



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Thomas Sprecher

Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VIII

Immobilien und Insolvenz



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Thomas Sprecher

Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VIII

Immobilien und Insolvenz

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2017
ISBN 978-3-7255-7713-2

www.schulthess.com

Inhaltsübersicht

Die Rolle des Grundbuchs in der Insolvenz	7
<i>Prof. Dr. iur. Roland Pfäffli, Notar, Thun, Titularprofessor an der Universität Freiburg, Konsulent bei Von Graffenried Recht, Bern</i>	
Das Bauhandwerkerpfandrecht im Konkurs	49
<i>Dr. iur. Christoph Thurnherr, Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, Partner bei Eichenberger Blöchlinger & Partner, Baden, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich</i>	
Eigentümer im Konkurs des Mieters, Mieter im Konkurs des Eigentümers	89
<i>lic. iur. Andreas F. Vögeli, Rechtsanwalt, MScRE (CUREM), FRICS, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, Partner bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich</i>	
Erste Praxiserfahrungen mit der Nachlassstundung ohne Bekanntmachung	107
<i>Peter Dauwalder, Head of Restructuring and Head of Markets, Partner bei KPMG AG, Zürich, und Alessandro Farsaci, CFA, Senior Manager Restructuring, KPMG AG, Zürich</i>	
Die Sanierung von Immobiliengesellschaften	135
<i>lic. iur. Georg J. Wohl, Rechtsanwalt, LL.M., Senior Associate bei Baur Hürlimann AG, Zürich</i>	
Immobilienfonds in der Insolvenz	167
<i>Dr. iur. Bertrand G. Schott, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich, und Nina Bremi, MLaw, LL.M., Junior Associate bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich</i>	
Miteigentum, Stockwerkeigentum, Gesamteigentum an Immobilien – Konkursrechtliche Aspekte	201
<i>Dr. iur. Benedict F. Christ, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Vischer AG, Zürich</i>	

Der Fall einer Ikone – Ein Resort im Konkurs

217

*Rolf W. Rüegg, Leiter Commercial Real Estate, Credit Suisse
(Schweiz) AG, Zürich, und
Peter Mathis, Leiter Special Credit Solutions SME Schweiz, Credit
Suisse (Schweiz) AG, Zürich*

Eigentümer im Konkurs des Mieters, Mieter im Konkurs des Eigentümers

Andreas F. Vögeli*

Inhalt

I.	Mieterkonkurs	90
1.	Allgemeines	90
a)	Wirkungen der Konkursöffnung	90
b)	Qualifizierung der Forderung	90
2.	Konkursöffnung <i>vor</i> der Übernahme des Mietobjekts	93
3.	Konkursöffnung <i>nach</i> der Übernahme des Mietobjekts	94
a)	Offene Forderungen, die vor der Konkursöffnung entstanden sind	94
b)	Offene Forderungen, die nach der Konkursöffnung entstanden sind	95
4.	Das Retentionsrecht	98
5.	Weitere Möglichkeiten	100
a)	Mietzinsdepot, Bankgarantie	100
b)	Vertragsbeendigung, ordentliche Kündigung	101
c)	Kündigung im Nachlassverfahren	101
d)	Stellen eines Nachmieters	102
II.	Vermieterkonkurs	102
1.	Allgemeines	102
2.	Konkursöffnung vor der Übernahme des Mietobjekts	102
3.	Konkursöffnung nach der Übernahme des Mietobjekts	103
4.	Der Doppelaufruf	104
5.	Das Aussonderungsrecht des Mieters	106

* Ein besonderer Dank gebührt Frau MLaw Cynthia Oggenfuss, Rechtsanwältin, für die Mithilfe bei dieser Publikation.

I. Mieterkonkurs

1. Allgemeines

a) *Wirkungen der Konkursöffnung*

Die Konkursöffnung über den Mieter führt nicht von Gesetzes wegen zu einer Vertragsauflösung. Mietverträge laufen daher vorerst unverändert weiter und sind durch die Konkursöffnung nicht unmittelbar tangiert. Dies ist selbst dann so, wenn der Konkurs über eine juristische Person oder über einen ausgeschlagenen Nachlass eröffnet wird.¹ Dennoch hat bereits die Konkursöffnung einschneidende Wirkung für den Mieter, da er mit der Konkursöffnung die Verfügungsfähigkeit über seine Vermögenswerte verliert, welche nun unter den Konkursbeschlagnahme fallen (Art. 204 SchKG).² Anders ist es demgegenüber beim Konkurs des Pächters, wo das Pachtverhältnis bei Konkursöffnung endet (Art. 297a OR).³

Bei juristischen Personen ist die Konkursöffnung überdies der Anfang vom Ende, da diese mit der Konkursöffnung in ein Liquidationsstadium treten und nach Abschluss des Konkursverfahrens im Handelsregister gelöscht werden.

Die Rechtsfolgen des Konkurses des Mieters sind ferner unterschiedlich, je nachdem, ob der Mieter die Mietsache bereits übernommen hat oder nicht.

b) *Qualifizierung der Forderung*

Eine wichtige Unterscheidung, die für alle nachfolgend behandelten Situationen gilt, ist folgende:

Alle *vor* der Konkursöffnung aufgelaufenen Mietzinsforderungen sind Konkursforderungen dritter Klasse (Art. 219 Abs. 4 Dritte Klasse SchKG), unabhängig davon, ob der Schuldner eine natürliche oder juristische Person

¹ BSK-WEBER, Art. 266h OR, N 1.

² BSK-WOHLFART/MEYER, Art. 204 SchKG, N 3.

