

S. 6 / Nr. 2 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (d)

BGE 66 III 6

2. Entscheid vom 15. März 1940 i. S. Strüby.

Regeste:

Art. 27 SchKG. Eine kantonale Regelung umfasst die (berufsmässige) Vertretung sowohl der Gläubiger als auch der Schuldner im Betreibungsverfahren.

Unterstellung der Betreibungsververtretung unter das Anwaltsgesetz, das die Vertretung in Zivil- und Strafprozessen regelt lediglich im Wege der Auslegung unzulässig.

Kantonale Regelung im Sinne des Art. 27 ohne bundesrätliche Genehmigung gemäss Art. 29 SchKG ungültig.

Art. 283 Abs. 3 SchKG. Zur Wahrung des Retentionsbeschlags für laufenden Mietzins genügt Betreuung innert 10 Tagen nach Verfall der letzten Zinsrate der Mietperiode, für welche die Retention erfolgte.

Art. 27 LP. La réglementation cantonale de la représentation (professionnelle) en matière de poursuite vaut pour le débiteur comme pour le créancier.

Seite: 7

Il n'est pas loisible d'appliquer analogiquement à la représentation en matière de poursuite une loi cantonale sur le barreau qui règle la représentation dans les procès civils et pénaux.

Une réglementation cantonale selon art. 27 LP est sans validité si elle n'a pas été approuvée par le Conseil fédéral conformément à l'art. 29 LP.

Art. 283, al. 3 LP. Pour maintenir l'exercice du droit de rétention pour le loyer courant, il suffit d'introduire poursuite dans les dix jours dès l'échéance du dernier terme de la période de loyer pour laquelle la rétention a été exercée.

Art. 27 LEF. Le norme cantonali sulla rappresentanza (professionale) in materia di esecuzione valgono tanto pel debitore quanto pel creditore.

Non è ammissibile applicare per analogia alla rappresentanza in materia di esecuzione una legge cantonale sull'esercizio dell'avvocatura che disciplina la rappresentanza nelle cause civili e nei processi penali.

Norme cantonali basate sull'art. 27 LEF sono valide soltanto se approvate dal Consiglio federale conformemente all'art. 29 LEF.

Art. 283, cp. 3 LEF. Per mantenere l'esercizio del diritto di ritenzione relativamente alla pigione in corso, basta promuovere esecuzione entro i dieci giorni dalla scadenza dell'ultima rata della pigione del periodo pel quale il diritto di ritenzione è esercitato

A. A. Strüby war seit 15. September 1938 bei H. Bühlmann in Miete zu einem jährlichen Mietzins von Fr. 900.-, zahlbar in monatlichen Raten von Fr. 75.- je Mitte des Monats. Auf den 15. September 1939 kündigte Bühlmann dem Mieter und liess ihn ausweisen. Am 31. März 1939 liess der Vermieter für den verfallenen Mietzins vom 15. September 1938 15. März 1939 (Fr. 450.-) nebst Kosten für Wasser, Licht etc. (Fr. 210.-), sowie für den laufenden Mietzins vom 15. März 15. September 1939 (Fr. 450.-) eine Retentionsurkunde aufnehmen. Am 18. April 1939 hob der Vermieter für die erstgenannten Fr. 660.- Betreuung an, die zur Verwertung sämtlicher Retentionsgegenstände führte; der Erlös von Fr. 820.35 wurde beim Betreibungsamt deponiert. Am 27. Juli 1939 leitete Bühlmann eine zweite Betreuung für den Mietzins vom 15. März 15. Juli 1939 (Fr. 300.-) ein, gegen die H. Mischon namens des Schuldners Beschwerde erhob, weil sie nicht innert 10 Tagen nach Fälligwerden der

Seite: 8

in Betreuung gesetzten Mietzinsraten angehoben worden und daher der Retentionsbeschluss hinfällig geworden sei.

B. Die untere Aufsichtsbehörde wies die Beschwerde ab, weil die Retention für den ganzen Jahreszins aufgenommen und daher dem Gesetze Genüge geleistet sei, wenn innert 10 Tagen nach Verfall des ganzen Jahreszinses bzw. der letzten Monatsrate Betreuung angehoben werde.

C. Auf einen Rekurs des Mieters hiegegen ist die obere Aufsichtsbehörde mangels Vertretungsbefugnis des H. Mischon nicht eingetreten. Sie führt aus, dieser gebe sich als Rechtsagent und Inhaber eines Inkasso- und Sachwalterbüros aus, besitze aber kein Anwaltspatent. Nach § 1 des schwyzerischen Anwaltsgesetzes seien nur Besitzer eines Rechtsanwaltspatents eines schweizerischen Kantons zur berufsmässigen Führung von Zivil- und Strafprozessen berechtigt. Darunter sei aber ganz allgemein die Vertretung in Rechtssachen vor den Behörden zu verstehen.

