliegenden Fall - da von keiner Seite bestritten - tatsächlich davon auszugehen, dass die Gegenstände, wofür die Retention verlangt wird, vor dem 1. Juli 1990 in die vermieteten Räume eingebracht worden sind, so muss das Retentionsrecht für die Forderungen von Wohnungsmietzins, die vor dem Inkrafttreten des revidierten Miet- und Pachtrechts fällig geworden sind, als entstanden betrachtet und nach dem Vertrauensprinzip geschützt werden. Es bleiben, nach dem in Art. 1 SchlTZGB verankerten Grundsatz der Nichtrückwirkung, das vor diesem Zeitpunkt geltende Obligationenrecht und das entsprechende Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (Art. 283 aSchKG) anwendbar. Das Betreibungsamt hat demzufolge dem Begehren der Rekurrentin, es sei eine Retentionsurkunde aufzunehmen, stattzugeben.