

Christoph Mutti

Das Retentionsrecht des Vermieters

Besonderheiten im Zusammenhang mit vermieteten Hotellerie- und Gastronomiebetrieben

Dem Vermieter von Geschäftsräumen steht im Falle ausstehender Mietzinse neben der Einleitung der ordentlichen Betreuung oder der Anstrengung eines ordentlichen Zivilprozesses unter gewissen Voraussetzungen noch eine weitere Möglichkeit offen: die Stellung eines Begehrens um Aufnahme einer Retentionsurkunde. Dadurch erhält er eine zusätzliche Sicherheit, da er sich nach erfolgreichem Abschluss des Verfahrens aus dem Verwertungserlös an den sich in den Mieträumlichkeiten befindlichen Gegenständen für seine Mietzinsforderung bezahlt machen kann. Bei der Vermietung von Hotellerie- und Gastronomiebetrieben sind im Retentionsverfahren einige zusätzliche Besonderheiten zu beachten.

1. Einleitung

Der Vermieter von Geschäftsräumen kann bei ausstehenden Mietzinsen den Mieter natürlich für diese Forderung auf Pfändung- bzw. Konkurs betreiben. Es steht ihm aber zusätzlich noch ein besonderes Rechtsinstitut zur Verfügung: das Retentionsrecht. Es handelt sich dabei um ein besonderes Sicherungsmittel des Vermieters. Gesetzliche Grundlage desselben bilden Bestimmungen im Miet- bzw. Pachtrecht (Art. 268 ff. bzw. Art. 299c OR). Was die konkrete Geltendmachung und das Verfahren betrifft, ist auf die Art. 283 f. SchKG zu verweisen.

Das unter der nachfolgenden Ziffer beschriebene Sicherungsmittel steht jedoch nur dem Vermieter von Geschäftsräumen, dem Verpächter und der Stockwerkeigentümergeinschaft für die Beiträge an die Gemeinschaft (Art. 712k ZGB) zu. Grundsätzlich zu beachten ist weiter, dass nur Miet- und Pachtzinsforderungen, Nebenkosten sowie Stockwerkeigentümerbeiträge in gewissen zeitlichen Schranken Gegenstand einer Retentionsforderung sein können, nicht aber beispielsweise Schadenersatzansprüche des Ver-

mieters gegenüber dem Mieter aus dem Mietverhältnis.

Das Retentionsrecht stellt ein *gesetzliches Pfandrecht eigener Art an beweglichen Sachen*¹, ein besitzloses (Faust-) Pfand an den vom Mieter in die Mieträumlichkeiten verbrachten Beweglichkeiten und somit eine Besonderheit in unserem Rechtssystem dar. Im revidierten Mietrecht, welches seit 1. Juli 1990 in Kraft ist, wurde die Möglichkeit der Retention auf Geschäftsräume beschränkt, wohingegen frü-

her auch Gegenstände in Wohnräumen retiniert werden konnten. Eine Ausnahme besteht hier nur noch bei der vorerwähnten Retention von Gegenständen in der Wohnung des Stockwerkeigentümers für entsprechende Eigentümerbeiträge. Das Retentionsrecht des Vermieters kann auch im Konkurs des Mieters geltendgemacht werden.

Im nachfolgenden Abschnitt sollen einige Ausführungen allgemeiner Art zum Retentionsrecht und dem damit verbundenen Betreibungsverfahren gemacht werden, im dritten Abschnitt sollen schliesslich einige Hinweise zu Besonderheiten bei Retentionsverfahren in gemieteten Hotellerie- und Gastronomiebetrieben erfolgen. Die nachfolgenden Ausführungen sind punktueller Natur und als Hinweise zu verstehen, es ist im Rahmen dieser Darstellung nicht möglich, auf die Vielzahl der mit diesem Institut verbundenen Besonderheiten einzugehen oder eine vollständige Darstellung abzugeben.



Christoph Mutti
lic. iur.
Transliq AG, Bern/Zürich

¹ vgl. P. HIGI im Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Rz 12 zu Art. 268-268 b OR.

