
mp 1/98 S. 1 ff.

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

Mietverträge im Konkurs des Mieters

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 ausgesprochenem 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 in besonderem Masse für Miet-, Arbeits- und andere Dauerverträge, da diese auf Dauer ausgerichtet sind. Bei ihnen wirkt sich die durch die Konkursöffnung über eine Vertragspartei eintretende Leistungsstörung in aller Regel einschneidend aus. Hinzu kommt, dass juristische Personen mit Konkursöffnung ins Liquidationsstadium treten und nach Abschluss des Konkursverfahrens im Handelsregister gelöscht werden, somit untergehen. Mietverträge mit juristischen Personen als Mieter sind deshalb bei Konkursöffnung über den Mieter in ihrem Bestand gefährdet.

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

B. Konkursforderung, Masseschuld und persönliche Forderung gegen den konkursiten Mieter

An dieser Stelle soll kurz dargestellt werden, was es für den Vermieter bedeutet, ob er eine Konkursforderung, Masseschuld oder eine Forderung gegen den Mieter hat. Eine *Konkursforderung* ist eine Forderung gegen den Konkursiten, welche im Konkurs geltend gemacht werden kann. Da der Vermieter 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 Mieters nach vorgängiger Deckung der Masseverbindlichkeiten (welche sich aus Masseschulden¹ und Massekosten² zusammensetzen; Art. 262 Abs. 1 SchKG) sowie nach Deckung der Erst- und Zweitklassforderungen (Art. 219 Abs. 4 SchKG Erste und Zweite Klasse) ausreichen. Erfahrungsgemäss werden Konkursforderungen dritter Klasse nur zu einem geringen Teil oder gar nicht gedeckt. Anders verhält es sich sofern und soweit der Vermieter das gesetzliche *Retentionsrecht* (Art. 268–268b OR) oder ein vertragliches *Pfandrecht* in Anspruch nehmen kann³. Diesfalls kommt der Erlös der Pfandobjekte bis zum Betrag seiner Forderung dem Vermieter zugute (Art. 219 Abs. 1 SchKG); mit einem allfälligen Pfandausfall wird der Vermieter in die dritte Klasse verwiesen (Art. 219 Abs. 4 SchKG).

¹ Vgl. dazu unten vor Fn 4.

² Masseschulden 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, Bern 1997, § 48 Rz 3).

³ Vgl. dazu auch unten IV.

Masseschulden sind die während des Konkurses zu Lasten der Konkursmasse eingegangenen Verbindlichkeiten, wie etwa Schulden aus der Fortführung des Geschäftsbetriebes des Konkursiten, Steuern oder andere öffentlichrechtliche Abgaben, welche seit Konkurseröffnung entstanden sind, Anwalts- oder Expertenonorare, Schulden in Bezug auf Verträge, in welche die Konkursmasse eingetreten ist (Art. 211 Abs. 2 SchKG)⁴. Masseschulden werden vorab aus dem Verwertungserlös bezahlt, bevor die Konkursforderungen befriedigt werden (Art. 262 Abs. 1 SchKG). Sofern der Vermieter eine Masseschuld geltend machen kann, wird er daher in aller Regel volle Deckung erfahren, es sei denn die Aktiven der Konkursmasse reichen nicht einmal zur Bezahlung der Masseschulden, was jedoch in der Praxis nur sehr selten der Fall ist.

Eine *Forderung gegen den konkursiten Mieter persönlich* kann nicht im Konkursverfahren berücksichtigt werden. Dies bedeutet namentlich, dass der Vermieter keine Befriedigung aus den Konkursaktiven erhält. Der Vermieter muss gegen den konkursiten Mieter persönlich und ausserhalb des Konkurses vorgehen⁵; er muss auf dessen konkursfreie Aktiven greifen (etwa den Arbeitserwerb des konkursiten Mieters) oder warten bis der Mieter nach Abschluss des Konkursverfahrens wieder zu Geld kommt⁶. Zumindest kurzfristig wird der Vermieter in aller Regel keine Deckung für seine Forderung erhalten, da grundsätzlich sämtliches verwertbares Vermögen, das der Mieter im Zeitpunkt der Konkurseröffnung hat oder das ihm bis zum Abschluss des Konkursverfahrens zufällt, in die Konkursmasse fällt (Art. 197 SchKG) und damit dem Zugriff durch den Vermieter entzogen ist.

Aus praktischer Sicht sind die Chancen des Vermieters für seine Forderung volle Deckung zu erhalten bei Masseschulden gross, bei Konkursforderungen (in Abhängigkeit vom Bestand und Umfang eines allfälligen Retentions- oder Pfandrechts) geringer und bei Forderungen gegen den konkursiten Mieter persönlich sehr gering (bei juristischen Personen als Mieter gleich Null).

II. Wirkung der Konkurseröffnung über den Mieter im Überblick

A. Keine Vertragsauflösung von Gesetzes wegen

Zunächst einmal gilt: Die Konkurseröffnung über den Mieter stellt keinen allgemeinen gesetzlichen Auflösungsgrund in Bezug auf die vom Gemeinschuldner abgeschlossenen Mietverträge dar. Der Bestand des Mietvertrages wird somit durch die Konkurseröffnung über den Mieter nicht unmittelbar tangiert.

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

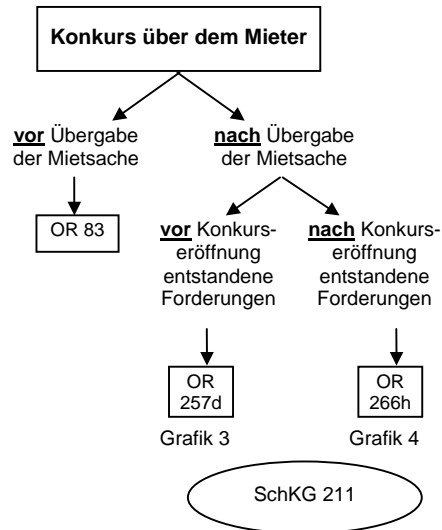
⁵ Es steht der Weg der Betreibung auf Pfändung offen.

