

6. Gerichtsorganisation und Verfahrensrecht / Organisation judiciaire et procédure

6.3 Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht / Exécution forcée et faillite

(6) Doppelaufruf einer nicht im Grundbuch vorge- merkten landwirtschaftlichen Pacht/eines nicht im Grundbuch vorgemerkten Mietvertrages; BGE 124 III 37 ff.

Bundesgericht, Schuldbetreibungs- und Konkurskammer,
7.1.1998 i.S. P. V. (BGE 124 III 37 ff.). Betreibungsrechtliche
Beschwerde.

Bemerkungen von Dr. iur. FRANCO LORANDI
Rechtsanwalt, LL.M., Zürich



Sachverhalt:

Die Bank X leitete 1995 gegen den Grundeigentümer
Betreibung auf Grundpfandverwertung ein. Im Lastenver-
zeichnis führte das Betreibungsamt "rein informativ" ("à
titre purement informatif") eine nicht im Grundbuch vorge-
merkte landwirtschaftliche Pacht auf. Auf Ersuchen der
grundpfandgesicherten Bank sah das Betreibungsamt in
den Steigerungsbedingungen den Doppelaufruf in Bezug
auf den Pachtvertrag vor. Hiergegen wehrten sich die Par-
teien des Pachtvertrages mit Beschwerde.

Zusammenfassung der Erwägungen:

Gemäss Art. 14 des Bundesgesetzes über die landwirt-
schaftliche Pacht (LPG) geht der Pachtvertrag bei Verwer-
tung des Pachtobjektes im Rahmen eines Zwangsvoll-
streckungsverfahrens auf den Erwerber über. Nach dem
Wortlaut dieser Bestimmung muss es dem Pächter mög-
lich sein, dem Erwerber nach der Zwangsverwertung des
Pachtobjektes den Pachtvertrag entgegenzuhalten, und zwar
unabhängig davon, ob die Pacht im Grundbuch vorgemerkt
ist (Art. 959 ZGB) oder nicht. Zudem tritt der Erwerber in
sämtliche Pflichten des Verpächters gemäss dem Pacht-
vertrag ein, vorbehalten den in Art. 15 LPG genannten
Umständen, welche vorliegend nicht in Frage standen.

Mit Art. 14 LPG verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, den
Pächter auf eine pragmatische Art zu schützen, ohne dass

der Gesetzgeber sämtliche Konsequenzen dieser Regelung bedacht hätte. Ein nach Entstehung eines Grundpfandrechtes eingegangener Pachtvertrag kann den Wert des Pfandrechtes schmälern. Mit der gesetzlichen Regelung von Art. 14 LPG, wonach die Pacht bei Veräusserung des Pachtgegenstandes von Gesetzes wegen auf den Erwerber übergeht, hat der Gesetzgeber die Interessen Dritter, namentlich der Grundpfandgläubiger, nicht berücksichtigt. Es liegt daher – wie in Bezug auf Art. 261 OR (gesetzlicher Übergang des Mietvertrages) – kein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers, sondern eine echte Lücke vor, welche in Anwendung von Art. 1 ZGB geschlossen werden muss. Diese Lücke kann nur durch analoge Anwendung von Art. 812 ZGB (Doppelaufruf) und der entsprechenden zwangsvollstreckungsrechtlichen Bestimmungen geschlossen werden.

Aufgrund dessen hatte die Vorinstanz zu Recht entschieden, dass der vorgängige vorrangige Grundpfandgläubiger den doppelten Aufruf des Grundstückes verlangen kann.

Bemerkungen:

