

6. Damit lassen die wenigen bislang zur Haustürrichtlinie ergangenen Urteile eine im Ansatz zwar verbraucherfreundliche, im Ergebnis aber restriktive Linie des EuGH erkennen. Diese erfährt dadurch eine gewisse Milderung, als Art. 8 der Richtlinie weitergehende nationale Verbraucherschutzbestimmungen zulässt. Das anerkannte der EuGH in der Rechtssache *Di Pinto* (EuGH Slg. 1991, I-1189) ausdrücklich. In jenem Fall stand das Tatbestandsmerkmal der fehlenden gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit des Verbraucherbegriffs ein erstes Mal zur Beurteilung. Zu entscheiden war, ob ein Gewerbetreibender, der im Rahmen eines Haustürgeschäfts als Kunde einen Werbevertrag im Hinblick auf den Verkauf seines Gewerbebetriebes abschliesst, als ein durch die Richtlinie geschützter Verbraucher angesehen werden kann. Das verneinte der EuGH, weil er einen Zusammenhang zwischen dem Haustürgeschäft und der gewerblichen Tätigkeit sah. Ein durchschnittlich erfahrener Gewerbetreibender kenne den Wert seines Gewerbebetriebes und die Bedeutung der dessen Verkauf erfordernden Rechtsgeschäfte und würde deshalb entsprechende Verpflichtungen nicht unüberlegt und nur aufgrund eines Überraschungseffektes eingehen. Den Mitgliedstaaten bleibe aber unbenommen, weitergehende Verbraucherschutzbestimmungen aufzustellen. Wenig Aufschluss gibt in diesem Zusammenhang das Urteil *Faccini Dori* (EuGH Slg. 1994, I-3325; EU B 1994, 221 mit Anm. KLAUER), da der EuGH dort lediglich die Drittwirkung der Richtlinie im Privatrechtsverhältnis verneinte.

7. Welche Bedeutung kommt diesen Urteilen für die Schweiz zu? Der schweizerische Gesetzgeber hat Art. 40a ff. OR der Haustürrichtlinie nachgebildet und im Rahmen des Swisslex-Pakets angepasst (BAUDENBACHER, Zum Nachvollzug europäischen Rechts in der Schweiz, EuR 1992, 309, 313; SCHMELZER, Der Konsumentenvertrag, Diss. St. Gallen 1995, 45 f., 86 f.; GONZENBACH, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel 1996, Vorbemerkungen zu Art. 40a–40g N. 2). Vor diesem Hintergrund verdient die europäische Rechtsentwicklung in der Schweiz Beachtung (BAUDENBACHER, a.a.O., 316 ff.; STAUDER, a.a.O., 119; DORNIER, a.a.O., N. 68; vgl. für die analoge Frage beim Abzahlungsrecht bzw. Konsumkredit STAUDER, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel 1996, Vorbem. zu Art. 226a–226m N. 31 und KOLLER-TUMLER, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel 1996, Vorbem. zum KKG N. 19). Dies gilt umso mehr, als die Anwendbarkeit von Art. 40a ff. OR auf Bürgschaften auch hierzulande umstritten ist. Sie wird unter Hinweis auf das fehlende Austauschverhältnis beispielsweise von GONZENBACH (a.a.O., Art. 40a N. 3) und DORNIER (a.a.O., N. 175) verneint. Im gegenteiligen Sinne äusserte sich HUGUENIN JACOBS (Direktvertrieb und Widerrufsrecht, AJP/PJA 1994 691, 696). Dafür spricht nach dem vorliegenden Entscheid nun zusätzlich die *europarechtskonforme Auslegung*. Allerdings dürften sich die gegenüber § 766 BGB verschärfte bürgschaftsrechtlichen Formvorschriften von Art. 493 Abs. 2 OR auch erschwerend auf den Abschluss von diesbezüglichen Haustürgeschäften auswirken und dadurch die

praktische Bedeutung des Meinungsstreits in der Schweiz gegenüber derjenigen in Deutschland vermindern.