⁶ Dem Mieter steht jedoch die Einrede des fehlenden neuen Vermögens (Art. 265 Abs. 2, Art. 265a Abs. 1 SchKG) nicht offen; diese Einrede gilt nur in Bezug auf Konkursforderungen.

B. Rücktritts- oder Kündigungsrecht des Vermieters

1. Gesetzliches Rücktritts- oder Kündigungsrecht des Vermieters

Fällt der Mieter in Konkurs, so gewährt das Mietrecht dem Vermieter je nach Konstellation ein gesetzliches Rücktritts- oder ein ausserordentliches Kündigungsrecht (Art. 83⁷, Art. 257d⁸, Art. 266g, Art. 266h OR⁹):



2. Vertragliches Rücktritts- oder Kündigungsrecht

Den Parteien ist es aufgrund der Vertragsfreiheit unbenommen, im Vertrag vorzusehen, dass der Dauervertrag 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). 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 Bestimmung¹⁰. Sie kann daher die materiell-rechtliche Lage nicht ändern, wie sie die Parteien vorgängig vertraglich festgelegt haben¹¹. 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 Konkursöffnung besteht¹², d.h. mit der vertraglichen Bestimmung, welche die automatische oder optionale Vertragsauflösung vorsieht.

⁷ Vgl. dazu im Einzelnen unten III.A.

⁸ Vgl. dazu im Einzelnen unten III.B.1.

⁹ Vgl. dazu im Einzelnen unten III.B.2.

¹⁰ 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.; BGE 104 III 90.

¹¹ WEYDMANN (Fn 10), 35.

¹² ZK-SCHMID, Art. 266 aOR N 6; vgl. auch ausserhalb des Mietrechts: CARL JAEGER, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3. A., Zürich 1911, Art. 211 SchKG N 5; JOLANTA KREN, Konkursöffnung und schuldrechtliche Verträge, Bern 1989,

III. Wirkung der Konkursöffnung über den Mieter auf den Bestand des Mietvertrages im besonderen

A. Konkurs des Mieters vor Übergabe der Mietsache

Fällt der Mieter vor Übergabe der Mietsache in Konkurs, kommt ausschliesslich Art. 83 OR zur Anwendung¹³. Der Vermieter kann die Übergabe der Mietsache so lange zurückbehalten, bis ihm die Gegenleistung sichergestellt wird (Art. 83 Abs. 1 OR). Das Gesetz gewährt jedoch nur ein Rückbehaltungsrecht, kein Recht auf Sicherheitsleistung¹⁴. Wird die Gegenleistung innerhalb der vom Vermieter angesetzten angemessenen Frist nicht sichergestellt, so kann er vom Vertrag zurücktreten (Art. 83 Abs. 2 OR).

1. Leistung von Sicherheit

Analog Art. 266h OR¹⁵ ist bei Mietverträgen, welche auf bestimmte Dauer abgeschlossen sind, für die gesamte verbleibende Restdauer Sicherheit zu leisten. Bei Mietverträgen, die auf unbestimmte Zeit abgeschlossen worden sind, ist Sicherheit bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin zu leisten.

Die Sicherstellung kann durch Pfandbestellung, Sicherungsübereignung, Sicherungszession, Bürgschaft, Hinterlegung, Bankgarantie etc. erfolgen¹⁶.

Wird die Sicherheit von der Konkursverwaltung geleistet, so gilt dies in aller Regel als Eintritt in den Vertrag gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG, womit die Schuld des konkursiten Mieters zur *Masseschuld* wird. Wird die Sicherheit vom Mieter oder einem Dritten (z.B. dessen Ehegatten) geleistet, kann der Vermieter nicht mehr vom Vertrag zurücktreten. Er kann seine Leistung auch nicht mehr zurückbehalten, sondern muss dem Mieter die Mietsache übergeben. Vor Konkursöffnung entstandene Forderungen des Vermieters sind *Konkursforderungen*, nachher entstandene *Forderungen* richten sich *gegen den konkursiten Mieter persönlich*.

2. Keine Leistung von Sicherheit

Wird innert angemessener Frist¹⁷ gar keine oder nur ungenügende Sicherheit geleistet, kann der Vermieter vom Vertrag zurücktreten (Art. 83 Abs. 2 OR). Bei Dauerschuldverhältnissen wie dem Mietvertrag wirkt der *Rücktritt ex nunc*¹⁸, d.h. nicht rückwirkend, sondern erst für die Zukunft. Der Vermieter kann nach Konkursöffnung über den Mieter jedoch erst vom Vertrag zurücktreten, wenn sich die Konkurs-

94 f.; RAYROUX (Fn 10), 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 10), 35; EMILIE TAILLENS, Des Effets de la faillite sur les contrats du débiteur, Diss. Lausanne 1950, 59 ff.

¹³ PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. A., Zürich 1991, 107; KREN (Fn 12), 50; CHRISTIAN CALAMO, Die missbräuchliche Kündigung der Miete von Wohnräumen, Bern/Stuttgart/Wien 1994, 281; SVIT-K, Art. 266h OR N 2 und N 7 f.; PETER ZIHLMANN, Das neue Mietrecht, Zürich 1990, 99; BASK-WEBER/ZIHLMANN, Art. 266h OR N 2; ZK-HIGI, Art. 266h OR N 13 und N 23; DAVIT LACHAT/DANIEL STOLL, Das neue Mietrecht für die Praxis, Zürich 1991, 325.

