

## **BGE 80 II 109**

Bundesgericht (BGE), 1954-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_80\\_II\\_109](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_80_II_109)

FR: ATF 80 II 109

IT: DTF 80 II 109

### **Regeste**

Regeste Das in Art. 895 Abs. 1 ZGB vorgesehene Retentionsrecht gehört zu den Nebenrechten, die grundsätzlich auf den Zessionar der Forderung übergehen (Art. 170 Abs. 1 OR). Wie verhält es sich mit dem Retentionsrecht unter Kaufleuten nach Art. 895 Abs. 2 ZGB? Frage offen gelassen.

Regeste Le droit de rétention visé à l'art. 895 al. 1 CC fait partie des droits accessoires qui en principe passent au cessionnaire de la créance selon l'art. 170 al. 1 CO. Qu'en est-il du droit de rétention existant entre commerçants selon l'art. 895 al. 2 CC? Question laissée indéçise.

Regesto Il diritto di ritenzione previsto dall'art. 895 cp. 1 CC fa parte de i diritti accessori che in massima passano al cessionario del credito (art. 170 cp. 1 CO). Quid per il diritto di ritenzione fra commercianti di cui all'art. 895 cp. 2 CC? Questione lasciata indecisa.

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Nach den unbestrittenen Feststellungen des Handelsgerichtes hat der Zedent Bertrand am 11. September 1948, als er das streitige Material aus Frankreich erhielt, daran für seine Forderungen an Voisine ein Retentionsrecht erworben. Die Voraussetzungen dieses Rechtes waren schon vor Handelsgericht unbestritten mit Ausnahme der Gutgläubigkeit Bertrands. Diese ist jedoch im angefochtenen Urteil wenigstens für diejenigen Forderungen bejaht, die Bertrand beim Besitzerwerb, also am 11. September 1948, gegen Voisine bereits zustanden, laut Rechnungen vom 31. August 1948. Die Klägerin lässt dies nunmehr auch gelten. Über die Abtretung der soeben erwähnten und späterer Forderungen samt dem Retentionsrecht liegt eine schriftliche Zessionserklärung vom 28. Dezember 1948 vor. Umstritten ist aber, ob das Retentionsrecht auf den Beklagten gültig übergegangen sei, von Gesetzes wegen oder kraft der dahingehenden Erklärung des Zedenten.

#### **E. 2**

Die Klägerin hält den Übergang eines Retentionsrechtes auf einen Zessionar der Forderung schon begrifflich für ausgeschlossen. Denn dieses Recht hänge vom Besitz ab und könne daher nicht durch blosse Verpflichtung verändert werden. Erhalte aber ein neuer Gläubiger den Besitz, so erwerbe er nicht das Retentionsrecht, wie es dem Vorbesitzer zustand, sondern nur allenfalls ein neues Retentionsrecht. Beim Beklagten sei dies jedoch wegen seines bösen Glaubens nicht möglich gewesen. Übrigens sei ihm der Motor erst einige Tage nach der Zession, und BGE 80 II 109 S. 114 zwar nicht unmittelbar, sondern durch einen Spediteur, geliefert worden und daher ein Übergang des Retentionsrechtes Bertrands auf ihn vollends ausgeschlossen. Indessen lässt sich ebenso wie beim Faustpfandrecht auch beim Retentionsrecht die gesetzliche Fiktion des Überganges (cessio legis) anwenden.

Danach geht das Recht mit der Forderung von Gesetzes wegen über. Den Besitz übt der Zedent (oder ein für ihn besitzender Dritter) vom Zeitpunkt der Zession an für den Zessionar aus, der alsdann auf Grund des bereits erworbenen Rechtes grundsätzlich die tatsächliche Besitzübergabe verlangen kann (vgl. OFTINGER, N. 162 zu Art. 884 ZGB für das Faustpfandrecht und N. 168 zu Art. 895 ZGB für das Retentionsrecht; ebenso LEEMANN, N. 69 zu Art. 895 ZGB ). So muss es sich auch bei ausdrücklicher Mitabtretung verhalten. Ob sie wirksam sei, hängt nur davon ab, ob die materiellrechtlichen Voraussetzungen des Überganges erfüllt sind.

