
mp 3/98 S. 111 ff.

Aufsatz von Dr. Franco Lorandi, LL.M., Rechtsanwalt, Beglinger Holenstein
Rechtsanwälte, Zürich

Mietverträge im Konkurs des Vermieters*

I. Einleitung

A. Allgemeines

Die Konkursöffnung hat einschneidende Wirkungen. Diese treffen zunächst einmal den Gemeinschuldner selbst, bei natürlichen Personen auch dessen Familie. Betroffen werden in ausgesprochenen Masse auch die Gläubiger des Gemeinschuldners, die Konkursgläubiger. Daneben können auch Dritte tangiert sein, welche mit dem Gemeinschuldner Verträge abgeschlossen haben, die im Zeitpunkt der Konkursöffnung noch nicht vollständig erfüllt sind. Dies gilt namentlich auch für Mietverträge, da diese auf Dauer ausgerichtet sind.

Nachfolgend sollen verschiedene Fragen im Zusammenhang mit dem Konkurs über den Vermieter¹ behandelt werden. Dabei soll das Augenmerk auf drei Aspekte gelegt werden: 1. Welche Handlungsalternativen hat der Mieter im Konkurs des Vermieters? 2. Kann der Mieter den Mietvertrag vorzeitig kündigen? und 3. Welchen Status haben die Forderungen des Mieters (Konkursforderung, Forderung gegen den Vermieter persönlich oder Masseschuld)?

B. Konkursforderung, Masseschuld oder Forderung gegen den konkursiten Vermieter persönlich

An dieser Stelle soll kurz dargestellt werden, was es für den Mieter bedeutet, ob seine Forderung als Konkursforderung, Masseschuld oder als Forderung gegen den konkursiten Vermieter persönlich zu qualifizieren ist: Eine *Konkursforderung* ist eine Forderungen gegen den Gemeinschuldner, welche im Konkurs geltend gemacht werden kann. Da der Mieter für seine Forderungen kein Konkursprivileg beanspruchen kann, gilt seine Forderung als sog. Drittklassforderung (Art. 219 Abs. 4 SchKG Dritte Klasse). Drittklassforderungen erfahren Deckung, soweit die vorhandenen Aktiven des konkursiten Vermieters nach vorgängiger Befriedigung der Masseverbindlichkeiten (welche sich aus Masseschulden und Massekosten² zusammensetzen; Art. 262 Abs. 1 SchKG) sowie nach Befriedigung der Erst- und Zweitklassforderungen (Art. 219 Abs. 4 Erste und Zweite Klasse) ausreichen. Erfahrungsgemäss werden Konkursforderungen dritter Klasse nur zu einem geringen Teil oder gar nicht gedeckt.

Masseschulden sind die während des Konkursverfahrens zu Lasten der Konkursmasse eingegangenen Verbindlichkeiten, wie etwa Schulden aus der Fortführung des Geschäftsbetriebes des Konkursiten, Steuern oder andere öffentlich-rechtliche Abgaben, welche seit Konkursöffnung entstanden sind, Anwalts- oder Expertenonorare oder Schulden in Bezug auf Verträge, in welche die Konkursmasse eingetreten ist (Art. 211 Abs. 2 SchKG)³. Masseschulden werden vorab aus dem Verwertungserlös bezahlt, bevor die Konkursforderungen befriedigt werden (Art. 262 Abs. 1 SchKG). Sofern der Mieter eine Masseschuld geltend machen kann, wird er daher in

* Leicht überarbeitetes Manuskript des Vortrages anlässlich der Mietrechtstagung des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse in Luzern vom 29. Mai 1998.

¹ Zu den Auswirkungen des Konkurses über den *Mieter* vgl. FRANCO LORANDI, Mietverträge im Konkurs des Mieters, mp 1998, 1 ff.

² *Massekosten* sind die aus der Eröffnung und Durchführung des Konkurses entstehenden Verfahrenskosten, wie Auslagen und Gebühren des Konkursamtes (KURT AMONN/DOMINIK GASSER, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, 6. A., Bern 1997, § 48 Rz 3).

³ Vgl. AMONN/GASSER (Fn 2), § 48 Rz 4 f.; KARL SPÜHLER/SUSANNE B. PFISTER, Schuldbetriebs- und Konkursrecht II, Konkursrecht und Nachlassverfahren, Zürich 1997, 80.

aller Regel volle Deckung erfahren, es sei denn, die Aktiven der Konkursmasse reichen nicht einmal zur Bezahlung der Masseschulden, was in der Praxis jedoch nur sehr selten der Fall ist.

Eine *Forderung gegen den konkursiten Vermieter persönlich* kann nicht im Konkursverfahren berücksichtigt werden. Dies bedeutet namentlich, dass der Mieter keine Befriedigung aus den Konkursaktiven erhält. Der Mieter muss gegen den konkursiten Vermieter persönlich und ausserhalb des Konkursverfahrens vorgehen⁴; er muss auf dessen konkursfreie Aktiven greifen (etwa den Arbeitserwerb des konkursiten Vermieters) oder warten, bis der Vermieter nach Abschluss des Konkursverfahrens wieder zu Geld kommt⁵. Zumindest kurzfristig wird der Mieter in aller Regel keine Deckung für seine Forderung erhalten, da grundsätzlich sämtliches verwertbare Vermögen, das der Vermieter im Zeitpunkt der Konkursöffnung hat oder das ihm bis zum Abschluss des Konkursverfahrens zufällt, in die Konkursmasse fällt (Art. 197 SchKG) und damit dem Zugriff des Mieters entzogen ist.

Aus praktischer Sicht sind die Chancen des Mieters, für seine Forderung volle Deckung zu erhalten, bei Masseschulden recht gross, bei Konkursforderungen relativ gering und bei Forderungen gegen den konkursiten Vermieter sehr gering (ist der Vermieter eine juristische Person, so sind die Chancen gleich Null).