Mit dem vorliegenden Entscheid hat das Bundesgericht einer in Lehre und kantonaler Praxis lange herrschenden Kontroverse ein Ende gesetzt. (Für die Anwendbarkeit des Doppelaufrufs auf den gesetzlichen Übergang des *Mietvertrages*: CLAUDE MONNIER, *Bevorzugte Mieter?*, IWRI 1998, 23 f.; URS HESS-ODONI, *Der Doppelaufruf nach Art. 142 SchKG und das neue Miet- und Pachtrecht*, SJZ 1991, 145 ff.; DENIS PIOTET, *Le principe "La vente ne rompt pas le bail" et le système générale des droits réels*, Bern 1993, 98 ff.; PIERRE TERCIER/PASQUAL PICHONNAZ, FZR 1995, 29 ff.; *Freiburger Zeitschrift für Recht (FZR)* 1995, 23 ff.; gegen die Anwendbarkeit: INGRID JENT-SÖRENSEN, *Das neue Mietrecht und seine zwangsvollstreckungsrechtlichen Konsequenzen*, SJZ 1991, 410 ff.; DANIEL STÄHELIN, *Zehn Fallen für Grundpfandgläubiger in der Zwangsvollstreckung*, AJP/PJA 1998 369; JÜRGEN BRÖNNIMANN, *Zwangsvollstreckungsrechtliche Risiken bei Grundpfandrechten*, Berner Bankrechtstag, *Theorie und Praxis der Grundpfandrechte*, Bern 1996, 157; ZBGR 1995, 94 ff.). Dem Entscheid des Bundesgerichts ist zuzustimmen. Auch wenn Art. 812 ZGB und die entsprechenden zwangsvollstreckungsrechtlichen Bestimmungen (Art. 142 SchKG; Art. 56 VZG) nur von Grundlasten, Dienstbarkeiten und vorgemerkten persönlichen Rechten sprechen, kann der nach Errichtung eines Grundpfandrechts abgeschlossene Miet- oder Pachtvertrag den Wert des Pfandobjekts schmälern, da der Miet- bzw. Pachtvertrag mit der Zwangsverwertung von Gesetzes wegen auf den Erwerber übergeht (Art. 14 LPG; Art. 261 Abs. 1 i.V.m. Art. 290 OR). Die gesetzlichen Bestimmungen über den Doppelaufruf finden daher auch auf den nicht im Grundbuch vorgemerkten Miet- oder Pachtvertrag analog Anwendung. Obwohl der Bundesgerichtsentscheid nur die landwirtschaftliche Pacht betrifft, finden die Erwägungen auch auf die nicht landwirtschaftliche Pacht und auf den Mietvertrag Anwendung. Art. 14 LPG entspricht in der Substanz vollumfänglich Art. 261 Abs. 1 i.V.m. Art. 290 OR.

Ist der Miet- oder Pachtvertrag nach Entstehung des Grundpfandrechts eingegangen worden, kann der Grundpfandgläubiger in *analoger* Anwendung von Art. 812 ZGB, Art. 142 SchKG und den Art. 56 und 104 VZG den doppelten Aufruf verlangen (D. PIOTET, *op. cit.*, 197 ff.; BGE 124 III 40). Der Bundesgerichtsentscheid befasst sich nur mit der Grundsatzfrage, *dass* der Grundpfandgläubiger den Doppelaufruf verlangen kann. *Wie* die analoge Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen zu erfolgen hat, sagt der Entscheid nicht. Diesbezüglich dürfte folgendes gelten:

Der doppelte Aufruf kann sich – nach Wahl des berechtigten Grundpfandgläubigers – sowohl auf die Vormerkung des Miet- oder Pachtvertrages im Grundbuch (Art. 261b i.V.m. Art. 290 OR) als auch auf den gesetzlichen Übergang des Miet- oder Pachtverhältnisses auf den Erwerber überhaupt beziehen (Art. 261 Abs. 1 i.V.m. Art. 290 OR; Art. 14 LPG), sofern sowohl der Abschluss des Miet- oder Pachtvertrages als auch dessen Vormerkung im Grundbuch nach Begründung des Grundpfandrechts erfolgt sind. Die Wirkungen der Verwertung des Miet- oder Pfandobjekts beim zweiten Aufruf sind unterschiedlich:

Bezieht sich der Doppelaufruf nur auf die *Vormerkung*, so wird diese mit der Verwertung beim zweiten Aufruf beseitigt (Art. 56 lit. b VZG). Der Miet- oder Pachtvertrag geht jedoch von Gesetzes wegen auf den Erwerber über. Dieser kann aber von den ausserordentlichen Kündigungsmöglichkeiten gemäss Art. 261 Abs. 2 OR (wieder) Gebrauch machen.