¹⁴ BK-WEBER, Art. 83 OR N 64; BASK-LEU, Art. 83 OR N 3; BGE 64 II 267.

¹⁵ Die Analogie kann auch aus der vergleichbaren arbeitsrechtlichen Norm von Art. 337a OR abgeleitet werden.

¹⁶ ZK-SCHRANER, Art. 83 OR N 29; WEYDMANN (Fn 10), 18 f.

¹⁷ Massgebend sind die Umstände des Einzelfalles (BK-WEBER, Art. 83 OR N 74; ZK-SCHRANER, Art. 83 OR N 46).

¹⁸ BK-WEBER, Art. 83 OR N 71; ZK-SCHRANER, Art. 83 OR N 43; MAX KELLER/FELIX SCHÖBI, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. I, 3. A., Basel und Frankfurt a.M. 1988, 278, 311; GAUCH (Fn 13), 95; EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Obligationenrecht, 2. A., Zürich 1988, 384.

verwaltung darüber ausgesprochen hat, ob sie gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG in den Vertrag eintreten will oder nicht¹⁹.

Die Folgen des Rücktritts bemessen sich nach dem materiellen Recht. Art. 83 OR gewährt keinen Anspruch auf Schadenersatz, denn die Konkursöffnung stellt keine Vertragsverletzung dar²⁰.

Macht der Vermieter vom Rücktrittsrecht keinen Gebrauch, obwohl gar keine oder keine genügende Sicherheit geleistet worden ist, so kann er seine Leistung, d.h. die Übergabe der Mietsache, gleichsam zurückbehalten (Art. 83 Abs. 1 OR). Die Forderungen des Vermieters, die vor Konkursöffnung entstanden sind, gelten als *Konkursforderungen*²¹. Die nach Konkursöffnung entstandenen *Forderungen* richten sich *gegen den konkursiten Mieter persönlich*.

B. Konkurs des Mieters *nach* Übergabe der Mietsache

1. Bei offenen Forderungen aus dem Mietverhältnis, die vor Konkursöffnung entstanden sind (Art. 257d OR)

a. Fristansetzung zur Zahlung

Für im Zeitpunkt der Konkursöffnung unbezahlte Mietzinse, die vor Konkursöffnung entstanden sind, kann der Vermieter nach Art. 257d OR vorgehen²² und schriftlich Frist zur Zahlung ansetzen unter der Androhung, das Mietverhältnis werde nach unbenutztem Fristablauf unter Einhaltung einer mindestens 30-tägigen Frist (bei Wohn- und Geschäftsräumen) auf das Ende eines Monats gekündigt²³. Die Fristansetzung hat an den konkursiten Mieter, die Konkursverwaltung und – bei einer Familienwohnung (Art. 169 ZGB) – auch an den Ehegatten des Mieters zu erfolgen²⁴.

Bezahlt der Mieter innert Frist die offenen Mietzinse und Nebenkosten, dauert das Mietverhältnis weiter. Der Vermieter kann nicht ausserordentlich kündigen.

b. Keine Zahlung

aa. Kündigung durch den Vermieter

Zahlt der Mieter nicht innert der gesetzten Frist, kann der Vermieter fristlos, bei Wohn- und Geschäftsräumen mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen (Art. 257d Abs. 2 OR). Bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen ist für die Kündigung das amtlich genehmigte Formular zu verwenden (Art. 266l OR)²⁵. Handelt es sich um eine Familienwohnung, muss die Kündigung auch dem Ehegatten zugestellt werden (Art. 266n OR)²⁶.

Vor Konkursöffnung entstandene Mietzinsforderungen stellen Konkursforderungen dar²⁷. Sie gehören in die dritte Klasse (Art. 219 Abs. 4 Dritte Klasse SchKG). Sofern und soweit der Vermieter ein gesetzliches (Art. 268 ff. OR) oder vertragliches Pfandrecht geltend machen kann, ist die Konkursforderung pfandversichert (Art. 219 Abs. 1 und 2 SchKG).

Die *nach Konkursöffnung entstandenen Mietzinsforderungen* richten sich grundsätzlich gegen den konkursiten Mieter persönlich. Einzig bei Geschäftsräumen können sie insoweit als Konkursforderungen geltend gemacht werden, als für sie das Retentionsrecht geltend gemacht werden kann (Art. 268 Abs. 1 OR)²⁸. Dies gilt je-

¹⁹ KREN (Fn 12), 90; WEYDMANN (Fn 10), 32 Fn 40; BGE 73 III 170.

²⁰ BGE 64 II 266 ff.

²¹ KREN (Fn 12), 89 f., 107.

²² SVIT-K, Art. 257d OR N 47.

²³ SVIT-K, Art. 266h OR N 3; LACHAT/STOLL (Fn 13), 326.

²⁴ ZK-HIGI, Art. 257d OR N 36; SVIT-K, Art. 257d OR N 31, Art. 266h OR N 20; BASK-WEBER/ZIHLMANN, Art. 257d OR N 4; BGE 118 II 43 f.

²⁵ ZK-HIGI, Art. 257d OR N 50; SVIT-K, Art. 257d OR N 37; BASK-WEBER/ZIHLMANN, Art. 257d OR N 8.