II. Auswirkungen der Konkursöffnung über den Vermieter auf den Bestand des Mietvertrages – Überblick

A. Kein gesetzliches Auflösungs- oder Kündigungsrecht

Die Konkursöffnung über den Vermieter stellt keinen allgemeinen gesetzlichen Auflösungs- oder Kündigungsgrund für die vom Gemeinschuldner abgeschlossenen Mietverträge dar. Der Bestand des Mietvertrages wird somit durch die Konkursöffnung⁶ über den Vermieter nicht unmittelbar tangiert⁷.

B. Vertragliches Rücktritts- oder Kündigungsrecht

Den Parteien steht es aufgrund der Vertragsfreiheit offen, vertraglich vorzusehen, dass der Mietvertrag automatisch mit Eröffnung des Konkurses (oder eines vorangehenden Ereignisses) über eine Vertragspartei aufgelöst wird (automatische Vertragsauflösung). Für dieselben Tatbestände (Konkursöffnung oder Eintritt eines vorangehenden Ereignisses) kann den Parteien (oder der nicht-konkursiten Partei) auch ein Kündigungsrecht eingeräumt werden (optionale Vertragsauflösung; Potestativbedingung).

Solche Abreden gelten auch im Konkurs (oder im Nachlassverfahren) über den Vermieter. Namentlich steht ihnen Art. 211 Abs. 2 SchKG, welcher der Konkursverwaltung das Recht einräumt, in noch nicht erfüllte Verträge einzutreten und diese zu erfüllen, nicht entgegen. Bei dieser Norm handelt es sich um eine verfahrensrechtliche Bestimmung⁸. Sie kann daher die materiell-rechtliche Lage, wie sie die Parteien

⁴ Es steht der Weg der Betreuung auf Pfändung oder Pfandverwertung offen.

⁵ Dem Vermieter steht die Einrede des fehlenden neuen Vermögens (Art. 265 Abs. 2, Art. 265a Abs. 1 SchKG) nicht offen; diese Einrede kann nur in Bezug auf Konkursforderungen erhoben werden.

⁶ Zur Auswirkung der *Verwertung* des Mietobjektes auf den Bestand des Mietvertrages vgl. unten IV.C.

⁷ JOLANTA KREN, Konkursöffnung und schuldrechtliche Verträge, Bern 1989, 47; LOUIS DALLÈVES, Schuldbetreibung und Konkurs, Die Wirkung des Konkurses auf die Verträge, SJK Nr. 1003a, 13; ROLF PETER, Zweiseitige Verträge im Konkurs, Diss. Zürich 1955, 57.

⁸ FRANCOIS RAYROUX, Neuere Aspekte der Vertragsgestaltung bei derivativen Finanzinstrumenten, SZW 1996, 14; PHILIPP WEYDMANN, Zweiseitige Verträge im Konkurs einer Vertragspartei, Diss. Zürich 1958, 26; ERNST BRAND, SJK Nr. 1003a, Wirkungen auf nicht erfüllte Verträge, 7; TOM HÄUSLER, Die vertraglichen Grundlagen im Bereich des Handels mit derivativen Finanzinstrumenten, Zürich 1996, 292; URS BERTSCHINGER, Rechtsprobleme des Securities Lending and Borrowing, Bd. I: Grundlagen und Analyse der Geschäftsformen, Zürich 1994, 126; DANIEL GIRSBERGER, Grenzüberschreitendes Finanzierungsleasing, Zürich 1997, 320 ff.; MARTIN HESS/ALEXANDER WYSS, Die rechtlichen Grundlagen des Netting, unter besonderer

vorgängig vertraglich festgelegt haben, nicht ändern⁹. Art. 211 Abs. 2 SchKG ändert nichts daran, dass sich die Konkursverwaltung – paulianische Tatbestände (Art. 285 ff. SchKG) vorbehalten – den Mietvertrag so entgegenhalten lassen muss, wie er im Zeitpunkt der Konkurseröffnung besteht¹⁰, d.h. mit der vertraglichen Bestimmung, welche die automatische oder optionale Vertragsauflösung vorsieht.

C. Rücktrittsrecht des Mieters gemäss Art. 83 OR

Ist bei einem zweiseitigen Vertrag der eine Teil in Konkurs geraten und wird durch diese Verschlechterung der Vermögenslage der Anspruch des anderen gefährdet, so kann dieser seine Leistung so lange zurückhalten, bis ihm die Gegenleistung sichergestellt wird (Art. 83 Abs. 1 OR). Wird er innerhalb einer angemessenen Frist auf sein Begehren nicht sichergestellt, kann er vom Vertrag zurücktreten¹¹ (Art. 83 Abs. 2 OR). In welchen Fällen Art. 83 OR auch im Konkurs über den Vermieter Anwendung findet, wird nachfolgend am jeweiligen Ort aufgezeigt¹².

III. Konkurseröffnung über den Vermieter vor Übergabe der Mietsache

A. Rücktritt gemäss Art. 83 OR

Fällt der Vermieter in Konkurs, bevor dem Mieter die Mietsache übergeben worden ist, kann der Mieter seinen Anspruch auf Besitzverschaffung an der und auf Gebrauchsüberlassung in Bezug auf die Mietsache nicht real durchsetzen¹³. Obschon die Gefährdung des Mieters nicht auf einer "Verschlechterung der Vermögenslage" des Vermieters beruht (Art. 83 Abs. 1 OR), sondern durch die Konkurseröffnung und die damit verbundene Umwandlung von Realerfüllungs- in Schadenersatzansprüche bewirkt wird (Art. 211 Abs. 1 SchKG), kann der Mieter gleichsam nach Art. 83 OR vorgehen¹⁴. Dies gilt unabhängig davon, ob er vorleistungspflichtig ist oder nicht¹⁵.