³ Weiterführend SVIT-Komm., Art. 266h OR, N 6.

ist. Kann der Vermieter ein gesetzliches oder vertragliches Pfandrecht geltend machen, ist die Konkursforderung pfandversichert und wird privilegiert behandelt (Art. 219 Abs. 1 und 2 SchKG).⁴

Seit dem 1. Januar 2014 hält der neu in Kraft getretene Art. 211a Abs. 1 SchKG fest, dass zusätzlich zu den vor Konkurseröffnung aufgelaufenen Mietzinsforderungen auch die Mietzinsforderungen ab Konkurseröffnung höchstens bis zum nächsten möglichen Kündigungstermin oder bis zum Ende der Vertragsdauer bei befristeten Mietverträgen als Konkursforderungen geltend gemacht werden können.⁵

Mit dieser Regelung wurde eine in der Praxis bestehende Unsicherheit bezüglich nach Konkurseröffnung entstandener Forderungen aus Mietverhältnissen, die weder von einer Partei gekündigt wurden noch bei denen ein Vertragseintritt erfolgte, beseitigt.⁶ Art. 211a Abs. 1 SchKG stellt sodann klar, dass sich der Vermieter allfällige Vorteile, die er für diese Dauer erlangt hat, anrechnen lassen muss.⁷

Mietzinsforderungen, die nach Ablauf der in Art. 211a Abs. 1 SchKG statuierten Dauer entstehen, richten sich grundsätzlich gegen den Mieter persönlich bzw. sind keine Konkursforderungen und wären bei der Kollokation abzuweisen.⁸

Entscheidet sich die Konkursverwaltung, in den Mietvertrag einzutreten, gelten nach Art. 211a Abs. 2 SchKG alle tatsächlich in Anspruch genommenen Mietzinsforderungen, die nach Konkurseröffnung entstanden sind, als Masseverbindlichkeiten.

⁴ SVIT-Komm., Art. 266h OR, N 22.

⁵ MIGUEL SOGO, Zahlungsunfähigkeit im Vertragsverhältnis, Zürich 2015, 239.

⁶ LORANDI FRANCO, Dauerschuldverhältnisse im neuen Sanierungsrecht, AJP 2014, 294 ff., 300.

⁷ Vgl. auch Botschaft des Bundesrates vom 8. September 2010 zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht), BBl 2010, 6455 ff., 6474.

⁸ LORANDI, AJP 2014 (FN 6), 299, 300.

Ob dem Vermieter eine Masseschuld, eine Konkursforderung oder eine Forderung gegen den konkursiten Mieter persönlich zusteht, ist für den Vermieter von grosser Bedeutung.

Masseschulden werden vorab aus dem Verwertungserlös bezahlt, noch bevor die Konkursgläubiger befriedigt werden.⁹ Aus diesem Grund stehen die Chancen des Vermieters gut, dass seine Forderungen vollständig gedeckt werden.

Im Gegensatz dazu hängt die Deckung der Forderung bei *Konkursforderung* von den vorhandenen Aktiven des Mieters nach Deckung der soeben erwähnten Masseschulden (und Massekosten) ab. Hinzu kommt, dass die Konkursforderung, sofern kein Konkursprivileg geltend gemacht werden kann, nur in der dritten Klasse eingegeben werden kann. Nebst den Masseschulden werden also zuerst die Forderungen der Erst- und Zweitklassgläubiger gedeckt.¹⁰ Die Chancen auf volle Deckung sind demnach bei Konkursforderung geringer als bei Masseschulden.

Die *persönlichen Forderungen* gegen den Mieter werden im Konkursverfahren nicht berücksichtigt und sind daher in der Regel im Zeitpunkt der Konkurseröffnung nicht einbringlich, da sämtliches verwertbares Vermögen des Mieters unter Konkursbeschlagnahme liegt und dem Zugriff des Vermieters entzogen ist.¹¹ Solche Forderungen sind daher ausserhalb des Konkurses vorzunehmen, wobei der Vermieter nur auf die konkursfreien Aktiven des Mieters greifen kann (z.B. den Arbeiterwerb)¹² oder zuwarten muss, bis der Mieter nach dem Konkursverfahren wieder zu Geld kommt. Handelt es sich beim Mieter um eine juristische Person, ist es höchst unwahrscheinlich, dass solche Forderungen des Vermieters gedeckt werden.

⁹ AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, § 48 N 2 ff.

¹⁰ BSK-LORANDI, Art. 219 SchKG, N 317 f.

¹¹ LORANDI FRANCO, Mietverträge im Konkurs des Mieters, mp1/98, 1 ff., 2.

¹² KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 2. Aufl., Zürich 2014, N 1231.

2. Konkureröffnung vor der Übernahme des Mietobjekts

Wird der Konkurs über den Mieter nach Abschluss des Mietvertrags aber vor Übergabe des Mietobjekts eröffnet, ist *ausschliesslich* Art. 83 OR anwendbar.¹³

Danach kann der Vermieter die Übergabe des Mietobjekts zurückbehalten, bis ihm der Mieter Sicherheit für die künftigen Mietzinse leistet (Art. 83 Abs. 1 OR). Bei befristeten Mietverhältnissen kann der Vermieter Sicherheit für alle während der Mietdauer anfallenden Mietzinsen verlangen. Bei unbefristeten Mietverhältnissen hingegen kann nur Sicherheit für die bis zum nächsten gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungstermin anfallenden Mietzinsen verlangt werden.¹⁴