2. Einige allgemeine Hinweise zum Retentionsrecht und dessen Durchsetzung

Der nachfolgenden Darstellung liegt folgende Situation zugrunde: Ein Mieter von Geschäftsräumlichkeiten ist mit den Mietzinszahlungen arg in Rückstand geraten. Der Vermieter verlangt nun beim zuständigen Betreibungsamt die sogenannte Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses, in welchem die ins Mietobjekt verbrachten Gegenstände aufgeführt und bewertet werden. Das Betreibungsamt hat grundsätzlich einem solchen Begehren sofort stattzugeben und die sich in den Mieträumlichkeiten ohne Vorankündigung darin befindlichen Gegenstände in einer Urkunde amtlich aufzuzeichnen (sog. Retentionsurkunde). Diese Urkunde wird anschliessend dem Gläubiger und dem Mieter zugestellt, letzterem mit dem Verbot der Verfügung über die retinierten Gegenstände – mit Hinweis auf die Straffolgen im Falle der Nichtbeachtung². Von der Stellung des Begehrens um Aufnahme einer Retention bis zur Zustellung der vorerwähnten Retentionsurkunde sollten nur einige wenige Tage vergehen und die Aufzeichnung sollte – wie oben beschrieben – für den Mieter überraschend erfolgen.

Die Möglichkeit der Retention steht jedoch nur für Mietzinsforderungen in einem gewissen Zeitraum zur Verfügung: der Vermieter kann das Retentionsrecht beanspruchen für einen verfallenen Jahreszins und den laufenden Halbjahreszins³ (Retentionsforderung). Im weiteren ist für eine erfolgreiche Geltendmachung des Retentionsrechts notwendig, dass sich in den gemieteten Geschäftsräumlichkeiten tatsächlich retinierbare Objekte befinden (Retentionsgegenstand). Bei (bereits) leerstehenden Mieträumlichkeiten macht folglich eine Retention mangels Sicherungssubstrates keinen Sinn. Der Vollständigkeit halber sei noch darauf verwiesen, dass der Mietzinsschuldner die Retinierung der sich in den Mieträumlichkeiten befindlichen Gegenstände durch anderweitige Sicherheitsleistung (z.B. Kautions) abwenden kann.

Liegt eine Retentionsforderung im vorerwähnten Sinn vor, stehen im weiteren

Auszug aus dem Schuldbetreibungs und Konkursgesetz, SchKG

Art. 283

Retentionsverzeichnis

¹ Vermieter und Verpächter von Geschäftsräumen können, auch wenn die Betreibung nicht angehoben ist, zur einstweiligen Wahrung ihres Retentionsrechtes (Art. 268 ff und 299 c OR) die Hilfe des Betreibungsamtes in Anspruch nehmen.

² Ist Gefahr im Verzuge, so kann die Hilfe der Polizei oder der Gemeindebehörde nachgesucht werden.

³ Das Betreibungsamt nimmt ein Verzeichnis der dem Retentionsrecht unterliegenden Gegenstände auf und setzt dem Gläubiger eine Frist zur Anhebung der Betreibung auf Pfandverwertung an.

Art. 284

Rückschaffung von Gegenständen

Wurden Gegenstände heimlich oder gewaltsam fortgeschafft, so können dieselben in den ersten zehn Tagen nach der Fortschaffung mit Hilfe der Polizeigewalt in die vermieteten oder verpachteten Räumlichkeiten zurückgebracht werden. Rechte gutgläubiger Dritter bleiben vorbehalten. Über streitige Fälle entscheidet der Richter im beschleunigten Prozessverfahren.

auch Retentionsgegenstände zur Verfügung und leistet der Schuldner keine anderweitige Sicherheit, so sind die Grundvoraussetzungen für die Aufnahme einer Retention gegeben.