B. Realerfüllungsanspruch des Mieters

1. Realerfüllungsanspruch gegen die Konkursmasse

a. Beim *nicht* im Grundbuch vorgemerkten Mietvertrag

Fällt der Vermieter nach Abschluss des nicht im Grundbuch vorgemerkten Mietvertrages aber *vor* Übergabe der Mietsache an den Mieter in Konkurs, kann der Mieter von der Konkursmasse *keine* Realerfüllung des Mietvertrages und damit auch nicht die Übergabe der Mietsache verlangen. Es steht ihm lediglich ein Schadenersatzan-

Berücksichtigung des Close-out Netting (Art. 211 Abs. 2bis SchKG), AJP 1997, 1224; BGE 104 III 90.

⁹ WEYDMANN (Fn 8), 35.

¹⁰ Vgl. ZK-SCHMID, Art. 266 aOR N 6 für den Konkurs des Mieters; vgl. auch ausserhalb des Mietrechts: CARL JAEGER, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3. A., Zürich 1911, Art. 211 SchKG N 5; KREN (Fn 7), 94 f.; RAYROUX (Fn 8), 14; DIETER ZOBL/THOMAS WERLEN, Rechtsprobleme des bilateralen Netting, Zürich 1994, 77 ff.; DIES., 1992 ISDA-Master Agreement unter besonderer Berücksichtigung der Swapgeschäfte, Zürich 1995, 95 ff.; WEYDMANN (Fn 8), 35; EMILIE TAILLENS, Des Effets de la faillite sur les contrats du débiteur, Diss. Lausanne 1950, 59 ff.

¹¹ Für Dauerverträge wie den Mietvertrag gilt die Besonderheit, dass sich das Rücktrittsrecht in ein Kündigungsrecht umwandelt, mit dessen Ausübung der Vertrag *ex nunc* aufgelöst wird. Die gilt jedoch nur, wenn sich der Dauervertrag schon im Erfüllungsstadium befindet (ZK-SCHRANER, Art. 83 OR N 43; PETER GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, Freiburg 1968, 97 f.).

¹² Vgl. III.A und IV.A.

¹³ Vgl. unten III.B.1.

¹⁴ KREN (Fn 7), 48; a.M. PETER (Fn 7), 57.

¹⁵ Vgl. ZK-SCHRANER, Art. 83 OR N 21; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 5. A., Zürich 1991, Rz 2250 und 2256; BGE 105 II 31 ff.

spruch aus Nichterfüllung zu (Art. 211 Abs. 1 SchKG). Der Schadenersatzanspruch aus Nichterfüllung ist wie der zugrunde liegende Erfüllungsanspruch vor Konkursöffnung entstanden. Der Schadenersatzanspruch kann daher als *Konkursforderung* geltend gemacht werden¹⁶.

Wird der Mietvertrag dem Erwerber bei der Verwertung überbunden, kann der Mieter seinen Erfüllungsanspruch dem Erwerber gegenüber geltend machen¹⁷. Aufgrund dessen kann der Mieter in zeitlicher Hinsicht im Konkursverfahren *Schadenersatz* nur bis zur Verwertung der Mietsache geltend machen. Vorbehalten bleiben Schadenersatzansprüche des Mieters bei Ausübung des ausserordentlichen Kündigungsrechts durch den neuen Eigentümer (Art. 261 Abs. 2 und 3 OR)¹⁸, welche der Mieter im Konkursverfahren zusätzlich als Konkursforderungen geltend machen kann.

b. Beim im Grundbuch vorgemerkten Mietvertrag

Anders verhält es sich, wenn der *Mietvertrag* an einem Grundstück vor Konkursöffnung *im Grundbuch vorgemerkt* worden ist (Art. 959 ZGB): Die Vormerkung bewirkt, dass jeder neue Eigentümer dem Mieter gestatten muss, das Grundstück entsprechend dem Mietvertrag zu gebrauchen (Art. 261b Abs. 2 OR). Es entsteht mit der Vormerkung eine Realobligation¹⁹. Obwohl die Eigentümerstellung mit der Konkursöffnung über den Vermieter nicht ändert, bewirkt die realobligatorische Wirkung der Vormerkung, dass Art. 211 Abs. 1 SchKG nicht zur Anwendung kommt und der Mieter seinen Anspruch auf Besitzverschaffung und Gebrauchsüberlassung in Bezug auf die Mietsache (Art. 256 Abs. 2 OR) der Konkursmasse gegenüber *realiter durchsetzen* kann. Dass im Grundbuch vorgemerkte persönliche Rechte nicht gemäss Art. 211 Abs. 1 SchKG in Geldforderungen umgewandelt werden, ergibt sich auch aus Art. 45 Abs. 1 lit. a VZG, welche Norm bestimmt, dass das Grundstück mit allen nach dem Lastenverzeichnis darauf haftenden Belastungen, insbesondere vorgemerkten persönlichen Rechten, versteigert wird.

2. Realerfüllungsanspruch gegen den Erwerber der Mietsache

Art. 211 Abs. 1 SchKG bewirkt keine Auflösung des Mietvertrages und stellt auch keinen Kündigungsgrund dar. Diese Bestimmung bewirkt die Umwandlung des Erfüllungs- in einen Schadenersatzanspruch²⁰. Diese Wirkung besteht jedoch nur für die Dauer, da der Mietvertrag mit dem konkursiten Vermieter aufrecht erhalten bleibt.

Ist der Mietvertrag im Grundbuch vorgemerkt (Art. 261b OR) oder tritt die Konkursverwaltung gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG in den Mietvertrag ein, welcher dem Erwerber bei der Verwertung der Mietsache ausdrücklich überbunden wird, gehen die Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag auf den neuen Eigentümer über²¹. Damit entfallen mit der Verwertung die Wirkungen von Art. 211 Abs. 1 SchKG und der Mieter kann – sofern der Mietvertrag in der Zwischenzeit nicht gemäss Art. 83 Abs. 2 OR²² oder ordentlich gekündigt worden ist – vom neuen Eigentümer Realerfüllung verlangen.