Die geforderte Sicherheit kann auf unterschiedliche Art geleistet werden. In Frage kommen Pfandbestellung, Bankgarantie, Bürgschaft, Sicherungsübertragung, Sicherungszession, Hinterlegung etc.¹⁵ Wichtig ist, dass der Schuldner über diese Vermögenswerte verfügen darf, was oftmals nicht der Fall ist, da sämtliche Vermögenswerte des Schuldners nach der Konkureröffnung dem Konkursbeschluss unterliegen. Denkbar ist aber auch, dass ein Dritter die Sicherheit leistet: Entscheidend ist ihre Werthaltigkeit. Zweifelt der Vermieter an der Werthaltigkeit der angebotenen Sicherheit oder ist für deren Einlösung mit einem unzumutbaren Aufwand zu rechnen, ist er berechtigt, die Sicherheit abzulehnen.¹⁶

Wenn keine oder nur ungenügende Sicherstellung innert der vom Vermieter angesetzten Frist erfolgt, kann er nach Art. 83 Abs. 2 OR vom Mietvertrag zurücktreten.¹⁷ Grundsätzlich tritt die Auflösung *ex tunc* ein, und der Vermieter kann die Übergabe des Mietobjekts zurückbehalten. Die Frage nach der Natur des Rückabwicklungsanspruchs ist gemäss heutiger Praxis offen.

¹³ BSK-WEBER, Art. 266h OR, N 2; SVIT-Komm., Art. 266h OR, N 7; SPIRIG IRÈNE, in: LACHAT et al. (Hrsg.), Mietrecht für die Praxis, 9. Aufl., Zürich 2016, 738.

¹⁴ SVIT-Komm., Art. 266h OR, N 7.

¹⁵ BSK-WEBER, Art. 266h OR, N 7; SVIT-Komm., Art. 266h OR, N 14.

¹⁶ SVIT-Komm., Art. 266h OR, N 14.

¹⁷ In der Regel dürfte eine Frist von 1-2 Wochen angemessen sein, vgl. auch SVIT-Komm., Art. 266h OR, N 8; SPIRIG (FN 13), 738; ZK-HIGI, Art. 266h OR, N 56.

Schadenersatzansprüche gegen den Mieter stehen dem Vermieter jedenfalls keine zu.¹⁸

Der Vermieter muss die Frist nebst dem Mieter auch der Konkursverwaltung ansetzen, da auch sie die Sicherheit leisten oder in den Vertrag eintreten kann (Art. 211 Abs. 2 SchKG). Ein Rücktritt des Vermieters ist daher nur möglich, wenn die Konkursverwaltung sich gegen die Sicherheitsleistung und den Vertragseintritt entscheidet.¹⁹

Wird die verlangte Sicherheit vom Mieter oder von einem Dritten geleistet, ist der Vermieter an den Mietvertrag gebunden und muss die Mietsache dem Mieter übergeben.²⁰

3. Konkursöffnung *nach* der Übernahme des Mietobjekts

Im Konkurs des Mieters *nach* Übernahme des Mietobjektes kann der Vermieter nicht mehr nach Art. 83 OR vorgehen, und es ist zwischen offenen Forderungen aus dem Mietverhältnis, die *vor* der Konkursöffnung und solchen, die *nach* der Konkursöffnung entstanden sind, zu unterscheiden.

a) *Offene Forderungen, die vor der Konkursöffnung entstanden sind*

Unbezahlte Mietzinse, welche *vor* der Konkursöffnung entstanden sind, gelten als Zahlungsrückstand des Mieters und können gestützt auf Art. 257d OR eingefordert werden.²¹

Der Vermieter kann dem Mieter schriftlich eine Zahlungsfrist ansetzen unter der Androhung, dass das Mietverhältnis bei unbenutztem Fristablauf gekündigt wird.²² Handelt es sich beim Mietobjekt um eine Familienwohnung, so ist die Fristansetzung auch dem Ehegatten bzw. dem eingetragenen Partner

¹⁸ BSK-LEU, Art. 83 OR, N 4.

¹⁹ SVIT-Komm., Art. 266h OR, N 7, 12.

²⁰ SPIRIG (FN 13), 738 f.

²¹ SPIRIG (FN 13), 738.

²² Die Kündigung hat unter Einhaltung einer mindestens 30-tägigen Frist auf das Ende eines Monats zu erfolgen, vgl. SVIT-Komm., Art. 257d OR, N 27.

des Mieters zuzustellen, unabhängig davon, ob diese selbst Mieter sind. Der Konkursverwaltung ist die Fristansetzung ebenfalls mitzuteilen.²³

Im Zusammenhang mit der Fristansetzung ist ferner zu beachten, dass die herrschende Praxis von einem *modifizierten Zugangsprinzip* ausgeht. D.h. der Zugang eines eingeschriebenen Briefs wird aus Gründen der Rechtssicherheit, in Abweichung von den allgemeinen Regeln, erst nach Ablauf der 7-tägigen Abholfrist (d.h. ab der ersten Abholeinladung) fingiert.²⁴

Bei fristgerechter Zahlung durch den Mieter, Dritte oder die Konkursverwaltung, bei ausbleibender Kündigung durch den Vermieter oder wenn der Vermieter dem Mieter keine Frist ansetzt, dauert das Mietverhältnis fort.²⁵

Zahlt der Mieter nicht innert der angesetzten Frist, so kann der Vermieter die Kündigung auf das Ende eines Monats unter Einhaltung einer Frist von mindestens 30 Tagen aussprechen. Die Kündigung muss mittels amtlichen Formulars erfolgen und ist dem Ehegatten bzw. dem eingetragenen Partner des Mieters separat zuzustellen.²⁶

b) Offene Forderungen, die nach der Konkurseröffnung entstanden sind

Für Mietzinse, welche *nach* der Konkurseröffnung fällig werden, kann der Vermieter *Sicherheit* verlangen (Art. 266h Abs. 1 OR).