8. Schliesslich kann die Frage eines Widerrufsrechts bei Bürgschaften auch im Zusammenhang mit den Vorschriften über den *Verbrauchercredit* gestellt werden. Entsprechende Diskussionen werden in Deutschland geführt und haben sich bereits in unterschiedlichen Urteilen niedergeschlagen (vgl. die Zusammenstellung bei KABISCH, Zur Unanwendbarkeit des Verbraucherkreditgesetzes auf Bürgschaften, WM 1998, 535). Mit dem Bundesgesetz über den Konsumkredit hat die Schweiz die einschlägige Richtlinie ebenfalls umgesetzt (KOLLER-TUMLER, a.a.O., Vorbem. zum KKG, N. 2 ff.). Damit ist auch aus schweizerischer Sicht in jener Frage eine absehbare höchstrichterliche Klärung von Interesse.

6. Gerichtsorganisation und Verfahrensrecht / Organisation judiciaire et procédure

6.3 Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht / Exécution forcée et faillite

(7) Neue Betreibungen für Forderungen, die vor der Konkursöffnung entstanden sind (Art. 206 SchKG). Welche Forderungen des Vermieters gelten im Konkurs des Mieters als Konkursforderungen? BGE 124 III 41 ff.

Bundesgericht, Schuldbetreibungs- und Konkurskammer, 10.12.1997 i.S. P. S. (7B.237/1997; BGE 124 III 41 ff.).
Betreibungsrechtliche Beschwerde.

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



Zusammenfassung des Sachverhaltes:

Am 9. Juli 1997 stellte das zuständige Betreibungsamt dem Schuldner einen Zahlungsbefehl für die ordentliche Betreuung auf Pfändung oder Konkurs zu. Der Vermieter machte damit rückständige Mietzinse für die Monate Mai und Juni 1997 für dem Mieter vermietete Ladenlokalitäten geltend. Der Schuldner (Mieter), über welchen am 24. Februar 1997 zufolge Insolvenzerklärung der Konkurs eröffnet worden war, führte gegen die Zustellung des Zahlungsbefehls bei der kantonalen Aufsichtsbehörde betreibungsrechtliche Beschwerde. Er verlangte die Aufhebung der erwähnten Betreibung mit der Begründung, dass die in Betreibung gesetzte Forderung vor Konkursöffnung entstanden sei und dass deshalb während des noch laufenden Konkursverfahrens nicht Betreibung dafür eingeleitet werden könne. Während die kantonale Aufsichtsbehörde die Beschwerde abwies, hiess die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts sie gut und erklärte den Zahlungsbefehl als aufgehoben.

Aus den Erwägungen:

"2. Neue Beteiligungen für Forderungen, die vor der Konkursöffnung entstanden sind, können während des Konkursverfahrens nicht eingeleitet werden (Art. 206 Abs. 1 SchKG). Beteiligungen für Forderungen, die nach der Konkursöffnung entstanden sind, werden während des Konkursverfahrens durch Pfändung oder Pfandverwertung fortgesetzt (Art. 206 Abs. 2 SchKG).

a. Als vor Konkursöffnung entstandene Mietzinsforderungen haben die im Zeitpunkt der Konkursöffnung bereits verfallenen Mietzinse, mit denen der Mieter im Rückstand ist, zu gelten. Sie werden zu Konkursforderungen (HIGI, Kommentar, N. 25 zu Art. 266h OR; SVIT-Kommentar, N. 22 zu Art. 266h OR).

b. Als nach Konkursöffnung entstandene Mietzinsforderungen haben demgegenüber die künftigen Mietzinsforderungen zu gelten, das heisst jene, die aus der Fortführung des Mietverhältnisses mit dem Gemeinschuldner nach Konkursöffnung geschuldet werden. Sie richten sich, wenn der konkursite Mieter eine natürliche Person ist, grundsätzlich gegen diesen persönlich. Nur bei der Miete von Geschäftsräumen können künftige Mietzinse auch als Konkursforderung eingegeben werden, und zwar – entsprechend dem Umfang des Retentionsrechts gemäss Art. 268 Abs. 1 OR – bis zur Beendigung des Mietverhältnisses, aber längstens für die Dauer von sechs Monaten ab der Konkursöffnung (LORANDI, Dauerschuldverhältnisse [Miet- und Arbeitsverträge] im Konkurs, in: *Ausgewählte Fragen des Schuldbeitrags- und Konkursrechts*, Tagung vom 3. Oktober 1997 des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse, S. 6 und 9).