C. Übergang des Mietvertrages auf den Erwerber

Art. 261 Abs. 1 OR, wonach der Mietvertrag von Gesetzes wegen mit Übertragung des Eigentums an der Mietsache auf den Erwerber übergeht, findet keine Anwen-

¹⁶ JAEGER (Fn 10), Art. 211 SchKG N 5b; PETER (Fn 7), 58; ZK-SCHMID, Art. 259 aOR N 39; ZK-HIGI, Art. 261–261a OR N 68; KREN (Fn 7), 47 f.; HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER, *Schuldbetreibung und Konkurs*, Bd. II, Zürich 1993, § 42 Rz 17; AMONN/GASSER (Fn 2), § 42 Rz 33.

¹⁷ Vgl. unten III.C.

¹⁸ Vgl. dazu unten IV.C.2.

¹⁹ ZK-HIGI, Art. 261b OR N 13; MARTIN USTERI/KURT BRUNNER/RAOUL FUTTERLIEB/BEAT ROHRER/JEAN-PIERRE TSCHUDI, *Schweizerisches Mietrecht, Kommentar*, Zürich 1991 (nachfolgend zitiert: SVIT-K), Art. 261b OR N 4.

²⁰ Vgl. oben III.A.

²¹ Vgl. unten IV.C.2.

²² Vgl. dazu III.A.

dung, wenn dem Mieter die Mietsache im Zeitpunkt der Eigentumsübertragung noch nicht übergeben worden ist²³. Tritt die Konkursverwaltung gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG in den Mietvertrag ein und übergibt sie dem Mieter die Mietsache, kommt Art. 261 OR wiederum zur Anwendung²⁴. Dasselbe gilt, wenn der Mietvertrag im Grundbuch vorgemerkt ist (Art. 261b OR), so dass der Mieter von der Konkursverwaltung die Realerfüllung (Besitzesübergabe und Gebrauchsüberlassung) verlangen kann.

Handelt es sich um einen nicht im Grundbuch vorgemerkten Mietvertrag und tritt die Konkursverwaltung auch nicht in den Mietvertrag ein, kommt Art. 261 OR nicht zur Anwendung, da dem Mieter die Mietsache bis zu deren Verwertung nicht übergeben wird. Diesfalls wird der Mietvertrag – wenn er im Zeitpunkt der Verwertung der Mietsache noch besteht – nur auf den Erwerber übertragen, sofern die Konkursverwaltung dem Erwerber den Mietvertrag bei der Verwertung (in den Steigerungsbedingungen oder in der Freihandverkaufsverfügung) ausdrücklich überbindet (VZG 50)²⁵.

IV. Konkursöffnung über den Vermieter *nach* Übergabe der Mietsache

A. Keine Anwendung von Art. 83 OR

Art. 83 OR kommt nur zur Anwendung, wenn die Ansprüche des Mieters durch den Konkurs des Vermieters gefährdet werden. Für den Mieter ist vorab sein Anspruch auf Gebrauchsüberlassung von Bedeutung. Fällt der Vermieter nach Übergabe der Mietsache an den Mieter in Konkurs, hat letzterer der Konkursmasse des Vermieters gegenüber einen Anspruch auf Realerfüllung²⁶. Zudem geht das Mietverhältnis mit der Eigentumsübertragung an der Mietsache bei der Verwertung ex lege auf den Erwerber über (Art. 261 Abs. 1 OR)²⁷. Wenn der Mietvertrag an einer unbeweglichen Sache im Grundbuch vorgemerkt ist (Art. 261b OR) oder wenn dem Erwerber der Mietvertrag im Rahmen der Verwertung (in den Steigerungsbedingungen oder in der Freihandverkaufsverfügung) überbunden wird²⁸, kann der Erwerber auch nicht von seinem ausserordentlichen Kündigungsrecht (Art. 261 Abs. 2 OR) Gebrauch machen, so dass der Anspruch des Mieters auch durch die Verwertung der Mietsache nicht gefährdet ist.

Obschon im Zeitpunkt der Konkursöffnung über den Vermieter noch nicht klar ist, ob die Konkursverwaltung dem Erwerber bei der Verwertung der Mietsache den Mietvertrag überbinden wird, stellt die Konkursöffnung über den Vermieter als solche keine Gefährdung des Anspruchs des Mieters dar. Er kann daher den Mietvertrag nicht gemäss Art. 83 OR kündigen²⁹.

B. Realerfüllungsanspruch des Mieters

Fällt der Vermieter nach Übergabe der Mietsache in Konkurs, muss die Konkursverwaltung den Mieter im Gebrauch der Sache belassen³⁰ und die mietvertraglichen Pflichten des konkursiten Vermieters erfüllen³¹. Art. 211 Abs. 1 SchKG, wonach Forderungen gegen den Gemeinschuldner, welche nicht eine Geldzahlung zum Gegenstand haben, in Geldforderungen umgewandelt werden, findet keine Anwen-

²³ ZK-HIGI, Art. 261–261a OR N 12 f.; THEO GUHL/HANS MERZ/ALFRED KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. A., Zürich 1991, 389; BasK-ZIHLMANN, Art. 261 OR N 5.

²⁴ Vgl. dazu im Einzelnen unten IV.C.

²⁵ Vgl. unten IV.C.2.

²⁶ Vgl. unten IV.B.

²⁷ Vgl. dazu im Einzelnen unten IV.C.1.

²⁸ Vgl. dazu unten IV.C.2.

²⁹ A.M. KREN (Fn 7), 49; dies jedoch noch zum alten Mietrecht.

³⁰ KREN (Fn 7), 49.