Dieses Retentionsrecht ist ein reine Sicherungsmassnahme, denn bis zum Vollzug der Retention ist über keine materiellrechtliche Frage wie z. B. Bestand und Höhe der Mietzinsforderung, Eigentumsverhältnisse an den retinierten Gegenständen usw. entschieden worden. Allein gestützt darauf kann deshalb kein Entscheid über das weitere Schicksal der Retentionsobjekte gefällt werden. Das Verzeichnis mit den amtlich aufgezeichneten Gegenständen kann damit nur der Sicherheit bzw. Sicherung des Vermieters dienen, welcher im nachfolgenden Betreibungsverfahren seine vorerst behaupteten Forderungen erfolgreich durchzusetzen hat. Hiezu wird auf die nachfolgenden Ausführungen verwiesen. Gelingt ihm dies, so kann er die retinierten Gegenstände verwerten lassen und sich aus deren Erlös (vorab) für seine Mietzinsforderungen bezahlt machen. Mit anderen Worten: das zur Befriedigung des Vermieters dienende Vermögenssubstrat des schuldnerischen Mieters wird zu Beginn des Verfahrens amtlich festgestellt und

dieses darf grundsätzlich nicht verändert bzw. vermindert werden. Dem Mieter wird meistens schon beim Vollzug der Retention oder aber spätestens mit der Zustellung der Retentionsurkunde die Entfernung der retinierten Gegenstände aus dem Mietobjekt unter Hinweis auf die vorerwähnten Strafbestimmungen untersagt, wohingegen der gewöhnliche Gebrauch (z. B. von Maschinen) dem Mieter weiterhin erlaubt ist.

Da die Retention reinen Sicherungscharakter hat, muss der Gläubiger nach der Zustellung der Retentionsurkunde wiederum aktiv werden: er muss innert zehn Tagen die Betreibung anheben. Die Retention muss somit durch den Vermieter aufrechterhalten, sogenannt prosequiert, werden. Selbstverständlich kann das Betreibungsbegehren gleichzeitig mit dem Begehren um Aufnahme einer Retentionsurkunde gestellt werden. Da das für die Miet- bzw. Pachtzinsforderung haftende Substrat des Schuldners bereits feststeht – die im Retentionsverzeichnis aufgeführten Gegenstände – ist die Betrei-

² Verfügung über mit Beschlag belegte Vermögenswerte, Art. 169 StGB

³ zur Berechnung der massgebenden Zeitpunkte vgl. BGE 60 III 9, 97 III 46, SCHNYDER/WIEDE im SchKG-Kommentar, Rz 32 zu Art. 283

Auszug aus dem Obligationenrecht, OR*Art. 268*

- Q. Retentionsrecht des Vermieters
- I. Umfang
- ¹ Der Vermieter von Geschäftsräumen hat für einen verfallenen Jahreszins und den laufenden Halbjahreszins ein Retentionsrecht an den beweglichen Sachen, die sich in den vermieteten Räumen befinden und zu deren Einrichtung oder Benutzung gehören.
 - ² Das Retentionsrecht des Vermieters umfasst die vom Untermieter eingebrachten Gegenstände insoweit, als dieser seinen Mietzins nicht bezahlt hat.
 - ³ Ausgeschlossen ist das Retentionsrecht an Sachen, die durch die Gläubiger des Mieters nicht gepfändet werden können.

Art. 268a

- II. Sachen Dritter
- ¹ Die Rechte Dritter an Sachen, von denen der Vermieter wusste oder wissen musste, dass sie nicht dem Mieter gehören, sowie an gestohlenen, verlorenen oder sonstwie abhanden gekommenen Sachen gehen dem Retentionsrecht des Vermieters vor.
 - ² Erfährt der Vermieter erst während der Mietdauer, dass Sachen die der Mieter eingebracht hat, nicht diesem gehören, so erlischt sein Retentionsrecht an diesen Sachen, wenn er den Mietvertrag nicht auf den nächstmöglichen Termin kündigt.

Art. 268b

- III. Geltendmachung
- ¹ Will der Mieter wegziehen oder die in den gemieteten Räumen befindlichen Sachen fortschaffen, so kann der Vermieter mit Hilfe der zuständigen Amtsstelle so viele Gegenstände zurückhalten, als zur Deckung seiner Forderung notwendig sind.
 - ² Heimlich oder gewaltsam fortgeschaffte Gegenstände können innert zehn Tagen seit der Fortschaffung mit polizeilicher Hilfe in die vermieteten Räume zurückgebracht werden.

bung auf Faustpfandverwertung einzuleiten.