HIGI (Zürcher Kommentar, N. 37 f. zu Art. 266h OR) grenzt anders ab, indem er generell dafürhält, dass nach der Konkursöffnung entstehende Mietzinsforderungen gegenüber dem Gemeinschuldner geltend zu machen seien, wenn dieser eine natürliche Person ist, dass sie aber Konkursforderungen seien, wenn der Gemeinschuldner eine juristische Person ist. Diese Unterscheidung leuchtet indessen nicht ohne weiteres ein; denn es ist ein Charakteristikum der Vermietung von Geschäftsräumen, dass sie – aus den Umständen heraus – nicht immer abrupt abgebrochen werden kann und daher auch nach der über den Mieter ausgesprochenen Konkursöffnung fortgesetzt wird. Das geschieht unabhängig davon, ob der Gemeinschuldner eine natürliche oder eine juristische Person ist.

Es rechtfertigt sich daher – entsprechend BGE 104 III 84 E. 4 –, in jedem Fall, wo es um einen Mietvertrag über Geschäftsräume geht, die Mietzinsforderung im Umfang des gesetzlichen Retentionsrechts als Konkursforderung zu behandeln. Dass der Umfang der Mietzinsforderung nach dem Retentionsrecht bemessen wird, kritisiert HIGI (Zürcher Kommentar, N. 38 zu Art. 266h OR) allerdings auch; er möchte ihn analog zu Art. 264 OR festgestellt wissen. Dieser Ansatz schafft jedoch mehr Unsicherheit als die Bemessung entsprechend dem gesetzlichen Retentionsrecht.

c. Im angefochtenen Entscheid ist auch noch darauf hingewiesen worden, dass der Gesetzgeber bei der Gesetzesänderung vom 16. Dezember 1994 die Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen den aufschiebend bedingten Forderungen in Art. 210 Abs. 1 SchKG nicht gleichgestellt habe. Das vermag indessen die Rechtsprechung nicht daran zu hindern, die Mietzinsforderungen für Geschäftsräume analog der zitierten Bestimmung zu behandeln, wie dies schon unter der Herrschaft des alten Rechts in BGE 104 III 84 E. 4 geschehen ist. Dieser Entscheid soll auch für den hier zu entscheidenden Fall wegleitend bleiben.

3. Der Konkurs über den Beschwerdeführer ist am 24. Februar 1997 eröffnet worden. Die von der Gläubigerin geltend gemachten Mietzinse werden für Geschäftsräume geschuldet. Sie betreffen die Monate Mai und Juni 1997 und fallen damit klarerweise in die Frist von sechs Monaten nach Konkursöffnung, für welche das Retentionsrecht gemäss Art. 268 Abs. 1 OR beansprucht werden kann. Nach dem Gesagten handelt es sich um eine Konkursforderung.

Der Beschwerdeführer kann für die geltend gemachte Forderung nicht auf Pfändung betrieben werden."

Bemerkungen:

Dem Entscheid des Bundesgerichts ist zuzustimmen. Er ist einerseits jedoch zu präzisieren, andererseits ist er verallgemeinerungsfähig:

1. Im vorliegenden Entscheid ging es darum, ob die in Betreuung gesetzten Mietzinsforderungen vor Konkursöffnung entstanden sind (Art. 206 Abs. 2 SchKG) bzw. ob die in Betreuung gesetzten Forderungen als Konkursforderungen zu gelten haben.