³¹ JAEGER (Fn 10), Art. 211 SchKG N 5b; ZK-SCHMID, Art. 259 aOR N 41 und 43; ZK-HIGI, Art. 261–261a OR N 65.

dung³². Dies gilt unabhängig davon, ob der Mietvertrag im Grundbuch vorgemerkt ist oder nicht. Die Mietzinsforderungen, welche nach Konkurseröffnung entstehen, sind Masseforderungen³³.

C. Übergang des Mietvertrages auf den Erwerber mit Verwertung der Mietsache

Wird dem Vermieter die Mietsache nach Abschluss des Mietvertrages und *nach* Übergabe der Mietsache an den Mieter³⁴ in einem Schuldbetreibungs- oder Konkursverfahren entzogen, so geht das Mietverhältnis mit dem Eigentum an der Sache auf den Erwerber über (Art. 261 Abs. 1 OR).

1. Übergang des Mietvertrages

Mit dem *Entzug* der Mietsache ist deren Zwangsverwertung gemeint³⁵. Es spielt keine Rolle, ob der Entzug im Rahmen einer Betreibung auf Pfändung oder Pfandverwertung, im Konkurs- oder im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung erfolgt³⁶. Wie die Verwertung erfolgt, bestimmt das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht. In sämtlichen genannten Verfahren kann die Verwertung der Mietsache (bewegliche Sachen oder Grundstücke) durch Zwangsversteigerung (Art. 125, Art. 133 ff., Art. 156 Abs. 1, Art. 256, Art. 322 ff. SchKG) oder Freihandverkauf erfolgen (Art. 130, Art. 143b, Art. 156 Abs. 1, Art. 256, Art. 322 ff. SchKG). Es spielt sodann auch keine Rolle, ob der Mietvertrag vor oder nach Begründung eines Grundpfandrechts abgeschlossen wurde³⁷.

Der Übergang des Mietvertrages erfolgt im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs³⁸. Bei der Versteigerung ist unbestrittenermassen der *Zuschlag* massgeblich (Art. 656 Abs. 2 ZGB; Art. 66 VZG)³⁹. Beim Freihandverkauf geht das Bundesgericht und die (noch) herrschende Lehre immer noch davon aus, dass ein zivilrechtliches Verfügungsgeschäft (Besitzverschaffung bei Fahrnis, konstitutiver Grundbucheintrag bei Grundstücken) notwendig ist⁴⁰. Die neuere Lehre hält zurecht dafür, das Eigentum beim Freihandverkauf gehe unabhängig vom zivilrechtlichen Verfügungsgeschäft mit *Erläss der Freihandverkaufsverfügung* auf den Erwerber über⁴¹.

Der Übergang des Mietvertrages auf den Erwerber der Mietsache ist vor allem von Bedeutung, wenn es sich um einen befristeten oder um einen unbefristeten Mietvertrag mit vertraglich verlängerten Kündigungsfristen handelt. Ansonsten kann

³² AMONN/GASSER (Fn 2), § 42 Rz 33; a.M. PETER (Fn 7), 57 f.

³³ JAEGER (Fn 10), Art. 211 SchKG N 5b.

³⁴ ZK-HIGI, Art. 261–261a OR N 12 f. und 65; GUHL/MERZ/KOLLER (Fn 23), 389; BasK-ZIHLMANN, Art. 261 OR N 5.

³⁵ ZK-HIGI, Art. 261–261a OR N 63; ZK-SCHMID, Art. 259 aOR N 40; SVIT-K (Fn 19), Art. 261–261a OR N 7.

³⁶ Vgl. ZK-HIGI, Art. 261–261a OR N 63; SVIT-K (Fn 19), Art. 261–261a OR N 7.

³⁷ Vorausgesetzt, der gesetzliche Übergang des Mietvertrags, der erst nach Errichtung eines Grundpfandrechts abgeschlossen worden ist, ist nicht Gegenstand eines Doppelaufufes (vgl. unten IV.D.).

³⁸ GUHL/MERZ/KOLLER (Fn 23), 390; ZK-HIGI, Art. 261–261a OR N 63; DAVID LACHAT/DANIEL STOLL, *Das neue Mietrecht für die Praxis*, Zürich 1991, 319.

³⁹ FRITZSCHE/WALDER I (Fn 16), § 30 Rz 15; ZK-HIGI, Art. 261–261a OR N 64.

⁴⁰ BK-MEIER-HAYOZ, Art. 657 ZGB N 102; KURT AMONN, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, 5. A., Bern 1993, § 47 Rz 20; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, Lausanne 1993, 344; ANTOINE FAVRE, *Droit des poursuites*, 3. A., Freiburg 1974, 225; HEINZ REY, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum*, Bern 1991, Kap. 6 Rz 1345, Rz 1665; BGE 112 II 110, 106 III 85; ZBGR 1996, 384.

⁴¹ FRANCO LORANDI, *Der Freihandverkauf im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, Diss. St. Gallen 1994, 110 ff.; DOMINIK GASSER, *Revidiertes SchKG – Hinweise auf kritische Punkte*, ZBJV 1996, 644; AMONN/GASSER (Fn 2), § 28 Rz 75; MARKUS HÄUSERMANN, *Freihandverkauf von Immobilien im revidierten SchKG*, ST 1995, 513 ff.; DERS., *Freihandverkauf im Umbruch, Insolvenz- und Wirtschaftsrecht* 1998, 8; ZK-HAAB/SCHERRER/SIMONIUS/ZOBL, Art. 656 ZGB N 65; PETER LIVER, *Das Eigentum*, in: SPR V/1, Basel 1977, 157 f.; SJZ 1939, 68 Nr. 45; ZBGR 1996, 408; *Insolvenz- und Wirtschaftsrecht* 1998, 34 ff.

der Erwerber, nachdem er Eigentum an der Mietsache erlangt hat bzw. bei Grundstücken nachdem er im Grundbuch eingetragen ist⁴², den Mietvertrag unter Beachtung der vertraglichen Kündigungsfristen kündigen.