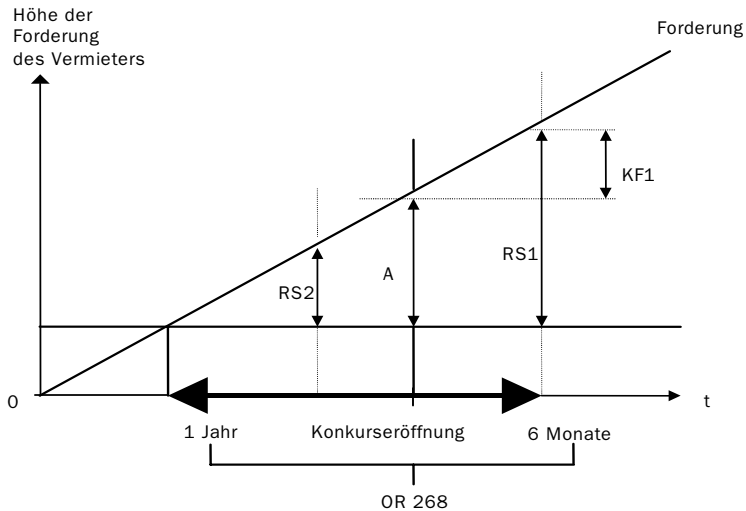
²⁶ ZK-HIGI, Art. 257d OR N 52; BASK-WEBER/ZIHLMANN, Art. 257d OR N 8.

²⁷ Vgl. SVIT-K, Art. 266h OR N 22.

²⁸ Vgl. BGE 104 III 4, bestätigt in BGE 124 III 42ff.

doch nur in dem Umfang (Strecke KF1 in untenstehender Grafik), als das Retentionssubstrat (Strecke RS1 in untenstehender Grafik) die vor Konkurseröffnung entstandenen, retentionsgesicherten Mietzinsforderungen (Art. 268 Abs. 1 OR; Strecke A in untenstehender Grafik) übersteigt, d.h. auch die Mietzinse deckt, die seit der Konkurseröffnung bis zur Beendigung des Mietvertrages entstanden sind, längstens jedoch für die Dauer von sechs Monaten seit der Konkurseröffnung (Art. 268 Abs. 1 OR)²⁹. Deckt das Retentionssubstrat (Strecke RS2 in untenstehender Grafik) dagegen nicht einmal die vor Konkurseröffnung entstandenen, retentionsgesicherten Forderungen (Strecke A in untenstehender Grafik), können die nach Konkurseröffnung entstandenen Forderungen nicht als Konkursforderungen, sondern nur gegen den konkursiten Mieter persönlich geltend gemacht werden.

Da die Kündigung erst nach Konkurseröffnung erfolgt, kann auch eine allfällige



Schadenersatzforderung des Vermieters³⁰ erst dann entstehen. Sie kann im Konkurs nicht als Konkursforderung geltend gemacht werden³¹; sie richtet sich gegen den konkursiten Mieter selbst.

bb. Keine Kündigung durch den Vermieter

Macht der Vermieter von seinem Kündigungsrecht keinen Gebrauch, obwohl ihm keine genügende Sicherheit geleistet worden ist, besteht der Mietvertrag mit dem Mieter persönlich weiter. Vor Konkurseröffnung entstandene Forderungen sind Konkursforderungen³². Für nach Konkurseröffnung entstandene Forderungen verhält es sich gleich, wie wenn gekündigt worden wäre³³.

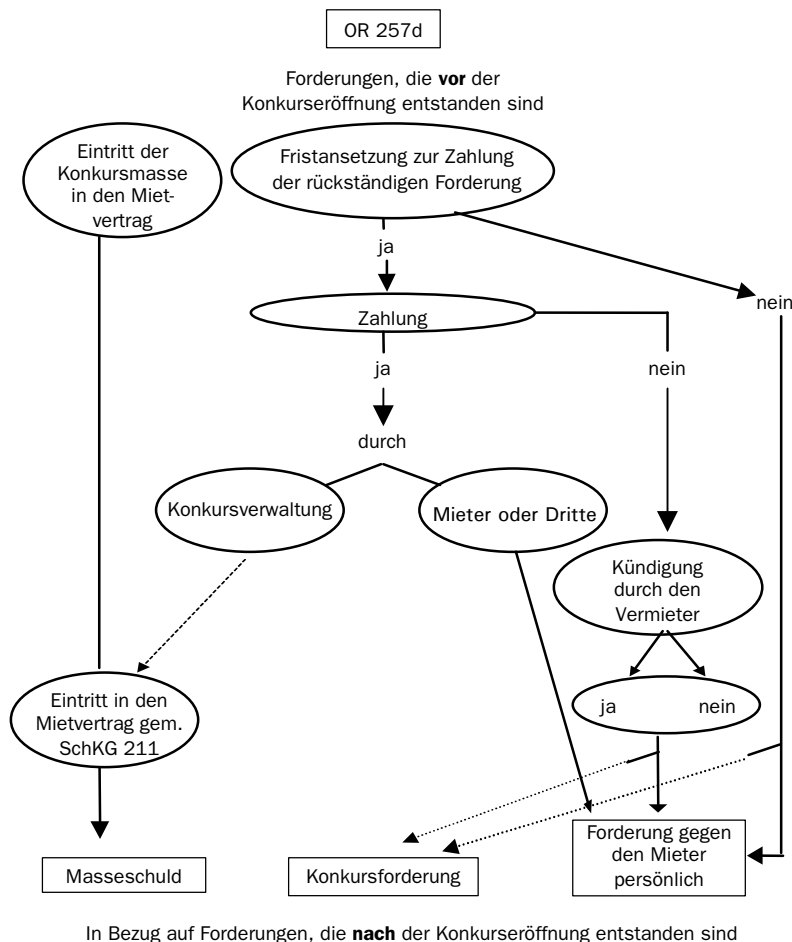
²⁹ Vgl. auch unten III.B.2.b. und III.B.2.c.aa.

³⁰ Vgl. dazu ZK-HIGI, Art. 257d OR N 62 f.