Bezieht sich der Doppelaufruf dagegen auf den *gesetzlichen Übergang* des (vorgemerkten oder nicht vorgemerkten) *Miet- oder Pachtverhältnisses*, so geht das Miet- bzw. Pachtverhältnis, wenn der Zuschlag auf den zweiten Aufruf erfolgt, nicht auf den Erwerber über (Art. 56 lit. b VZG analog). Der Miet- oder Pachtvertrag fällt jedoch nicht etwa dahin (so aber HESS-ODONI, 150; zutreffend BRÖNNIMANN, 157). Entgegen der Ansicht von MONNIER, 24, muss der Erwerber das Miet- oder Pachtverhältnis auch nicht (mit der gesetzlichen Kündigungsfrist von 3 Monaten auf das Ende eines Monats) kündigen. Geht nämlich das Miet- bzw. Pachtverhältnis (entgegen Art. 261 Abs. 1 i.V.m. Art. 290 OR bzw. Art. 14 LPG) nicht von Gesetzes wegen auf den Erwerber über, so besteht es mit dem bisherigen Vermieter bzw. Verpächter weiter. Erfolgt die Verwertung im Konkurs, richten sich die nach Konkurseröffnung entstandenen Forderungen des Mieters oder Pächters gegen den Gemeinschuldner persönlich; es liegen weder Konkursforderungen noch Masseschulden vor. Der Erwerber muss keine Kündigung vornehmen. Er erwirbt die Mietsache unbelastet und kann den Mieter ausweisen lassen (so zutreffend MONNIER, 24).

Der Doppelaufruf richtet sich im Regelfall gegen eine Eintragung (Dienstbarkeit, Grundlast) oder eine Vormerkung persönlicher Rechte (Art. 959 ZGB) im Grundbuch. Der Miet- oder Pachtvertrag als solcher ist jedoch weder im Grundbuch eingetragen noch vorgemerkt. Dem vom Doppelaufruf allenfalls gefährdeten Mieter oder Pächter muss die Möglichkeit offen stehen, den Vorrang des Grundpfandrechts zu bestreiten. Dies hat im Lastenbereinigungs-

verfahren zu erfolgen (Art. 140, Art. 250 SchKG). Da die Lastenbereinigung nur im Bezug auf solche Lasten erfolgen kann, welche im Lastenverzeichnis enthalten sind, muss (auch der nicht im Grundbuch vorgemerkte) Miet- oder Pachtvertrag unter Zuweisung eines Ranges für den Vertrag (und allenfalls eines separaten Ranges für die Vormerkung im Grundbuch) ins Lastenverzeichnis aufgenommen werden (BRÖNNIMANN, 157). Dies geschieht mit Vorteil unter der Rubrik "c) Andere Lasten" (vgl. Form. VZG 9).

Das Betreibungs- oder Konkursamt ist sodann verpflichtet, den berechtigten Grundpfandgläubiger mit der *Spezialanzeige* darauf aufmerksam zu machen, dass er in Bezug auf den Miet- oder Pachtvertrag bzw. die Vormerkung den doppelten Aufruf verlangen kann (Art. 104 VZG analog).

In die Steigerungsbedingungen muss keine besondere Bestimmung in Bezug auf den Doppelaufruf eines Miet- oder Pachtvertrages aufgenommen werden. Es genügt die übliche Formulierung gemäss Art. 45 Abs. 1 lit. c VZG, wenn ein doppeltes Angebot des Grundstücks oder seine Zugehör stattfindet, bleibe der Meistbieter beim ersten Angebot für sein Angebot bis nach Abschluss des zweiten Angebotes gebunden.

Muss ein doppelter Aufruf stattfinden, muss der Steigerungsleiter vor Beginn der Steigerung den Beteiligten davon Kenntnis geben (Art. 56 VZG Ingress). Dabei hat der Steigerungsleiter klarzumachen, welches die Wirkungen (Wegfall der Vormerkung im Grundbuch oder Unterbleiben des gesetzlichen Übergangs des Miet- oder Pachtvertrages) des erfolgreichen Zuschlags beim zweiten Aufruf sind. Der Ausschluss des gesetzlichen Übergangs des Mietverhältnisses erfolgt durch den Verwertungsakt (Zuschlag oder Freihandverkauf), d.h. durch *betriebsrechtliche Verfügung*. Diesbezüglich ist eine Anmeldung zur Löschung von grundbuchlichen Eintragungen unmöglich und unnötig. Beim vorgemerkten Miet- oder Pachtvertrag bewirkt die Verwertung beim zweiten Aufruf, unabhängig davon, ob er sich nur auf die Vormerkung oder auf den gesetzlichen Übergang des Miet- oder Pachtverhältnisses richtete, in jedem Fall die Löschung der Vormerkung im Grundbuch. Die Parteien des Miet- oder Pachtvertrages können sich gegen die betriebsrechtliche Verfügung mit Beschwerde (Art. 17 ff. SchKG) wehren.