Der Vermieter muss dem Mieter *und* der Konkursverwaltung schriftlich (im Sinne einer Gültigkeitsvoraussetzung) eine angemessene Frist zur Leistung von Sicherheit für künftige Mietzinsen ansetzen, da die Auflösung des Mietverhältnisses gemäss Art. 266h OR sowohl durch den Mieter als auch die Konkursverwaltung verhindert werden kann.²⁷

Die angesetzte Frist muss angemessen sein (in der Regel 1-2 Wochen), wobei eine zu kurz bemessene Frist nicht unwirksam ist, sondern in eine ange-

²³ SVIT-Komm., Art. 257d OR, N 31; BSK-WEBER, Art. 257d OR, N 4.

²⁴ BSK-WEBER, Art. 257d OR, N 5; SVIT-Komm., Art. 257d OR, N 28.

²⁵ SVIT-Komm., Art. 257d OR, N 33 f.

²⁶ BSK-WEBER, Art. 257d OR, N 8; SPIRIG (FN 13), 714.

²⁷ BSK-WEBER, Art. 266h OR, N 4; SPIRIG (FN 13), 739.

messene umgedeutet wird.²⁸ Im Falle einer Familienwohnung wird die Zustimmung der Fristansetzung analog Art. 266n OR an den Ehegatten des Mieters separat verlangt, damit dieser allenfalls die Sicherheit leisten kann.²⁹

Die Fristansetzung ist während der ganzen Dauer des Konkursverfahrens möglich und geht erst mit Abschluss des Konkursverfahrens über den Mieter unter (dieser kann auch durch Einstellung mangels Aktiven herbeigeführt werden). Während dieser Dauer verwirkt das Recht nicht, denn der Vermieter ist von Gesetzes wegen nicht verpflichtet, die Fristansetzung unmittelbar nach der Konkursöffnung vorzunehmen.³⁰

Die geforderte Sicherheit kann auch hier auf unterschiedliche Art geleistet werden: Pfandbestellung, Bankgarantie, Sicherheitsübereignung, Sicherungszession, Hinterlegung, etc. Verfügt der Vermieter von Geschäftsräumlichkeiten jedoch bereits über ein hinreichendes Retentionsrecht nach Art. 268 ff. OR, kann er keine weitere Sicherheit verlangen. Das Eintreten der Konkursverwaltung in den Mietvertrag wird der Leistung einer Sicherheit gleichgestellt, da damit die künftigen Mietzinsforderungen zu Masseschulden werden.³¹

Der Vermieter kann vom Schuldner, als auch von einem Dritten oder der Konkursverwaltung Auskunft über die Herkunft der Sicherheit verlangen, um so der Gefahr entgehen zu können, eine Sicherheit zu erhalten, welche an die Konkursverwaltung auszuliefern ist. Wird dem Vermieter die Auskunft verweigert, so darf dieser nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass keine genügende Sicherheit geleistet wurde. Falsche Auskünfte eines Dritten gegenüber dem Vermieter können zudem zu einem ausservertraglichen Schadenersatzanspruch führen, wenn der Vermieter im Vertrauen auf die Auskunft eine Sicherheit angenommen hat und dabei geschädigt wurde.³²

Wird die Sicherheit von der *Konkursverwaltung* geleistet, gilt dies in der Regel als *konkludenter Eintritt* in den Mietvertrag gemäss Art. 211 Abs. 2

²⁸ ZK-HIGI, Art. 266h OR, N 56; SVIT-Komm., Art. 266h OR, N 12.

²⁹ SPIRIG (FN 13), 739.

³⁰ ZK-HIGI, Art. 266h OR, N 47; LORANDI, mp1/98 (FN 11), 7.

³¹ BSK-WEBER, Art. 266h OR, N 7.

³² ZK-HIGI, Art. 266h OR, N 67.

SchKG. Dies hat zur Konsequenz, dass Mietzinse, die nach der Konkursöffnung entstanden sind und von der Konkursverwaltung tatsächlich in Anspruch genommen worden sind, als Masseverbindlichkeiten gelten, die vorab aus dem Konkurserlös befriedigt werden (Art. 211a Abs. 2 SchKG). Die vor der Konkursöffnung fällig gewordenen Mietzinse hingegen verbleiben Konkursforderungen der dritten Klasse und werden somit nicht vorab aus dem Konkurserlös beglichen.³³

Eine Sicherheitsleistung bzw. der Eintritt der Konkursverwaltung in das Mietverhältnis dürfte in der Praxis nur selten vorkommen. Aus Sicht der Konkursverwaltung macht dies letztlich nur dann Sinn, wenn es zur Fortführung des Geschäfts des Gemeinschuldners zwingend notwendig ist, interessante Kündigungsmöglichkeiten bestehen oder die bereits bestehenden Forderungen des Vermieters nicht allzu hoch sind.