³¹ Vgl. ERNST BLUMENSTEIN, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911, 658; ZK-SCHMID, Art. 266 aOR N 7; SVIT-K, Art. 266h OR N 22.

³² Vgl. oben III.B.1.b.aa.

³³ Vgl. oben III. B.1.b.aa.



2. Bei Forderungen aus dem Mietverhältnis, die *nach* Konkursöffnung entstanden sind (Art. 266h OR)

a. Fristansetzung zur Leistung von Sicherheiten

Fällt der Mieter nach Übernahme der Mietsache in Konkurs, kann der Vermieter für *künftige*, d.h. nach Konkursöffnung entstandene³⁴ Mietzinse Sicherheit verlangen. Der Vermieter muss sowohl dem Mieter als auch der Konkursverwaltung schriftlich eine angemessene Frist³⁵ zur Leistung von Sicherheit für zukünftige Mietzinse ansetzen (Art. 266h Abs. 1 OR). Bei Miete einer Familienwohnung (Art. 169 ZGB) ist analog Art. 266n OR auch dem Ehegatten des Mieters separat Frist anzusetzen³⁶.

Die Fristansetzung kann nur während der Dauer des Konkursverfahrens erfolgen³⁷ und nicht mehr nach dessen Abschluss³⁸. Der Vermieter ist nicht gehalten, die Fristansetzung unmittelbar nach Konkursöffnung vorzunehmen; er läuft nicht Gefahr, sein Recht durch längeres Zuwarten zu verirken³⁹. Er ist zur Fristansetzung unabhängig davon berechtigt, ob der Mieter mit Zahlungen im Rückstand ist oder ob bei Geschäftsräumen das Retentionsrecht (Art. 268 ff. OR) genügend Sicherheit

³⁴ LACHAT/STOLL (Fn 13), 326; ZK-Higi, Art. 266h OR N 25.

³⁵ Als angemessen gilt eine Frist von mindestens zwei bis drei Wochen (LACHAT/STOLL [Fn 13], 325).

³⁶ CALAMO (Fn 13), 281; LACHAT/STOLL (Fn 13), 298, 325; SVIT-K, Art. 266h OR N 10; BASK-WEBER/ZIHLMANN, Art. 266h OR N 4; ZK-Higi, Art. 266h OR N 50.

³⁷ ZK-SCHMID, Art. 266 aOR N 9; SVIT-K, Art. 266h OR N 11.

³⁸ ZK-Higi, Art. 266h OR N 43 und N 47.

³⁹ ZK-Higi, Art. 266h OR N 48; SemJud 1975, 28 ff.

bietet⁴⁰. Der objektive Umstand der Konkursöffnung über den Mieter genügt als Gefährdung der zukünftigen Mietzinsforderungen des Vermieters.

b. Keine Fristansetzung

Unterlässt es der Vermieter, Frist zur Sicherheitsleistung anzusetzen, so wird das Mietverhältnis mit dem Mieter weitergeführt⁴¹. Bis zur Konkursöffnung aufgelaufene Mietzinsforderungen⁴² sind *Konkursforderungen*, welche in der dritten Klasse zu kollozieren sind (Art. 219 Abs. 4 SchKG). Bei der Miete von *Geschäftsräumen* können zusätzlich auch die Mietzinsforderungen für die Dauer von sechs Monaten ab der Konkursöffnung als Konkursforderungen geltend gemacht werden, da in diesem Umfang das Retentionsrecht beansprucht werden kann (Art. 268 Abs. 1 OR)⁴³. Dies kann jedoch nur gelten, sofern und soweit der Erlös der Retentionsobjekte nach Deckung der rückständigen, retentionsgesicherten Mietzinse (Art. 268 Abs. 1 OR) auch die Mietzinse deckt, die seit Konkursöffnung entstanden sind⁴⁴. Nach Konkursöffnung entstandene Mietzinsforderungen bzw. solche, die bei Geschäftsräumen nicht durch das Retentionssubstrat gedeckt sind, richten sich gegen den konkursiten Mieter persönlich und stellen keine Konkursforderungen dar⁴⁵.

Zum Teil wird in der Lehre geltend gemacht, falls der konkursite Mieter eine *juristische Person* sei, könnten auch nach Konkursöffnung entstandene Forderungen als Konkursforderungen in der dritten Klasse geltend gemacht werden, da dem Vermieter sonst kein Schuldner mehr zur Verfügung stehen würde⁴⁶. Diese Argumentation überzeugt nicht. Weder bei Ziel- noch bei Dauerschuldverhältnissen macht es einen Unterschied, ob der Gemeinschuldner eine natürliche oder eine juristische Person ist⁴⁷. Der Gefahr, dass eine juristische Person untergehen kann, sei es infolge ordentlicher Liquidation, sei es nach Abschluss eines Konkursverfahrens, kann die Gegenpartei, namentlich bei Mietverträgen, dadurch begegnen, indem sie von ihrem Vertragspartner rechtzeitig Sicherheiten verlangt⁴⁸.

c. Keine Leistung von Sicherheiten

aa. Kündigung durch den Vermieter

Setzt der Vermieter Frist an und *erhält er innert dieser keine genügende Sicherheit*, kann er dem Mieter gegenüber *fristlos kündigen* (Art. 266h Abs. 2 OR). Wartet der Vermieter nach Ablauf der von ihm angesetzten Frist längere Zeit zu, ohne die fristlose Kündigung auszusprechen, kann diese – namentlich bei Entgegennahme von Mietzinszahlungen in der Zwischenzeit – infolge Verwirkung ausgeschlossen sein⁴⁹.