2. Ausserordentliches Kündigungsrecht des neuen Eigentümers

Die Folgen des Übergangs des Mietvertrages auf den Erwerber von Gesetzes wegen wird insofern gemildert, als der neue Eigentümer bei Wohn- und Geschäftsräumen das Mietverhältnis mit der gesetzlichen Frist auf den nächsten gesetzlichen Termin kündigen kann, sofern er dringenden Eigenbedarf für sich, nahe Verwandte oder Verschwägte geltend machen kann (Art. 261 Abs. 2 lit. a OR). Bei einer anderen Sache kann der neue Eigentümer mit der gesetzlichen Frist kündigen, wenn der Vertrag keine frühere Auflösung ermöglicht (Art. 261 Abs. 2 lit. b OR)⁴³.

Wird das Mietverhältnis dem Erwerber nicht durch die Steigerungsbedingungen überbunden, so wird der konkursite Vermieter (nicht aber der neue Eigentümer) schadenersatzpflichtig, wenn der neue Eigentümer von seinem ausserordentlichen Kündigungsrecht Gebrauch macht (Art. 261 Abs. 2 und 3 OR). Obwohl die *Schadenersatzforderung* erst durch die ausserordentliche Kündigung des neuen Eigentümers und damit erst nach Konkurseröffnung über den Vermieter entsteht, handelt es sich dabei um eine *Konkursforderung*⁴⁴ und nicht um eine Masseschuld⁴⁵. Die Konkursforderung kann bis zum Schluss des Konkursverfahrens geltend gemacht werden (Art. 251 SchKG).

Die Konkursverwaltung kann und soll Schadenersatzansprüche des Mieters verhindern, indem sie dem Erwerber *das Mietverhältnis* (durch die Steigerungsbedingungen oder in der Freihandverkaufsverfügung) *überbindet* (Art. 50 VZG⁴⁶). Damit kann der Erwerber sein ausserordentliches Kündigungsrecht gemäss Art. 261 Abs. 2 OR nicht mehr ausüben⁴⁷.

Das ausserordentliche Kündigungsrecht des Erwerbers ist auch ohne Überbindung des Mietvertrages in den Steigerungsbedingungen ausgeschlossen, wenn der *Mietvertrag im Grundbuch vorgemerkt* ist (Art. 261b OR)⁴⁸.

D. Doppelaufwurf zur Verhinderung des gesetzlichen Übergangs des Mietverhältnisses

1. Zulässigkeit des Doppelaufwurfs

Der Grundpfandgläubiger kann innert zehn Tagen nach Zustellung des Lastenverzeichnisses den Aufruf sowohl mit als auch ohne Last verlangen, wenn ein Grundstück nach Errichtung des Grundpfandrechtes und ohne Zustimmung des Grundpfandgläubigers mit einer Dienstbarkeit, Grundlast oder einem vorgemerkten persön-

⁴² ZK-HIGI, Art. 261–261a OR N 31; LACHAT/STOLL (Fn 38), 320 f.; SVIT-K (Fn 19), Art. 261–261a OR N 10; BGE 118 II 120 (= mp 1993 23 ff.), 108 II 190.

⁴³ Zu Einzelheiten vgl. ZK-HIGI, Art. 261–261a OR N 33 ff.; SVIT-K (Fn 19), Art. 261–261a OR N 19 ff.

⁴⁴ ZK-HIGI, Art. 261–261a OR N 66; ZK-SCHMID, Art. 259 aOR N 42; KREN (Fn 7), 49; DALLÈVES (Fn 7), 13; BGE 41 III 231, 32 I 380; vgl. auch JAEGER (Fn 10), Art. 211 SchKG N 5b.

⁴⁵ PETER (Fn 7), 58 f.; MAX GULDENER, in: FRITZSCHE/WALDER II (Fn 16), 161.

⁴⁶ Obwohl diese Regelung in der VZG vorgesehen ist, welche nur für die Verwertung von Grundstücken gilt (Art. 1 Abs. 1 VZG), kommt sie für Fahrnis analog zur Anwendung.

⁴⁷ Vgl. LACHAT/STOLL (Fn 38), 321; PIERRE WESSNER, Die allgemeinen Bestimmungen des neuen Mietrechts, mp 1991, 123; BASK-WEBER/ZIHLMANN, Art. 261 OR N 8; PETER ZIHLMANN, Das neue Mietrecht, Zürich 1990, 82 f.; JEAN GUINAND/PIERRE WESSNER, SJK Nr. 360, Miete IV, 3 f., alle in Bezug auf vertragliche Abreden zwischen dem alten Vermieter und dem neuen Eigentümer.

⁴⁸ ZIHLMANN (Fn 47), 83; GUINAND/WESSNER (Fn 47), 4; ZK-HIGI, Art. 261b OR N 14; SVIT-K (Fn 19), Art. 261b OR N 8; LACHAT/STOLL (Fn 38), 321; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. A., Bern 1992, 173.

lichen Recht belastet ist und sich der Vorrang des Pfandrechts aus dem Lastenverzeichnis⁴⁹ ergibt (Art. 812 Abs. 2 ZGB; Art. 142 Abs. 1 SchKG).