Leistet weder der Mieter noch die Konkursverwaltung genügende Sicherheit innert der vom Vermieter angesetzten Frist, kann der Vermieter dem Mieter *fristlos kündigen* (Art. 266h Abs. 2 OR). Wartet der Vermieter mit der Kündigung des Mietvertrags zu, nachdem die Frist abgelaufen ist, und nimmt er weiterhin die Mietzinszahlungen entgegen, kann daraus unter Umständen abgeleitet werden, er habe auf die Auflösung des Mietverhältnisses verzichtet und infolge dessen sein Kündigungsrecht verwirkt.³⁴

Die Kündigung ist fristlos, und es müssen daher auch bei Wohn- und Geschäftsräumen keine Kündigungsfrist und kein Kündigungstermin eingehalten werden. Zudem ist eine Erstreckung des Mietverhältnisses nach Art. 272a Abs. 1 lit. c OR bei Kündigung aufgrund Konkurses ausgeschlossen.³⁵ Bei Wohn- und Geschäftsräumen muss die Kündigung schriftlich und unter Verwendung des vom Kanton genehmigten Formulars (Art. 266l Abs. 2 OR) eingereicht werden. Handelt es sich um eine Familienwohnung, ist die Kündigung auch dem Ehegatten des Mieters zuzustellen.³⁶

³³ REBSAMEN, Immobilienrecht im revidierten SchKG, SJZ 110/2014, 149 ff., 151 f.; BSK-SCHWOB, Art. 211 SchKG, N 11; BGer 4C.252/2005 vom 6. Februar 2006.

³⁴ SVIT-Komm., Art. 266h OR, N 18.

³⁵ BSK-WEBER, Art. 266h OR, N 10.

³⁶ SPIRIG (FN 13), 714.

Die Kündigung begründet einen Anspruch des Vermieters auf Rückgabe des Mietobjekts (Art. 266 OR). Dieser Anspruch richtet sich gegen den konkursiten Mieter persönlich.³⁷ Es handelt sich somit weder um eine Konkursforderung noch um eine Masseschuld. Adressat der Kündigung ist entweder der Mieter oder die Konkursverwaltung, falls diese in den Vertrag eingetreten ist.³⁸

Obwohl die Konkursmasse mit Abschluss des Konkursverfahrens nicht mehr existiert, fällt der Mietvertrag bei Abschluss des Konkursverfahrens nicht dahin. Die Konkursverwaltung oder der Vermieter müssen um die rechtzeitige Kündigung des Mietvertrags besorgt sein.³⁹

Ohne Fristansetzung des Vermieters wird das Mietverhältnis mit dem Mieter weitergeführt. Dies könnte dann der Fall sein, wenn der Vermieter beim Wohnungsmieter auf neuen Arbeiterwerb oder der Geschäftsraumvermieter aufgrund seines Retentionsrechts auf einen genügend hohen Erlös aus der Verwertung der Retentionsgegenstände hofft.

4. Das Retentionsrecht

Der Vermieter sowie der Verpächter von Geschäftsräumen haben ein Retentionsrecht an den beweglichen Sachen, die sich in den vermieteten bzw. verpachteten Räumen befinden und zu deren Einrichtung oder Benutzung gehören,⁴⁰ wobei der Begriff des Geschäftsraumes vom Bundesgericht weit ausgelegt wird, so dass nicht zwingend die Elemente einer gewinnbringenden Tätigkeit oder hauptberuflichen Nutzung vorliegen müssen.⁴¹

Gemäss Praxis umfasst das Retentionsrecht alle verwertbaren beweglichen Sachen, die mittelbar oder unmittelbar zur (geschäftlichen) Einrichtung oder Benutzung der Mietsache gehören. Kompetenzstücke i.S.v. Art. 92 SchKG

³⁷ SPIRIG (FN 13), 741.

³⁸ ZK-HIGI, Art. 266h OR, N 74 f.

³⁹ LORANDI, mp1/98 (FN 11), 11 f.

⁴⁰ Art. 268, Art. 268a und Art. 268b OR für den Vermieter; Art. 299c OR für den Verpächter.

⁴¹ BGE 113 II 413 ff.

sind ausgeschlossen. Das Retentionsrecht kann für einen verfallenen Jahreszins und den laufenden Halbjahreszins geltend gemacht werden.⁴² Anders bei der Pacht, wonach der ganze laufende Jahreszins geltend gemacht werden kann (Art. 299c OR).

Um das Retentionsrecht im Konkurs des Mieters geltend zu machen, muss der Vermieter der Geschäftsräume gemäss Art. 283 SchKG die Aufnahme des *Retentionsverzeichnisses* durch das Betreibungsamt des Ortes, wo sich die Mieträume befinden, verlangen. Das Betreibungsamt darf die Aufnahme des Retentionsrechts nur verweigern, wenn das Retentionsrecht ohne Zweifel nicht besteht.⁴³

Die Aufnahme des Retentionsverzeichnisses bewirkt die Verfügungsbeschränkung für den Mieter, indem sie feststellt, welche Gegenstände konkret dem Retentionsbeschluss unterliegen. Das bedeutet, dass der Mieter die entsprechenden Gegenstände zwar noch benutzen, aber unter Straffolge (Art. 145 und 169 StGB) nicht mehr über sie verfügen darf.⁴⁴

Das Retentionsrecht des Vermieters ist ein „atypisches“ gesetzliches Pfandrecht im weiteren Sinne und wird im Rahmen der Betreuung auf Pfandverwertung (Art. 151 ff. SchKG) wie ein Faustpfand behandelt. Im Gegensatz zum Retentionsrecht nach Art. 884 Abs. 1 ZGB und Art. 895 Abs. 1 ZGB wird der Besitz des Gläubigers, vorliegend also des Vermieters, an den Retentionsgegenständen nicht vorausgesetzt. Die Retentionsgegenstände bleiben im Gewahrsam des Mieters.⁴⁵

Die Mietzinsforderungen werden somit im Umfang des Retentionsrechts als Konkursforderung behandelt. Besonders vorteilhaft ist, dass die Forderung des Vermieters, soweit sie durch das Retentionsgut gedeckt wird, in der konkursamtlichen Verwertung als pfandgesicherte Forderung privilegiert wird

⁴² BSK-WEBER, Art. 268-286b OR, N 3 f., 9.