Das Erfordernis der Befähigung zufolge Ausbildung habe nicht nur für Zivil- und Strafprozesse im engeren Sinne, sondern für jede Art Rechtsvertretung vor den Behörden Geltung. Eine Zulassung von Rechtsagenten für einen beschränkten Bereich von Rechtsvertretung gebe es im Kanton Schwyz nicht, sondern in allen Rechtssachen seien nur patentierte Rechtsanwälte zugelassen.

In materieller Beziehung wäre übrigens der Rekurs unbegründet. Der Beschwerdeführer habe die Betreuung vom 27. Juli 1939 nicht fristgemäss angefochten. Ob sie innert der in der Retentionsurkunde gesetzten Frist angehoben wurde, sei unerheblich; das Retentionsrecht stehe dem Vermieter sowieso, unabhängig von einer Retentionsurkunde zu. Diese diene lediglich der Inventarisierung der Retentionsgegenstände, die aber hier bereits verwertet und durch deren Erlös ersetzt seien, sodass es unerheblich sei, ob die Retentionsurkunde dahingefallen sei oder nicht.

Seite: 9

D. Mit dem vorliegenden Rekurse hält H. Mischon namens des Mieters an seinem Antrag auf Aufhebung der zweiten Betreuung wegen Verspätung fest.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. Wenn die Vorinstanz dem Vertreter des Rekurrenten die Vertretungsbefugnis in Anwendung des schwyzerischen Anwaltsgesetzes abspricht, so ist diese Anwendung nur im Rahmen des Art. 27 SchKG möglich, wonach die Kantone «die gewerbsmässige Vertretung der Gläubiger organisieren», insbesondere die Ausübung dieses Berufes vom Nachweis der dort genannten Voraussetzungen abhängig machen können. Im vorliegenden Falle vertritt H. Mischon jedoch den Schuldner. Es stellt sich mithin die Frage, ob das Gesetz wirklich, nach seinem Wortlaut, nur die Vertretung der Gläubiger, nicht aber die der Schuldner im Betreibungsverfahren der Reglementierung durch die Kantone anheimstellen will. Der französische Text macht diese Unterscheidung nicht, sondern sagt einfach: «Les cantons peuvent organiser la profession d'agent d'affaires», während der italienische die wörtliche Übersetzung des deutschen ist. Die ratio legis spricht eher für die Gleichbehandlung der Vertretung beider Betreuungsparteien. Das Interesse, nicht in die Hände ungeeigneter Vertreter zu fallen, besteht sowohl für Gläubiger wie für Schuldner. Auch der Vertreter des letztern kann in die Lage kommen, seinem Klienten gehörendes Geld anvertraut zu erhalten, z. B. zwecks Zahlung an das Betreibungsamt oder an den Gläubiger direkt; und die Kenntnis des Verfahrens ist für den Schuldner ebenso nötig wie für den Gläubiger.

Die Gesetzesmaterialien bestätigen die Auffassung, dass die französische Fassung, die den Urtext des Gesetzes darstellt, den Vorzug verdient. Im ersten Entwurf des Bundesrates (vom 23. Februar 1886) hiess die (damals als Art. 282 im Schlusstitel untergebrachte) Bestimmung:

Seite: 10

«Il est réservé aux cantons d'organiser l'exercice de la profession des agents d'affaires qui représentent les parties dans les actes de poursuite...» In der 1. Session der ständerätlichen Kommission (Neuenburg) war nur die Rede von der grundsätzlichen Zulassung oder Nichtzulassung der agents d'affaires ohne Unterscheidung der Partei. Der ganze Artikel wurde gestrichen in dem Sinne, «qu'il ne pourra y avoir aucun intermédiaire officiellement reconnu». In der 2. Session (Andermatt) kam die Unterscheidung ebenfalls nicht zur Sprache, es wurde jedoch immer nur mit dem Gläubigervertreter exemplifiziert. Hauser beantragte Wiederaufnahme der Bestimmung; ein Abänderungsantrag Hoffmann formulierte: «... d'autoriser ou d'interdire la représentation des parties en matière de poursuite...» In einem Gegenantrag Herzog, der in seiner Begründung auch nur vom Schutz der Gläubiger vor den Vertretern spricht, erscheint zum ersten Mal die Formulierung «... de légiférer sur l'exercice de la profession des agents d'affaires qui représentent les créanciers...» In der Abstimmung wurde der Vorschlag Hoffmann fakultatives Verbot der Rechtsagenten einem allgemeinen Verbot vorgezogen. In der 3. Session (Bern) wurden lediglich Abs. 2 und 3 in der Reihenfolge umgestellt. Aber abweichend von der angenommenen Fassung Hoffmann («représentation des parties») steht dann in dem aus diesen Beratungen hervorgegangenen bereinigten Entwurf der ständerätlichen Kommission unter Art. 275, ohne weiteren Beschluss, die Fassung Herzog «... agents d'affaires qui représentent les créanciers». Im begleitenden Kommissionsbericht (vom 13. November 1886) ist darüber nichts gesagt. In dieser Fassung steht der Artikel (303) in dem am 29. Juni 1888 von der Bundesversammlung in 2. Lesung angenommenen Entwurf. In dem darauf fussenden Entwurf des Bundesrates endlich (Art. 27) heisst es nur noch «agents d'affaires» ohne einschränkenden Zusatz. Die zugehörige Botschaft enthält keine Bemerkung zu diesem Artikel. Dieser endgültige Text