Es stellt sich die Frage, ob der Grundpfandgläubiger bei der Zwangsverwertung auch in Bezug auf den gesetzlichen Übergang des Mietverhältnisses auf den Erwerber den Doppelaufwurf verlangen kann und was bejahendenfalls die Wirkungen eines solchen Doppelaufwurfs sind. In der Lehre und kantonalen Rechtsprechung sind die Meinungen geteilt⁵⁰. Das Bundesgericht hat die Frage kürzlich im Sinne der Mehrheitsmeinung entschieden⁵¹. Obwohl sich der Entscheid auf Art. 14 des Bundesgesetzes über die landwirtschaftliche Pacht (LPG) bezog, kann er unverändert auch auf das Mietrecht übertragen werden, entspricht die Regelung von Art. 14 LPG doch im wesentlichen Art. 261 Abs. 1 OR. Es gilt daher folgendes: Ist ein Mietvertrag nach Entstehung eines Grundpfandrechts eingegangen oder im Grundbuch vorgemerkt worden, kann der Grundpfandgläubiger in *analoger* Anwendung von Art. 812 ZGB, Art. 142 SchKG und den Art. 56 und 104 VZG den doppelten Aufruf des Grundstückes verlangen⁵².

2. Gegenstand und Wirkungen des Doppelaufwurfs

Der doppelte Aufruf kann sich – nach Wahl des berechtigten Grundpfandgläubigers – auf die Vormerkung des Mietvertrages im Grundbuch (Art. 261b OR) oder auf den gesetzlichen Übergang des Mietverhältnisses auf den Erwerber überhaupt (Art. 261 Abs. 1 OR) beziehen, sofern der Mietvertrag nach Begründung des Grundpfandrechts abgeschlossen bzw. nachher im Grundbuch vorgemerkt worden ist. Die Wirkungen der Verwertung des Mietobjektes beim zweiten Aufruf sind unterschiedlich:

Bezieht sich der Doppelaufwurf nur auf die *Vormerkung*, so wird diese mit der Verwertung beim zweiten Aufruf beseitigt (Art. 56 lit. b VZG). Der Mietvertrag geht gleichsam von Gesetzes wegen auf den Erwerber über. Dieser kann aber von der ausserordentlichen Kündigungsmöglichkeit gemäss Art. 261 Abs. 2 OR (wieder) Gebrauch machen, sofern ihm der Mietvertrag in den Steigerungsbedingungen nicht überbunden worden ist⁵³.

Bezieht sich der Doppelaufwurf dagegen auf den *gesetzlichen Übergang des* (vorgemerkten oder nicht vorgemerkten) *Mietverhältnisses*, so geht dieses, wenn der Zuschlag auf den zweiten Aufruf erfolgt, nicht auf den Erwerber über (Art. 56 lit. b VZG analog). Das Mietverhältnis fällt jedoch nicht etwa dahin⁵⁴. Entgegen der Ansicht eines Autors muss der Erwerber das Mietverhältnis auch nicht (mit der gesetzlichen Kündigungsfrist von drei Monaten auf das Ende eines Monats) kündigen⁵⁵. Geht nämlich das Mietverhältnis (entgegen Art. 261 Abs. 1 OR) nicht von Gesetzes wegen auf den Erwerber über, so besteht es mit dem bisherigen Vermieter (dem Gemeinschuldner) weiter. Erfolgt die Verwertung im Konkurs, richten sich die nach Konkurseröffnung entstandenen *Forderungen* des Mieters *gegen den Gemeinschuldner persönlich*; es liegen weder Konkursforderungen noch Masseschulden vor. Der

⁴⁹ Für den Fall, dass sich der Vorrang des Pfandrechts nicht aus dem Lastenverzeichnis ergibt, vgl. Art. 142 Abs. 2 SchKG.

⁵⁰ Für die Anwendbarkeit des Doppelaufwurfs: CLAUDE MONNIER, *Bevorzugte Mieter?*, *Insolvenz- und Wirtschaftsrecht* 1998, 23 f.; URS HESS-ODONI, *Der Doppelaufwurf 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 général des droits réels*, *Bern* 1993, 98 ff.; PIERRE TERCIER/PASCAL PICHONNAZ, *Bemerkungen zum Entscheid des Freiburger Kantonsgerichts vom 28. November 1994*, *FZR* 1995, 29 ff.; *Freiburger Zeitschrift für Recht (FZR)* 1995, 23 ff.; gegen die Anwendbarkeit: INGRID JENT-SØRENSEN, *Das neue Mietrecht und seine zwangsvollstreckungsrechtlichen Konsequenzen*, *SJZ* 1991, 410 ff.; DANIEL STAEHELIN, *Zehn Fallen für Grundpfandgläubiger in der Zwangsvollstreckung*, *AJP* 1998, 369; JÜRGEN BRÖNNIMANN, *Zwangsvollstreckungsrechtliche Risiken bei Grundpfandrediten*, *Berner Bankrechtstag, Theorie und Praxis der Grundpfandredite*, *Bern* 1996, 157; *ZBGR* 1995, 94 ff.

⁵¹ BGE 124 III 38 (= mp 1998 84 ff.).

⁵² BGE 124 III 40 (= mp 1998 84 ff.).

⁵³ Vgl. oben IV.C.2.

⁵⁴ So aber HESS-ODONI (Fn 50), 150; zutreffend BRÖNNIMANN (Fn 50), 157.

⁵⁵ So MONNIER (Fn 50), 24.

Erwerber muss keine Kündigung vornehmen. Er erwirbt die Mietsache unbelastet und kann den Mieter ausweisen lassen⁵⁶.

3. Verfahren

Der Doppelaufruf richtet sich im Regelfall gegen eine Eintragung (Dienstbarkeit, Grundlast) oder eine Vormerkung persönlicher Rechte (Art. 959 ZGB) im Grundbuch. Der Mietvertrag als solcher ist jedoch weder im Grundbuch eingetragen noch vorgemerkt. Dem vom Doppelaufruf allenfalls gefährdeten Mieter muss die Möglichkeit offen stehen, den Vorrang des Grundpfandrechts zu bestreiten. Dies hat im Lastenbereinigungsverfahren zu erfolgen (Art. 250 SchKG). Da die Lastenbereinigung nur in Bezug auf solche Lasten erfolgen kann, welche im Lastenverzeichnis aufgeführt sind, muss der Mietvertrag (auch wenn er nicht im Grundbuch vorgemerkt ist) unter Zuweisung eines Ranges für den Vertrag (und allenfalls eines separaten Ranges für die Vormerkung im Grundbuch) ins *Lastenverzeichnis* aufgenommen werden⁵⁷. Dies geschieht mit Vorteil unter der Rubrik "c) Andere Lasten"⁵⁸.