Die Betreuung als solche nimmt grundsätzlich den üblichen Lauf einer Betreuung auf Pfandverwertung: Stellung des Betreibungsbegehrens und Zustellung des Zahlungsbefehls an den Mieter, bei Erhebung von Rechtsvorschlag ist ein Rechtsöffnungsverfahren durchzuführen, gegebenenfalls folgt diesem ein Anerkennungs- oder Aberkennungsklageverfahren (im Rahmen eines ordentlichen Zivilprozesses). Ist der Zahlungsbefehl rechtskräftig, so kann der Vermieter das Verwertungsbegehren stellen. Die im Retentionsverzeichnis aufgeführten Gegenstände werden zwangsverwertet und der erzielte Erlös fällt bis zur Höhe der retentionsgesicherten Forderung zuzüglich Kosten an den Vermieter. Sind die Gegen-

stände für die Forderungen anderer (ungesicherter) Gläubiger gepfändet worden, so kommt bei der Verwertung derselben das Deckungsprinzip gem. Art. 126 SchKG nicht zur Anwendung, da der Retentionsberechtigte mindestens für die verfallenen Mietzinse wie ein Mitbetreibender behandelt wird⁴ und nach Deckung der Kosten der Verwertung vor den Pfändungsgläubigern Deckung findet.

Da der Retentionsbeschlagnahme die Position des Mieters stark beeinträchtigt (s. oben) und – wenn beispielsweise die retinierten Gegenstände Handelswaren darstellen – dem Schuldner die Fortführung seiner wirtschaftlichen Tätigkeit weitgehend verunmöglicht – muss über das weitere Schicksal der gesicherten Gegenstände möglichst rasch entschieden werden. Der Vermieter muss sich daher an kurze Fris-

ten halten: im Falle der Erhebung eines Rechtsvorschlages durch den Mieter muss er innerhalb von zehn Tagen nach dessen Mitteilung ein Rechtsöffnungs-gesuch oder Klage einreichen, wird sein Rechtsöffnungs-gesuch abgewiesen, so hat er innert derselben Frist Anerkennungs-klage zu erheben. Bei Nichteinhaltung dieser Fristen fällt die Wirkung des Retentionsverzeichnisses dahin, d.h. der Retentionsbeschlagnahme an den aufgezeichneten Gegenständen fällt weg⁵. Sind die Voraussetzungen zur Aufnahme einer Retention aber nach wie vor gegeben, so kann der Vermieter sofort ein neues Begehren um Aufnahme einer Retentionsurkunde stellen. Das Retentionsrecht als solches geht grundsätzlich nur unter mit dem Wegfall der retentionsgesicherten Forderung (durch Bezahlung, Verrechnung usw.), Verzicht des Vermieters auf die Geltendmachung des Retentionsrechts und der Auflösung des Mietverhältnisses⁶.

Nur im Sinne eines Hinweises sei hier noch angefügt, dass der Schuldner mit Beschwerde die Retinierbarkeit bestimmter im Verzeichnis enthaltener Gegenstände bestreiten kann und dass nach Stellung des Verwertungsbegehrens ein Dritter sein besseres Recht (Eigentum) an retinierten Objekten im Rahmen des sogenannten Widerspruchsverfahrens geltend machen kann, was zu erheblichen Weiterungen des Verfahrens führt.

Für Gegenstände, welche sich in den betreffenden Mieträumlichkeiten befinden, aber im Eigentum eines Dritten stehen, sei noch auf Art. 268a OR verwiesen. Danach gehen die Rechte Dritter dem Retentionsrecht nur vor, wenn der Vermieter wusste oder wissen musste, dass die betreffenden Gegenstände nicht dem Mieter gehören. Das Retentionsrecht kann somit ohne weiteres Dritteigentum (z. B. geleaste oder unter Eigentumsvorbehalt erworbene Beweglichkeiten des Schuldners) erfassen. Der Dritteigentümer ist somit gut beraten, sofort nach der Lieferung an den Mieter dem Vermieter anzuzeigen, welche

⁴ vgl. BGE 89 III 72 ff.