2.a. Es bleibt beim Grundsatz, dass Mietzinsforderungen des Vermieters, welche vor Konkursöffnung entstanden sind, als Konkursforderungen gelten.

b. Nach Konkursöffnung entstandene Mietzinsforderungen richten sich grundsätzlich gegen den Mieter persönlich und stellen keine Konkursforderungen dar (MAX GULDENER, in: HANS FRITZSCHE/HANS-ULRICH WALDER, *Schuldbetreibung und Konkurs*, Band II, Zürich 1993, § 42 Fn. 32, 162; JOLANTA KREN, *Konkursöffnung und Schuldrechtliche Verträge*, Bern 1989, 53; FRANCO LORANDI, *Mietverträge im Konkurs des Mieters*, mp 1/98, 8, 10, 12, 14). Dies gilt vollumfänglich für die Miete an beweglichen Sachen sowie an Wohnräumen.

In der Literatur wird zum Teil die Ansicht vertreten, sofern der konkursite Mieter eine *juristische Person* sei, könnten auch nach Konkursöffnung entstandene Forderungen als Konkursforderungen geltend gemacht werden, da dem Vermieter sonst kein Schuldner mehr zur Verfügung stehen würde (ZK-HIGI, Art. 266h OR N 37 f.; vgl. auch GULDENER, § 42 Fn. 32, 161 f. in Bezug auf die Rückgabe der Mietsache). Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Insofern sind die Ausführungen des Bundesgerichts im vorliegenden Entscheid in Bezug auf die Vermietung von Geschäftsräumen verallgemeinerungsfähig (vgl. E. 2.b.): Es kann nicht darauf ankommen, ob der Gemeinschuldner

eine natürliche oder eine juristische Person ist (LORANDI, 12 f., 15).

c. Im vorliegenden Entscheid bestätigt das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung (BGE 104 III 94 f.), wonach bei der Miete von *Geschäftsräumen* insofern eine Ausnahme gilt, als auch nach Konkurseröffnung entstandene Mietzinsforderungen insoweit als Konkursforderungen gelten, als für sie das mietrechtliche Retentionsrecht in Anspruch genommen werden kann. Dies trifft bekanntlich nicht nur für einen verfallenen Jahreszins, sondern auch für den laufenden Halbjahreszins zu (Art. 268 Abs. 1 OR). Bei der Miete von Geschäftsräumen können daher *nach* Konkurseröffnung entstandene Mietzinse bis zur Beendigung des Mietverhältnisses, längstens aber für sechs Monate seit Konkurseröffnung als Konkursforderung eingegeben werden. Auch dies gilt unabhängig davon, ob der Gemeinschaftschuldner eine natürliche oder eine juristische Person ist (vgl. E. 2.b. vorstehend; LORANDI, 12 f.). Insoweit ist dem Bundesgerichtsentscheid zuzustimmen.

3. Eine Präzisierung ist m.E. jedoch insofern anzubringen, als dass eine Ausdehnung der Konkursforderungen für Mietzinsforderungen, die erst nach Konkurseröffnung entstanden sind, nur in Abhängigkeit des vorhandenen Retentionssubstrats erfolgen kann. Es lässt sich nicht rechtfertigen, dass auch bei noch so geringem Retentionssubstrat der Vermieter für seine Mietzinsforderungen, welche nach Konkurseröffnung entstanden sind, bis zu sechs Monaten eine Konkursforderung geltend machen kann. Ausgehend davon, dass das mietrechtliche Retentionsrecht für einen verfallenen Jahreszins und den laufenden Halbjahreszins Sicherheit bietet (Art. 268 Abs. 1 OR), muss m.E. folgendes gelten: Das Retentionssubstrat ist zunächst auf allfällige rückständige Mietzinsforderungen von der Konkurseröffnung für ein Jahr rückwärts anzurechnen. Nur in dem Umfang, in welchem noch ein Überschuss des Retentionssubstrats verbleibt, können nach Konkurseröffnung entstandene Mietzinsforderungen als Konkursforderung (längstens jedoch für sechs Monate) geltend gemacht werden (vgl. LORANDI, 8 f.).