Bei Wohn- und Geschäftsräumen muss die Kündigung *schriftlich* erfolgen (Art. 266i Abs. 1 OR). Weil der Kündigungsgrund des Konkurses des Mieters bei ausblei-

⁴⁰ ZK-SCHMID, Art. 266 aOR N 11; ZK-HIGI, Art. 266h OR N 45; a.M. BASK-WEBER/ZIHLMANN, Art. 266h N 7, wonach bei genügendem Retentionssubstrat keine Sicherheit verlangt werden kann.

⁴¹ ZK-HIGI, Art. 266h OR N 48; nicht ganz klar aber offenbar a.M. LACHAT/STOLL (Fn 13), 325, wonach der Mietvertrag mit der Konkursmasse weitergeführt werden soll.

⁴² Gemäss ZK-HIGI, Art. 266h OR N 36, sollen auch die Mietzinse bis zum nächsten Zinstermin zu den Konkursforderungen gehören.

⁴³ LOUIS DALLÈVES, Schuldbetreibung und Konkurs, Die Wirkungen des Konkurses auf die Verträge, SJK Nr. 1003a, 12; BGE 104 III 91 ff.; 42 III 282 f.; bestätigt in BGE 124 III 42 ff. a.M.: ZK-HIGI, Art. 266h OR N 38; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 266 aOR N 2; ROLF PETER, Zweiseitige Verträge im Konkurs, Diss. Zürich 1955, 51 f. m.w.H.

⁴⁴ Vgl. oben III.B.1.b.aa.

⁴⁵ MAX GULDENER in: HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, Zürich 1993, § 42 Fn 32, S. 162; KREN (Fn 12), 53.

⁴⁶ ZK-HIGI, Art. 266h OR N 37 f.; vgl. auch GULDENER (Fn 44), § 42 Fn 32, S. 161 f. in Bezug auf die Rückgabe der Mietsache. BGE 104 III 90 f., auf welchen sich HIGI beruft, äussert sich zu dieser Frage jedoch nicht.

⁴⁷ So nun auch BGE 124 III 42 ff, E. 2b.

⁴⁸ Vgl. dazu unten IV.

⁴⁹ ZK-SCHMID, Art. 266 aOR N 19; SVIT-K, Art. 266h OR N 18.

bender Sicherheitsleistung absolut gilt, muss jedoch – entgegen Art. 266I Abs. 2 OR – das vom Kanton genehmigte *Formular* nicht verwendet werden⁵⁰. Handelt es sich um eine Familienwohnung (Art. 169 ZGB), ist die Kündigung auch dem Ehegatten des Mieters zuzustellen (Art. 266n OR).

Die Frage, ob sich die Forderungen des Vermieters gegen den Mieter persönlich richten oder ob sie als Konkursforderungen geltend zu machen sind, ist grundsätzlich gleich zu entscheiden, wie wenn keine Fristansetzung durch den Vermieter erfolgt wäre⁵¹: Die bis zur Konkursöffnung aufgelaufenen Mietzinse sind grundsätzlich *Konkursforderungen*⁵², welche in der dritten Klasse zu kollozieren sind (Art. 219 Abs. 4 Dritte Klasse SchKG). Bei der Miete von *Geschäftsräumen* können zusätzlich auch die Mietzinsforderungen bis zur Beendigung des Mietverhältnisses, längstens für die Dauer von sechs Monaten ab der Konkursöffnung, geltend gemacht werden, da in diesem Umfang das *Retentionsrecht* beansprucht werden kann (Art. 268 Abs. 1 OR)⁵³. Dies gilt insoweit, als der Erlös der Retentionsobjekte nach Deckung der rückständigen, retentionsgesicherten Mietzinse (Art. 268 Abs. 1 OR) auch die Mietzinse deckt, die seit Konkursöffnung entstanden sind, längstens jedoch für die Dauer von sechs Monaten seit der Konkursöffnung (Art. 268 Abs. 1 OR)⁵⁴.

Nach der Konkursöffnung entstandene Mietzinsforderungen bzw. bei Geschäftsräumen die Forderungen, die nicht durch das Retentionssubstrat gedeckt sind, richten sich *gegen den konkursiten Mieter persönlich* und stellen keine Konkursforderungen dar⁵⁵. Dies gilt auch dann, wenn der Gemeinschuldner eine juristische Person ist⁵⁶.

Mit der Kündigung entsteht der Anspruch des Vermieters auf *Rückgabe der Mietsache* (Art. 267 OR). Da die Kündigung erst nach Konkursöffnung ausgesprochen wird, endet das Mietverhältnis erst nachher. Der Rückgabeanspruch des Vermieters kann somit erst nach Konkursöffnung entstehen, weshalb sich der Anspruch gegen den konkursiten Mieter persönlich und nicht gegen die Konkursmasse richtet. Es handelt sich weder um eine Konkursforderung noch um eine Masseschuld⁵⁷. Der Vermieter kann von der Konkursverwaltung nicht die Ausweisung des Mieters aus der Wohnung verlangen. Der Vermieter muss gegen den konkursiten Mieter auf dem Zivilweg vorgehen⁵⁸. Entgegen einer in der Lehre zum Teil vertretenen Ansicht⁵⁹, wonach der Rückgabeanspruch als Konkursforderungen zu behandeln ist, wenn der Gemeinschuldner eine *juristische Person* ist, kann für juristische Personen keine Ausnahme gelten⁶⁰.

bb. Keine Kündigung durch den Vermieter

Wenn der Vermieter nicht kündigt, wird der Vertrag mit dem konkursiten Mieter weitergeführt⁶¹. Die Forderungen des Vermieters sind gleich zu behandeln, wie wenn er gar nie Frist zur Leistung von Sicherheit angesetzt hätte⁶².

⁵⁰ GULDENER (Fn 44), § 42 Fn 32, S. 162.

⁵¹ Vgl. oben III.B.2.b.