### **E. 3**

Nach Art. 170 Abs. 1 OR gehen die Nebenrechte ohne weiteres auf den Zessionar über, mit Ausnahme derer, die untrennbar mit der Person des Abtretenden verknüpft sind. Darüber, wie es sich in dieser Hinsicht mit dem Retentionsrecht gemäss Art. 895 ff. ZGB verhält, sind die Lehrmeinungen geteilt. Zwar ist es herrschende Ansicht geworden, dass das besondere Retentionsrecht des Vermieters und Verpächters ( Art. 272 ff. und 286 Abs. 3 OR ) mit der Miet- oder Pachtzinsforderung auf einen Zessionar übergehe (vgl. GUHL, Schweizerisches Obligationenrecht, 4. Auflage, 194; v. TUHR, Allg. Teil des schweizerischen OR § 95 I 1 , a). Dagegen bejaht nur ein Teil der Autoren den Übergang auch für das allgemeine Retentionsrecht nach ZGB (das sog. bürgerliche nach Art. 895 Abs. 1 und das sog. kaufmännische nach Abs. 2 daselbst), so OFTINGER (N. 167 zu Art. 895 ZGB ) und LEEMANN (N. 69 dazu). Andere lassen zwar das bürgerliche, nicht aber das kaufmännische Retentionsrecht übergehen, oder sie begnügen sich damit, den Übergang des kaufmännischen Retentionsrechtes zu verneinen, ohne zum Schicksal des bürgerlichen BGE 80 II 109 S. 115 Retentionsrechtes bei Abtretung der Forderung Stellung zu nehmen (so BECKER, N. 2 und 5 zu Art. 170 OR ). Daneben gibt es Gegner jeglichen Überganges des Retentionsrechtes, ausser demjenigen von Vermietern und Verpächtern (so v. TUHR, a.a.O.; OSER-SCHÖNENBERGER, N. 4 und 8 zu Art. 170 OR ; WIELAND, N. 2, c zu Art. 895 ZGB ; GEIGER, Begriff und Arten der Konnexität im Retentionsrecht 57 ff.; RENE DES GOUTTES, Abtretung von Forderungen, Schweizerische Juristische Karthothek 704 IV 17, b'bb). Im vorliegenden Falle braucht nur das bürgerliche Retentionsrecht des Art. 895 Abs. 1 ZGB ins Auge gefasst zu werden. Denn ein solches stand dem Zedenten Bertrand zu. Allerdings konnten sich die Arbeiten, für die er dem Voisine am 31. August 1948 Rechnung stellte, nicht auf das streitige Material beziehen, das erst am 11. September 1948 in die Werkstätte Bertrands gelangte. Allein der Einbau dieses Materials gehörte zu den gesamten von Bertrand im Auftrag Voisines an den zwei Prototypen auszuführenden Konstruktionsarbeiten. Diese sind allesamt mit den dafür bestehenden Forderungen und dem diese sichernden Retentionsrecht als Einheit zu betrachten (vgl. BGE 71 II 86 ). Nun mochten zwar ausserdem die Voraussetzungen eines kaufmännischen Retentionsrechtes gegeben sein. Daraus könnte allenfalls ein Einwand gegenüber dem Beklagten hergeleitet werden, wenn Bertrand dieses Retentionsrecht noch für andere als die ihm abgetretenen Forderungen in Anspruch nähme. Allein er hat ihm ja seine Retentionsrechte für das gesamte Material abgetreten und damit eindeutig auf irgendwelche ihm selbst allenfalls verbliebene Retentionsrechte an diesen Sachen verzichtet.

### **E. 4**

Es besteht kein zureichender Grund, das nichtkaufmännische Retentionsrecht, wie es zugunsten jedermanns entstehen kann, als "mit der Person des Abtretenden untrennbar