⁴³ SVIT-Komm., Art. 268-268b OR, N 15; BSK-WEBER, Art. 268-268b OR, N 11 f.

⁴⁴ SVIT-Komm., Art. 268-268b OR, N 20.

⁴⁵ BSK-SCHNYDER/WIEDE, Art. 283 SchKG, N 7 f.; SVIT-Komm., Art. 268-268b OR, N 3.

(Art. 219 Abs. 1 SchKG). Der Vermieter wird also vorab aus dem Erlös der Retentionsgegenstände befriedigt.⁴⁶

5. Weitere Möglichkeiten

Um den Vermieter im Konkurs des Mieters vor einem Verlust der Mietzinsforderungen zu schützen, kann die Errichtung eines Mietzinsdepots, der Abschluss einer Bankgarantie oder die Möglichkeit der Vertragsbeendigung bei Eröffnung des Konkurses über eine Vertragspartei vereinbart werden.

a) *Mietzinsdepot, Bankgarantie*

Bei Errichtung eines *Mietzinsdepots* hinterlegt der Mieter einen bestimmten Geldbetrag oder Wertpapiere bei einer Bank. Bei der Miete von Wohnräumen darf der Vermieter nach Art. 257e Abs. 2 OR höchstens drei Monatszinse als Sicherheit verlangen. Herausgegeben wird die Sicherheit von der Bank nur mit Zustimmung beider Parteien oder gestützt auf einen rechtskräftigen Zahlungsbefehl, ein rechtskräftiges Urteil oder eine qualifizierte Untätigkeit des Vermieters. Der Vermieter hat im Konkurs des Mieters gestützt auf Art. 198 und 219 SchKG das Recht auf Vorausbefriedigung aus dem Erlös der Sicherheit.⁴⁷

Bei der *Bankgarantie* hingegen verpflichtet sich die Bank zur Bezahlung des Mietzinses für den Fall, dass der Mieter seinen Verpflichtungen nicht nachkommt. Es findet also eine Haftung einer Drittperson statt. Auf diese Form der Sicherheit ist Art. 257e OR nicht anwendbar.⁴⁸ Die Bankgarantie ist für den Vermieter besser, da diese während des Konkurses des Mieters ohne Weiteres die Zahlung garantiert.

⁴⁶ REBSAMEN (FN 33), 153.

⁴⁷ WYTENBACH MARKUS, in: LACHAT et al. (Hrsg.), Mietrecht für die Praxis, 9. Aufl., Zürich 2016, 375; BSK-WEBER, Art. 257e OR, N 3 ff.

⁴⁸ WYTENBACH (FN 47), 369.

b) *Vertragsbeendigung, ordentliche Kündigung*

Die Parteien können im Mietvertrag vereinbaren, dass bei Konkursöffnung das Vertragsverhältnis *automatisch aufgelöst* wird oder dass den Parteien (oder zumindest einer Partei) das Recht zusteht, das Mietverhältnis aufzulösen (*Kündigungsrecht*). Solche vertraglichen Vereinbarungen unter den Parteien gelten auch im Konkurs.⁴⁹ Die Parteien können den Mietvertrag zudem *jederzeit ordentlich kündigen*.⁵⁰

c) *Kündigung im Nachlassverfahren*

Auch während der Nachlassstundung kann der Mietvertrag ordentlich gekündigt werden. Die daraus resultierenden Forderungen sind *Nachlassforderungen* und keine Masseverbindlichkeiten.⁵¹ Seit der Revision des Sanierungsrechts kann der Schuldner neu nach *Art. 297a SchKG* mit Zustimmung des Sachwalters Mietverträge auf einen beliebigen Zeitpunkt hin vorzeitig beenden.

Diese *ausserordentliche Kündigung* ist jedoch nur zulässig, sofern andernfalls der Sanierungszweck des Mieters vereitelt würde und die Gegenpartei entschädigt wird. Die Entschädigung gilt als Nachlassforderung, sodass sie nur dividendenmässig zu befriedigen ist.⁵² Dies obwohl ansonsten die während der Stundung mit Zustimmung des Sachwalters eingegangenen Verbindlichkeiten als Masseverbindlichkeiten gelten (*Art. 310 Abs. 2 SchKG*).⁵³

⁴⁹ LORANDI, mp1/98 (FN 11), 3.

⁵⁰ LORANDI, AJP 2014 (FN 6), 299; SVIT-Komm., Art. 257d OR, N 11.

⁵¹ LORANDI, AJP 2014 (FN 6), 301.

⁵² BBl 2010, 6488.