Seite: 11

entspricht also materiell wieder der ursprünglichen, zwischen Gläubiger- und Schuldnervertretung nicht unterscheidenden Formulierung. Die Fassung «qui représentent les créanciers» hatte sich unbemerkt eingeschlichen; eine mehr als redaktionelle Änderung war offensichtlich nicht beabsichtigt

gewesen. Die von ihr beeinflusste deutsche Fassung, welche die Tätigkeit des agent d'affaires mit «Vertretung der Gläubiger» umschreibt, kann mithin dem der ratio legis besser entsprechenden französischen Urtext gegenüber keine massgebende Bedeutung beanspruchen.

Eine kantonale Reglementierung gemäss Art. 27 SchKG umfasst demnach die Vertretung sowohl der Gläubiger als der Schuldner im Betreibungsverfahren, immerhin nur die berufsmässige, ständige (BGE 61 III 202 ff.).

Indessen hat der Kanton Schwyz das Gewerbe der Betreibungsververtretung nicht ausdrücklich reglementiert. Es einfach auf dem Wege der Auslegung unter das Anwaltsgesetz, das die Vertretung in Zivil- und Strafprozessen regelt, zu subsumieren, geht nicht an. Daraus folgt, dass im Kanton Schwyz die Vertretung sowohl der Gläubiger als der Schuldner im Betreibungsverfahren frei ist.

Aber selbst wenn das von der Vorinstanz angerufene schwyzerische Anwaltsgesetz auch die Vertretung im Betreibungsverfahren mitumfassen würde, wäre die Reglementierung in dieser Hinsicht ungültig, da sie, nach der Erklärung der Justizkommission des Kantons Schwyz, der gemäss Art. 29 SchKG erforderlichen Genehmigung des Bundesrates entbehrt.

Die Vertretungsbefugnis des Rekursverfassers muss daher bejaht werden, und die Vorinstanz hätte auf seinen Rekurs eintreten sollen.

3. Materiell ist der Rekurs unbegründet. Laut Vordruck auf der Retentionsurkunde hatte der Vermieter für die laufende Mietzinsforderung innerhalb 10 Tagen nach ihrer Fälligkeit Betreuung auf Pfandverwertung anzuheben. Müsste diese Fristsetzung so ausgelegt werden,

Seite: 12

dass je binnen 10 Tagen nach Fälligwerden jeder einzelnen Mietzinsrate dafür Betreuung anzuheben sei, so wäre die Betreuung in casu höchstens für die am 15. Juli 1939 verfallene rechtzeitig und auch das nur, falls das Betreibungsbegehren schon am 25. Juli abgegeben wurde, was der Betreibungsbeamte als möglich, aber nicht mehr sicher feststellbar bezeichnet. Bei jedem Ratenverfall eine neue Betreuung zu verlangen, ginge jedoch zu weit, insbesondere auch mit Rücksicht auf das Betreibungsamt und den kostenpflichtigen Schuldner selbst. Es gibt Mietverhältnisse mit wöchentlicher Mietzinsfälligkeit. Der Vermieter kann nach jedem Ratenverfall betreiben; zur Erhaltung des Retentionsbeschlages aber muss es genügen, wenn er innert 10 Tagen nach Verfall der letzten Zinsrate der Mietperiode Betreuung anhebt. Bis nach Verfluss dieser Frist bleibt die Retention für die bereits verfallenen Raten in Kraft, weshalb im vorliegenden Falle durch die Betreuung vom 27. Juli 1939 die Retention für die 4 Monatszinse vom 15. März 15. Juli 1939 gewahrt worden ist.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer:

Der Rekurs wird abgewiesen