Das Konkursamt ist sodann verpflichtet, den berechtigten Grundpfandgläubiger mit der Spezialanzeige darauf aufmerksam zu machen, dass er in Bezug auf einen bestehenden Mietvertrag den doppelten Aufruf verlangen kann (Art. 104 VZG analog).

Muss ein doppelter Aufruf statt finden, muss der Steigerungsleiter vor Beginn der Steigerung den Beteiligten davon Kenntnis geben (Art. 56 VZG Ingress). Er hat dabei klar zu machen, welches die Wirkungen (Wegfall der Vormerkung im Grundbuch oder Unterbleiben des gesetzlichen Übergangs des Mietvertrages) des erfolgreichen Zuschlags beim zweiten Aufruf sind. Der Ausschluss des gesetzlichen Übergangs des Mietverhältnisses erfolgt somit 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 Mietvertrag bewirkt die Verwertung beim zweiten Aufruf, unabhängig davon, ob er sich nur auf die Vormerkung oder auf den gesetzlichen Übergang des Mietverhältnisses richtete, in jedem Fall die Löschung der Vormerkung im Grundbuch. Die Parteien des Mietvertrages können sich gegen die betriebsrechtliche Verfügung mit Beschwerde (Art. 17 ff. SchKG) wehren. V. Vertragserfüllung durch die Konkursverwaltung

Die Konkursverwaltung kann in den Mietvertrag eintreten und diesen erfüllen (Art. 211 Abs. 2 SchKG). Dies ist unabhängig davon möglich, ob dem Mieter die Mietsache im Zeitpunkt der Konkurseröffnung schon übergeben worden ist oder nicht. Die Konkursverwaltung wird den Eintritt insbesondere dann erklären, wenn sie sich die Mietzinse bis zur Verwertung sichern will. Erklärt die Konkursverwaltung, den Mietvertrag zu erfüllen, kann der Mieter von der Konkursmasse die Realerfüllung verlangen; es findet keine Umwandlung der Forderungen des Mieters in eine Geldforderung (Art. 211 Abs. SchKG) statt. Allfällige Forderungen des Mieters aus dem Mietvertrag werden damit zu *Masseschulden*⁵⁹.

Sofern der Mietvertrag nicht im Grundbuch vorgemerkt ist (Art. 261b OR), tut die Konkursverwaltung gut daran, dem Erwerber im Rahmen der Zwangsverwertung (Steigerung oder Freihandverkauf) den Mietvertrag zu überbinden (Art. 50 VZG). Unterlässt sie dies und macht der neue Eigentümer von seinem ausserordentlichen Kündigungsrecht gemäss Art. 261 Abs. 2 OR Gebrauch, ist die daraus resultierende Schadenersatzforderung des Mieters (Art. 261 Abs. 3 OR) als *Masseschuld* zu behandeln⁶⁰. Hat der Mieter von der Konkursmasse aufgrund ihres Eintretens in den

⁵⁶ Insofern zutreffend MONNIER (Fn 50), 24.

⁵⁷ BRÖNNIMANN (Fn 50), 157.

⁵⁸ Vgl. Form. VZG 9 K.

⁵⁹ KREN (Fn 7), 47; PETER (Fn 7), 58; vgl. unten vor Fn 3.

⁶⁰ PETER (Fn 7), 58; ZK-SCHMID, Art. 259 aOR N 40; ZK-HIGI, Art. 261–261a OR N 68; a.M. KREN (Fn 7), 47 f., wonach es sich nur um eine Konkursforderung handeln soll, da die aus der Nichterfüllung des Mietvertrages durch die Konkursverwaltung resultierende Schadenersatzforderung keine "Erfüllung" mehr i.S.v. Art. 211 Abs. 2 SchKG sei.

Mietvertrag eine Sicherheitsleistung verlangt (Art. 211 Abs. 2 Satz 2 SchKG), kann er diese zur Deckung seines Schadenersatzanspruches verwenden⁶¹.

	Konkurseröffnung vor Übergabe der Mietsache an den Mieter	Konkurseröffnung nach Übergabe der Mietsache an den Mieter
OR 83	Mieter kann nach OR 83 vorgehen	Mieter kann <i>nicht</i> nach OR 83 vorgehen
Realerfüllungsanspruch des Mieters (SchKG 211 I)	Grundsatz: Mieter hat <i>keinen</i> Realerfüllungsanspruch gegen die Konkursmasse Umwandlung in eine Geldforderung gemäss SchKG 211 I Ausnahmen: <ul style="list-style-type: none"> • Mietvertrag ist im Grundbuch vorgemerkt (OR 261b) • Konkursverwaltung tritt gemäss SchKG 211 II in den Mietvertrag ein 	Mieter hat einen Realerfüllungsanspruch gegen die Konkursmasse <i>Keine</i> Umwandlung in eine Geldforderung gemäss SchKG 211 I
Übergang des Mietvertrages auf den Erwerber	Grundsatz: <i>Kein</i> gesetzlicher Übergang des Mietvertrages gemäss OR 261 I Ausnahmen: <ul style="list-style-type: none"> • Mietvertrag ist im Grundbuch vorgemerkt (OR 261b): OR 261 I • Konkursverwaltung tritt gemäss SchKG 211 II in den Mietvertrag ein: OR 261 I • Überbindung des Mietvertrages auf den Erwerber (VZG 50) 	Gesetzlicher Übergang des Mietvertrages gemäss OR 261 I

⁶¹ ZK-SCHMID, Art. 259 aOR N 40; ZK-HIGI, Art. 261–261a OR N 68.