⁵ vgl. BGE 105 III 86

⁶ vgl. P. HIGI im Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Rz 69 ff. zu Art. 268-268 b OR

Gegenstände er zu Eigentum anspricht. Damit zerstört er den guten Glauben des Vermieters und sein dingliches Recht geht gemäss Art. 268a OR dem Retentionsrecht vor. Erfolgt diese Mitteilung an den Vermieter erst später, so erlischt sein Retentionsrecht an diesen Sachen nur, wenn er den Mietvertrag nicht auf den nächstmöglichen Termin kündigt, der Vermieter verliert somit sein Retentionsrecht an diesen Gegenständen nicht rückwirkend, sondern nur für Forderungen, welche nach diesem Zeitpunkt entstehen.⁷

3. Besonderheiten im Zusammenhang mit Hotellerie- und Gastronomiebetrieben

Es versteht sich von selbst, dass der Vermieter einer Liegenschaft, welche der Mieter als Gastronomie- oder Hotelbetrieb nutzt, das Begehren um Aufnahme einer Retention für Mietzinsausstände stellen kann.

Im Zusammenhang mit Retentionsverfahren in solchen Betrieben können Besonderheiten auftreten, welche im nachfolgenden kurz aufgelistet werden sollen (Auswahl):

- Zunächst muss bei der Aufnahme – mit welcher ja das allfällig haftende Vermögenssubstrat festgestellt wird – bedacht werden, dass ein unter Umständen sehr grosses Inventar (Küche, Hotelzimmer) aufzunehmen und zu bewerten ist. Dies ist zeitaufwendig und erfordert zum Teil bezüglich Be-

zeichnung und sicher bezüglich Bewertung Fachkenntnisse. Es kann daher durchaus sinnvoll sein, dass der Vermieter dem Betriebsamt beantragt, Vertreter einer neutralen Fachstelle seien bei der Aufnahme der Retention beizuziehen. Damit kann eine effiziente und professionelle Inventaraufnahme erreicht werden, die damit verbundenen Kosten hat jedoch (mindestens vorerst) der Gläubiger zu tragen. Schliesslich gilt es auch zu beachten, dass die Retentionsaufnahme in der Regel in einem laufenden Betrieb erfolgt.

- Im weiteren ist zu beachten, dass die in diesen Betrieben angewendete Unterscheidung von Gross- und Kleininventar Auswirkungen haben kann: das Grossinventar kann im Eigentum des Vermieters stehen und dient somit nicht als Retentionssubstrat. Das Kleininventar dagegen wird bei Mietantritt häufig durch den Mieter käuflich erworben und ist somit taugliches Retentionsobjekt. Ausnahmsweise kann aber das Kleininventar auch (vom Vermieter) gemietet worden sein. Die Warenvorräte sind – soweit notwendig – ebenfalls zu retinieren. Im weiteren können Auseinandersetzungen darüber entstehen, welche Gegenstände Dritteigentum darstellen bzw. ob der Vermieter dies wusste oder hätte wissen müssen, je nachdem fallen die gemietete Kaffeemaschine usw. aus dem Retentionsbeschluss.

- Ist das Grossinventar gemietet und sind die wertvollen Maschinen und Anlagen Dritteigentum und hätte der Vermieter dies wissen müssen, so fällt lediglich noch ein kaum mehr wertvolles Kleininventar unter den Retentionsbeschluss. Dessen Verwertung ergibt möglicherweise einen Erlös, welcher einen grossen Teil der Mietzinsforderung ungedeckt lässt. Der Vermieter ist somit gut beraten, sich schon vor Abschluss des Mietverhältnisses Gedanken zur Sicherstellung des Mietzinses zu machen (z. B. durch Kautions-, Bürgschaftserklärung einer Bank, Bestellung anderweitiger liquider Sicherheiten).
- Die Retention des Klein- und allenfalls Grossinventars hindert die Betriebsfortführung nicht, da der normale Gebrauch desselben dem Mieter nach wie vor gestattet ist. Die Retention der Warenvorräte dagegen hätte eigentlich die sofortige Betriebseinstellung zur Folge. Da der Vermieter daran wohl in den meisten Fällen kein Interesse hat, sind hier praxisingerechte Lösungen zu suchen. Ansätze könnten etwa sein: Abtretung eines Teils der Einnahmen aus dem Restaurationsbetrieb, Abtretung von Forderungen gegenüber (Hotel-)Gästen usw.

⁷ vgl. Art. 268a OR und BGE 101 II 94