Da die Verwertung der Retentionsobjekte – Notverkäufe (Art. 243 Abs. 2 SchKG) vorbehalten – erst nach Auflage der Kollokationsplanes erfolgen kann (Art. 252 Abs. 1, Art. 253 Abs. 2 SchKG), steht der Verwertungserlös der Retentionsobjekte und damit das Ausmass, in welchem nach Konkurseröffnung entstandene Mietzinsforderungen als Konkursforderungen geltend gemacht werden können, im Zeitpunkt der Kollokation noch nicht fest. Aufgrund dessen sind m.E. die nach Konkurseröffnung entstandenen Mietzinsforderungen analog Art. 210 SchKG als bedingte Forderungen zu kollozieren: Nach Konkurseröffnung entstandene Mietzinsforderungen werden bis zur Beendigung des Mietvertrages, höchstens aber für sechs Monate, nur insoweit als Konkursforderungen (und zwar als retentionsgesicherte) zugelassen, als der Verwertungserlös der Retentionsobjekte die allfälligen Mietzinsforderungen, die vor Konkurseröffnung entstanden sind, längstens für ein Jahr

zurück, übersteigt. Ob dies im vorliegenden Fall zutrifft, kann dem Sachverhalt leider nicht entnommen werden.

7. Strafrecht / Droit pénal

7.5. Internationales Strafrecht / Droit pénal international

(8) Charakter einer Schuldanerkennung vor dem Internationalen Strafgericht für Ex-Jugoslawien. Erfordernis der vollen Information. Unterscheidung zwischen Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen. Präzisierung der Folgen des Nötigungsnotstandes im internationalen Strafrecht. Strafzumessungspraxis des Gerichts. Zulässigkeit des "Plea Bargaining".

International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY, Den Haag), Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Berufungskammer, Urteil vom 7.10.1997 (IT-96-22-A); erstinstanzliche Strafkammer, Urteil vom 5.3.1998 (IT-96-22-T^{bis}), Originale jeweils englisch und französisch.

Bemerkungen von
Dr. rer. publ. et lic. iur. ANDREAS R. ZIEGLER
LL.M. (EUI), Steg ZH



Zusammenfassung des Sachverhaltes:

Drazen Erdemovic wurde am 29. Mai 1996 von der Anklagebehörde des ICTY angeklagt, (a) Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Sinne von Art. 5 (a) ICTY-Statut (Anhang zur Resolution 827 des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen vom 25. Mai 1993) und (b) schwere Verletzungen der Gesetze und Gebräuche des Krieges im Sinne von Art. 3 ICTY-Statut begangen zu haben. Ihm wurde dabei vorgeworfen, am 16. Juli 1995 an der Massakerierung von bosnischen Zivilisten in Srebrenica (Bosnien-Herzegowina) teilgenommen zu haben. Zu den Tatsachen im einzelnen vgl. ZIEGLER in AJP/PJA 1997 758–762 und ICTY-Bulletin, Nr. 12, 15. November 1996). Am 31. Mai 1996 hatte Drazen Erdemovic von der ersten Strafkammer des ICTY bezüglich der Anklage wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit eine Schuldanerkennung (*guilty plea*, Art. 20 (3) ICTY Verfahrensordnung des ICTY) abgelegt, wobei er geltend machte, unter Todesdrohung auf Befehl seiner Vorgesetzten gehandelt zu haben. Nachdem die Anklage wegen Kriegsverbrechen fallengelassen worden war, wurde Erdemovic am 29. November 1996 von der erstinstanzlichen Strafkammer zu zehn Jahren Haft wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit verurteilt, wobei die Todesdrohung und die Bedrängnis des Angeklagten nur als strafmildernde Umstände beachtet wurden (vgl. Urteil des Internationalen Strafgerichts für Ex-Jugoslawien = Jugement portant condamnation de la chambre de première instance dans l'affaire Drazen Erdemovic du 29 novembre 1996, IT-96-22-T, D