⁵³ REBSAMEN (FN 33), 156.

d) *Stellen eines Nachmieters*

Unabhängig vom Konkurs kann sich der Mieter vorzeitig aus dem Mietverhältnis befreien, indem er einen geeigneten Nachmieter stellt (Art. 264 Abs. 1 OR).⁵⁴

II. Vermieterkonkurs

1. Allgemeines

Die Konkurseröffnung über den Vermieter bewirkt ebenfalls *keine Vertragsauflösung* von Gesetzes wegen. Wie beim Mieterkonkurs können die Parteien vertraglich vorsehen, dass im Fall des Vermieterkonkurses das Vertragsverhältnis automatisch aufgelöst wird oder den Parteien das Recht zusteht, das Mietverhältnis aufzulösen. Vorbehalten sind allfällige paulianische Tatbestände.⁵⁵

2. Konkurseröffnung vor der Übernahme des Mietobjekts

Auch bei der Konkurseröffnung über den Vermieter gilt *ausschliesslich Art. 83 OR*, wenn das Mietobjekt noch nicht übergeben worden ist. Der Mieter hat daher *keinen Realerfüllungsanspruch* und kann die Besitzverschaffung nicht einklagen. Es bleibt ihm lediglich der Rücktritt, welcher ebenfalls basierend auf Art. 83 OR erfolgt, sowie ein Schadenersatzanspruch wegen nachträglicher subjektiver Unmöglichkeit, welcher als Forderung gemäss Art. 211 Abs. 1 SchKG in eine Geldforderung umzuwandeln und als Konkursforderung gelten zu machen ist.⁵⁶

Ist der Mietvertrag vor der Konkurseröffnung indes im Grundbuch *vorge-merkt* worden (Art. 261b OR; Art. 959 ZGB), muss jeder neue Eigentümer

⁵⁴ REBSAMEN (FN 33), 152.

⁵⁵ LORANDI FRANCO, Mietverträge im Konkurs des Vermieters, mp 3/98, 111 ff., 112 f.

⁵⁶ PIETRUSZAK THOMAS/ZACHARIAE JÖRG, Der Schutz des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen in der Zwangsverwertung, recht 2000, 41 ff., 53.

dem Mieter gestatten, das Grundstück entsprechend dem Mietvertrag zu gebrauchen.

Damit entsteht eine *Realobligation*,⁵⁷ welche dem Mieter erlaubt, den Anspruch auf Besitzverschaffung und Gebrauchsüberlassung gegenüber der Konkursmasse realiter durchzusetzen. In diesem Fall kommt Art. 211 Abs. 1 SchKG nicht zur Anwendung, sondern die im Grundbuch vorgemerkte Belastung wird mit dem Grundstück versteigert (vgl. Art. 45 Abs. 1 lit. a VZG).⁵⁸

3. Konkureröffnung nach der Übernahme des Mietobjekts

Falls der Vermieter *nach* der Übergabe des Mietobjekts in Konkurs fällt, hat der Mieter einen Anspruch auf *Realerfüllung*, und Art. 83 OR kommt nicht mehr zur Anwendung.⁵⁹

Ferner geht der Mietvertrag gemäss Art. 261 Abs. 1 OR mit der Eigentumsübertragung der Mietsache bei der Verwertung *ex lege* auf den Erwerber über. Es besteht aber seitens des Erwerbers ein *ausserordentliches Kündigungsrecht* bei dringendem Eigenbedarf für sich, nahe Verwandte oder Verschwägte (Art. 261 Abs. 2 OR).⁶⁰ Dringend ist der Eigenbedarf nur dann, wenn der Vermieter unmittelbare, ernsthafte und aktuelle Gründe für eine Selbstnutzung hat. Dabei ist die Dringlichkeit nicht nur zeitlich, sondern durchaus auch sachlich zu verstehen.⁶¹ Dieses ausserordentliche Kündigungsrecht kommt dann nicht zur Anwendung, wenn der Mietvertrag im Grundbuch vorgemerkt⁶² oder dem Erwerber überbunden wurde.⁶³

Kündigt der neue Eigentümer das Mietverhältnis, hat der Mieter einen *Schadenersatzanspruch* gestützt auf Art. 261 Abs. 3 OR gegenüber dem konkursi-

⁵⁷ BSK-FEUZ, Art. 140 SchKG, N 44a; SVIT-Komm., Art. 261b OR, N 3.

⁵⁸ ZK-HIGI, Art. 261-261a OR, N 65 f.

⁵⁹ PIETRUSZAK/ZACHARIAE (FN 56), 53.

⁶⁰ Weiterführend ZK-HIGI, Art. 261-261a OR, N 30.

⁶¹ BSK-WEBER, Art. 261 OR, N 7.

⁶² SVIT-Komm., Art. 261b OR, N 8.

⁶³ LORANDI, mp3/98 (FN 55), 117; ZK-HIGI, Art. 261-261a OR, N 66, 68.

ten Vermieter. Dieser stellt eine *Konkursforderung* (Masseschuld) dar. Die Konkursverwaltung ist selbstverständlich gehalten, solche Schadenersatzansprüche des Mieters zu verhindern, indem sie dem Erwerber das Mietverhältnis überbindet. Hat der Mieter beim Eintritt der Konkursverwaltung eine Sicherheitsleistung verlangt (Art. 211 Abs. 2 Satz 2 SchKG), kann er diese zur Deckung seines Schadenersatzanspruchs verwenden.⁶⁴

Nach Empfang des Konkurserkennnisses hat das Konkursamt die Mieter unter Hinweis der Gefahr der Doppelzahlung aufzufordern, künftig fällig werdende Mietzinse nur noch an das Konkursamt zu zahlen (Art. 124 VZG).