⁵² GULDENER (Fn 44), § 42 Fn 32, S. 162; KREN (Fn 12), 52; PETER (Fn 42), 51.

⁵³ Vgl. KREN (Fn 12), 52; DALLÈVES (Fn 42), 12; BGE 42 III 282 f., 104 III 91 ff.; a.M.: ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 266 aOR N 2; PETER (Fn 42), 51 f. m.w.H.

⁵⁴ Vgl. oben III.B.1.b.aa.

⁵⁵ GULDENER (Fn 44), § 42 Fn 32, S. 162; KREN (Fn 12), 53; vgl. auch ZK-HIGI, Art. 266h OR N 37.

⁵⁶ A.M. ZK-HIGI, Art. 266h OR N 77 und N 38; GULDENER (Fn 44), § 42 Fn 32, S. 162; vgl. auch oben Fn 45.

⁵⁷ Vgl. mp 1996 210.

⁵⁸ LGVE 1985 I 41.

⁵⁹ Vgl. ZK-HIGI, Art. 266h OR, N 77 und N 38; GULDENER (Fn 44), § 42 Fn 32, S. 161.

⁶⁰ Vgl. auch III.B.2.h und III.B.2.c.

⁶¹ A.M. LACHAT/STOLL (Fn 13), 325, wonach der Vertrag mit der Konkursmasse weitergeführt wird.

⁶² Vgl. oben III.B.2.b.

d. Leistung von Sicherheit

Beim unbefristeten Mietverhältnis umfasst die Sicherstellung die Mietzinse bis zum nächst möglichen ordentlichen Kündigungstermin. Handelt es sich um einen befristeten Mietvertrag, sind die Mietzinse bis zum Ende der vereinbarten Mietdauer sicherzustellen⁶³.

Die Sicherheit kann durch Bürgschaft, Pfandbestellung oder Hinterlegung von Geld oder Wertsachen erfolgen⁶⁴.

Da der Vermieter sowohl dem Mieter (und allenfalls dessen Ehegatten) als auch der Konkursverwaltung Frist zu Leistung einer Sicherheit ansetzen muss⁶⁵, hat er es nicht in der Hand, ob ihm nach erfolgter Sicherheitsleistung der Mieter oder die Konkursmasse als verpflichtete Partei gegenübersteht⁶⁶. Wird die *Sicherheit geleistet*, gilt der Mietvertrag weiter; der Vermieter kann nicht fristlos kündigen. Der Status der Forderungen des Vermieters (Masseschuld, Konkursforderung, Forderung gegen den konkursiten Mieter persönlich) hängt davon ab, von wem die Sicherheit geleistet wird:

aa. Durch die Konkursverwaltung

Wird die Sicherheit von der Konkursverwaltung erbracht, gilt dies in aller Regel als konkludenter Eintritt in den Vertrag gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG⁶⁷ mit der Konsequenz, dass nicht nur die zukünftigen, sondern auch die rückständigen Mietzinse zu *Masseschulden* werden⁶⁸. Bei Wohnräumen wird die Konkursverwaltung wohl nie bereit sein, Sicherheit zu leisten und damit in den Vertrag einzutreten, da ein solcher Vertrag für die Masse keinerlei Vorteile bietet. Auch bei Geschäftsräumen wird die Konkursverwaltung nur dann in den Vertrag eintreten, wenn sie diese Räumlichkeiten zur Fortführung des Geschäfts des Gemeinschuldners unbedingt benötigt, die rückständigen Mietzinse nicht zu hoch sind und eine Kündigung auf absehbare Zeit möglich ist.

bb. Durch den konkursiten Mieter oder einen Dritten

Die Sicherheit kann jedoch auch vom *konkursiten Mieter* oder einem *Dritten* (etwa dem Ehegatten des Mieters) geleistet werden. Leistet der konkursite Mieter die Sicherheit selbst, so muss diese aus konkursfreien Aktiven stammen⁶⁹; etwa aus seinem Arbeitserwerb während der Dauer des Konkursverfahrens (vgl. Art. 197 SchKG). Mit der Leistung der Sicherheit durch den Mieter oder einen Dritten gilt das Mietverhältnis mit dem Mieter weiter⁷⁰; die Forderungen richten sich gegen den konkursiten Mieter persönlich. Der Vermieter scheidet in Bezug auf Forderungen, die *nach* Konkurseröffnung entstanden sind, als Konkursgläubiger aus⁷¹. Die Konkursverwaltung kann damit nicht mehr namens der Konkursmasse in den Mietvertrag

⁶³ THEO GUHL/HANS MERZ/ALFRED KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. A., Zürich 1991, 411; BASK-WEBER/ZIHLMANN, Art. 266h OR N 7; LACHAT/STOLL (Fn 13), 325 f.; ZK-HIGI, Art. 266h OR N 59; DALLÈVES (Fn 42), 11 Fn 39; PETER (Fn 42), 47. Für die analoge Regelung beim Arbeitsvertrag wird z.T. die Ansicht vertreten, es genüge für eine kürzere Dauer (z.B. für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist) Sicherheit zu leisten (vgl. unten IV.C.3.a.).

⁶⁴ PETER (Fn 42), 47; ZK-HIGI, Art. 266h OR N 66; LACHAT/STOLL (Fn 13), 325; BASK-WEBER/ZIHLMANN, Art. 266h OR N 7.

⁶⁵ Vgl. oben III.B.2.a.

⁶⁶ GULDENER (Fn 44), § 42 Fn 32, S. 161.

⁶⁷ WEYDMANN (Fn 10), 35; SVIT-K Art. 266h OR N 17; mp 1996 208.