verknüpft" zu betrachten. Mit Unrecht berufen sich einige Gegner der Abtretbarkeit solcher Rechte BGE 80 II 109 S. 116 auf BGE 27 II 64ff. Diese Entscheidung betraf ein Garantieverprechen, das der Zedent von seinem Rechtsvorgänger erhalten hatte. Die ihm daraus erwachsene Forderung war - im Unterschied zu Pfand- und Retentionsrechten - kein Nebenrecht im Sinne von Art. 170 Abs. 1 OR. Es bedurfte daher einer besonderen Abtretung dieser neben der garantierten Forderung ihrerseits. Die ausdrückliche Abtretung in diesem Sinne wurde aber als gültig anerkannt. Daraus könnte eher der Beklagte als die Klägerin etwas für sich herleiten. Indessen ist die Frage nach dem Übergang eines Retentionsrechtes, sei es von Gesetzes wegen nach Art. 170 Abs. 1 OR, sei es kraft ausdrücklicher Abtretungserklärung, wie sie hier auch vorliegt, nach der besonderen Rechtsnatur des gesetzlichen Retentionsrechtes zu beurteilen. Mit dessen Zweck, die Forderung ähnlich einem Pfandrechte zu sichern, verträgt sich nun der Übergang auf einen Zessionar der Forderung durchaus. Jedenfalls steht solchem Übergang nicht entgegen, dass die Sache "mit Willen des Schuldners" in den Besitz des Gläubigers gelangt sein muss. Einmal entstanden, ist das Retentionsrecht nicht mehr vom Willen des Schuldners abhängig. Hat dieser es aber zu dulden, dass die Sache vom Gläubiger zurückbehalten und gegebenenfalls wie ein Faustpfand verwertet werde ( Art. 898 ZGB ), so würde ihm ein unverdienter Vorteil erwachsen, wenn bei einer Abtretung der Forderung das Retentionsrecht dahinfallen müsste. Geht es auf den Zessionar über, so wird dadurch die Rechtsstellung des Schuldners nicht verschlechtert. Er ist einfach, wie zuvor gegenüber dem Zedenten, zur Erfüllung seiner Schuld verpflichtet und kann im übrigen die Verwertung der zurückbehaltenen Sache durch Leistung einer andern genügenden Sicherheit abwenden (vgl. die soeben erwähnte Bestimmung). Andererseits würde dem Zessionar, wenn er das Retentionsrecht nicht erwerben könnte, ein unter Umständen wichtiges Nebenrecht entgehen, und der Zedent wäre gehindert, über die Forderung mit vollem BGE 80 II 109 S. 117 Nutzen durch Zession zu verfügen, wenn sie eben ohne das sichernde Nebenrecht nicht vollwertig wäre. Selbst Autoren, die sich gegen die Abtretbarkeit des Retentionsrechtes aussprechen, geben zu, dass das Erfordernis eines mit Willen des Schuldners erlangten Besitzes des Zedenten dem Übergang dieses Nebenrechtes auf einen Zessionar nicht entgegenstehe (so WIELAND, a.a.O.). Derselbe Autor hält dann allerdings dafür, das Retentionsrecht solle im wesentlichen als Druckmittel gegen den Schuldner dienen, könne aber diesen Zweck nur in der Hand desjenigen erfüllen, "der zur Rückgabe verpflichtet ist", also des ursprünglichen Gläubigers. Das trifft jedoch nicht zu, denn das Retentionsrecht kann einem Zessionar in gleicher Weise dienlich sein (wie JACOB, Le droit de rétention, S. 133, zutreffend ausführt). Grundsätzlich geht somit das nichtkaufmännische Retentionsrecht auf einen Zessionar der Forderung über.

## E. 5

Besondere Verhältnisse, die eine Ausnahme zu begründen vermöchten, liegen nicht vor. Von einem Verzicht auf das Retentionsrecht, sei es durch den Zedenten vor der Zession, sei es durch den Zessionar, kann nicht die Rede sein. Ist dieses Recht dem Beklagten doch ausdrücklich mitabgetreten und damit jedem Zweifel in dieser Hinsicht vorgebeugt worden. Sodann war Bertrand nicht etwa kraft Vereinbarung mit seinem Schuldner Voisine oder nach der Natur des mit diesem eingegangenen Rechtsverhältnisses verpflichtet, die Sachen auf alle Fälle in eigener Obhut zu behalten und keinesfalls einem Dritten, und wäre es auch ein Zessionar seiner Forderungen, in Gewahrsam zu geben. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob ein derartiger dauernder Ausschluss Dritter vom unmittelbaren Besitz (bis zur allfälligen Verwertung der Sachen) auch einem Übergang des Retentionsrechtes selbst

entgegenstände (wie dies v. TUHR, a.a.O., Fussnote 17, für Auftragsverhältnisse annimmt, ohne jedoch die oben in Erw. 2 dargelegte Möglichkeit des Rechtsüberganges ohne Gewahrsamsänderung in Betracht zu ziehen). BGE 80 II 109 S. 118 Dispositiv

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.