Vor der Konkursöffnung mit dem Vermieter getroffene Vereinbarungen über die Verrechnung von Forderungen fallen sodann automatisch dahin.⁶⁵

4. Der Doppelaufruf

Zur Verhinderung des gesetzlichen Übergangs des Mietvertrags kann der Grundpfandgläubiger *zehn Tage* nach Zustellung des Lastenverzeichnisses den *Aufruf mit oder ohne Last verlangen* (Art. 104 VZG). Voraussetzung ist, dass der Mietvertrag ohne Zustimmung des Grundpfandgläubigers und nach der Errichtung des Grundpfandes im Grundbuch vorgemerkt worden ist. Der Vorrang des Pfandrechts muss sich aus dem Lastenverzeichnis ergeben (Art. 812 Abs. 2 ZGB; Art. 142 Abs. 1 SchKG).⁶⁶

Da die Lasten u.a. aufgrund eines Grundbuchauszuges vom Betreibungsbeamten ermittelt werden, finden vorgemerkte Mietverträge ohne Weiteres Eingang in das Lastenverzeichnis.⁶⁷

Nicht im Grundbuch vorgemerkte langfristige Mietverträge müssen dem Betreibungsamt hingegen innert 20 Tagen nach Kenntnisnahme der Steige-

⁶⁴ ZK-HIGI, Art. 261-261a OR, N 66 ff.

⁶⁵ BSK-STÄUBLI, Art. 213 SchKG, N 18.

⁶⁶ BGE 124 III 37 ff. (mp 1998, 84 ff.).

⁶⁷ JAEGER CARL/WALDER HANS ULRICH/KULL THOMAS M., Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 89-158, 5. Aufl., Zürich 2006, Art. 140 SchKG, N 6.

rungspublikation mitgeteilt werden (Art. 138 Abs. 3 SchKG).⁶⁸ Der Mietvertrag wird dabei unter Zuweisung eines separaten Ranges in das Lastenverzeichnis unter der Rubrik „andere Lasten“ aufgenommen.⁶⁹

Der Mieter muss sodann Kenntnis vom Lastenverzeichnis erlangen, damit er den Vorrang eines Pfandrechtes im Lastenbereinungsverfahren (vgl. Art. 250 SchKG) bestreiten kann. Erhält der Mieter keine Kenntnis, kann er bei der zuständigen Aufsichtsbehörde Beschwerde führen.⁷⁰

Wird der Vorrang des Pfandrechts vom Mieter nicht anerkannt (Art. 142 Abs. 1 und 2 SchKG), muss der Grundpfandgläubiger gegen den Mieter auf Anerkennung klagen.

Kommt es zu einem Doppelaufruf und würde die Vormerkung des Mietvertrags gelöscht, hat der Mieter durch umgehende Zahlung des *Differenzbetrags* an den Pfandgläubiger die Möglichkeit, die Löschung der Vormerkung des Mietvertrags zu verhindern.⁷¹ Damit kann sich der Mieter bei einem vorgemerkten Mietvertrag die Unkündbarkeit durch den Erwerber oder beim nicht vorgemerkten langfristigen Mietvertrag die Beschränkung auf die einmalige Kündigung aus dringendem Eigenbedarf „erkaufen“.⁷²

Findet ein doppelter Aufruf statt, wird der Steigerungsleiter dies vor Beginn der Steigerung allen Beteiligten zur Kenntnis bringen. Er hat auch auf die Wirkungen in Bezug auf den Mietvertrag beim zweiten Aufruf hinzuweisen. So wird ein erfolgreicher doppelter Aufruf des vorgemerkten Mietvertrags nur bewirken, dass die Vormerkung im Grundbuch durch betriebsamtliche Verfügung gelöscht wird (Art. 56 VZG). Um den Mietvertrag auf den nächstmöglichen Kündigungstermin ohne dringenden Eigenbedarf kündigen zu können, müsste ein weiterer, dritter Aufruf erfolgen.⁷³

⁶⁸ BSK-FEUZ, Art. 142 SchKG, N 9b.

⁶⁹ BSK-FEUZ, Art. 140 SchKG, N 91.

⁷⁰ BSK-FEUZ, Art. 140 SchKG, N 122.

⁷¹ BSK-FEUZ, Art. 142 SchKG, N 28.

⁷² BSK-FEUZ, Art. 142 SchKG, N 9a.

⁷³ SPIRIG (FN 13), 655.

5. Das Aussonderungsrecht des Mieters

Im Zusammenhang mit dem Vermieterkonkurs ist darauf hinzuweisen, dass der Mieter ein *Aussonderungsrecht* in Bezug auf die von ihm geleisteten mietrechtlichen Sicherheiten hat. Gemäss Art. 257e OR muss der Vermieter die vom Mieter geleistete Sicherheit auf einem Sparkonto oder Depot, das auf den Namen des Mieters lautet, hinterlegen. Lautet die Sicherheit auf den *Namen des Mieters*, dann wird sie dessen Vermögen zugerechnet und wird daher vom Konkurs des Vermieters nicht berührt.⁷⁴

Anders verhält es sich gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wenn der Vermieter das Mietzinsdepot in gesetzeswidriger Weise *nicht auf einem auf den Mieter lautenden Sparkonto* hinterlegt hat. Dann besteht *kein Aussonderungsrecht*, weil der Vermieter in Folge der *Vermischung* der Gelder deren Eigentümer geworden ist. Der Mieter muss daher seinen Anspruch auf Rückzahlung gegenüber dem Vermieter, dem er das Geld anvertraut hat, geltend machen. Begründet hat dies das Bundesgericht u.a. damit, dass der Mieter berechtigt sei, die gesetzeskonforme Hinterlegung bei der Errichtung des Depots zu verlangen. Immerhin anerkannte das Bundesgericht, dass in diesem Fall künftige Erwerber den Mieter nicht erneut zur Leistung anhalten dürfen, sondern sich mit dem Veräusserer direkt auseinandersetzen müssen.⁷⁵

⁷⁴ BSK-WEBER, Art. 257e OR, N 6.

⁷⁵ BGE 127 III 273 ff.