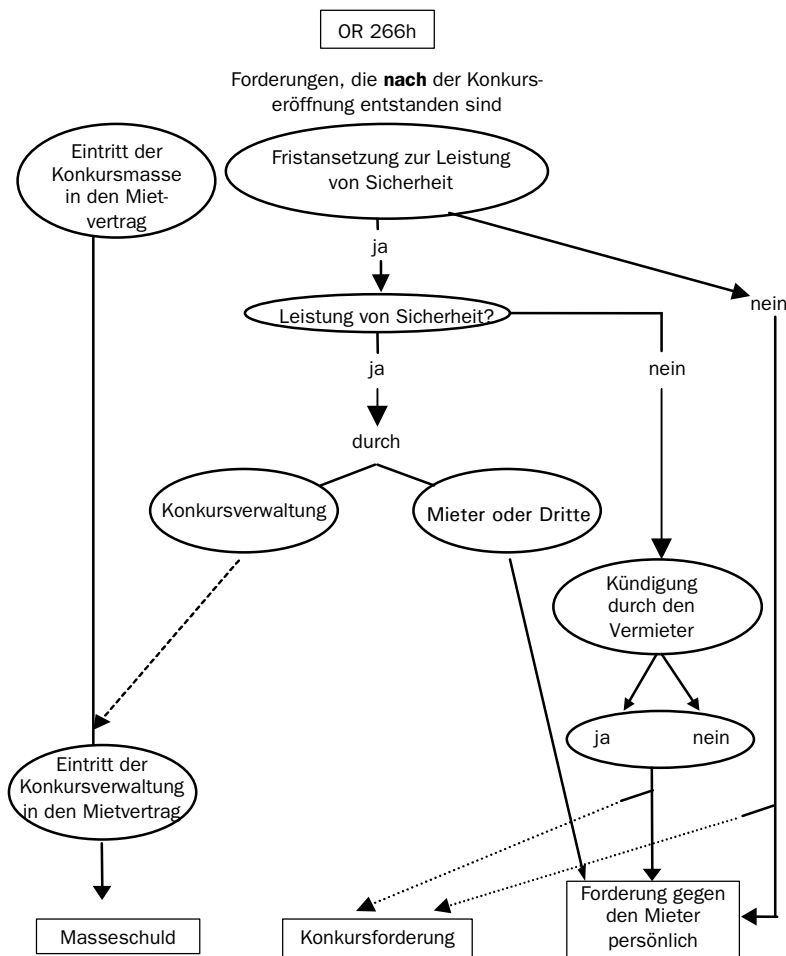
⁶⁸ SVIT-K, Art. 266h OR N 17; SVIT-K, Art. 266h OR N 17; ZK-HIGI, Art. 266h OR N 39; ZK-SCHMID, Art. 266 aOR N 17; PETER (Fn 42), 54; mp 1996 208; a.M.: GUHL/MERZ/KOLLER (Fn 61), 411; BASK-WEBER/ZIHLMANN, 266h OR N 9, wonach nur die nach Konkurseröffnung entstandenen Forderungen zu Massforderungen werden, während die vorher entstandenen Forderungen als Konkursforderungen gelten.

⁶⁹ KREN (Fn 12), 51 Fn 165.

⁷⁰ LACHAT/STOLL (Fn 13), 326; ZK-HIGI, Art. 266h OR N 78.

⁷¹ JAEGER (Fn 12), Art. 211 SchKG, N 5; ZK-SCHMID, Art. 266 aOR N 16; ZK-HIGI, Art. 266h OR N 78; GULDENER (Fn 44), § 42 Fn 32, S. 162; KREN (Fn 12), 51 Fn 165; PETER (Fn 42), 56.

eintreten⁷². Mietzinsforderungen und verzugsrechtliche Forderungen des Vermieters, die vor Konkursöffnung entstanden sind, können dagegen als *Konkursforderungen* dritter Klasse geltend gemacht werden⁷³. [s. Grafik 4 auf der nächsten Seite]



C. Erfüllung des Mietvertrages durch die Konkursverwaltung

Wird der Betrieb des Gemeinschuldners durch Beschluss der Konkursverwaltung (Art. 223 Abs. 1 SchKG), der Gläubigerversammlung (Art. 238 Abs. 1, Art. 253 Abs. 2 SchKG) oder des Gläubigerausschusses (Art. 237 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG) weitergeführt, erklärt die Konkursverwaltung, die Verpflichtungen des Mieters aus dem bestehenden Mietverhältnis zu erfüllen (Art. 211 Abs. 2 SchKG). Damit werden nicht nur die im Zeitpunkt der Konkursöffnung bereits entstandenen, sondern auch die erst später entstehenden Forderungen des Vermieters zu *Masseschulden*⁷⁴. Der Vermieter hat gleichsam das Recht, für seine zukünftigen Forderungen von der Konkursverwaltung Sicherstellung zu verlangen (Art. 211 Abs. 2 Satz 2 SchKG). In Bezug auf Art und Umfang der Sicherstellung kann auf das oben Gesagte verwiesen werden⁷⁵.

Obschon die Konkursmasse mit Abschluss des Konkursverfahrens nicht mehr besteht, fällt der Mietvertrag, in welchen die Konkursverwaltung eingetreten ist, mit

⁷² ZK-SCHMID, Art. 266 aOR N 16; ZK-HIGI, Art. 266h OR N 79; GULDENER (Fn 44), § 42 Fn 32, S. 161; SVIT-K, Art. 266h OR N 16.

⁷³ ZK-HIGI, Art. 266h OR N 25 und N 78; GULDENER (Fn 44), § 42 Fn 32, S. 162.

⁷⁴ ZK-SCHMID, Art. 266 aOR N 17; GULDENER (Fn 44), § 42 Fn 32, S. 162; ZK-HIGI, Art. 266h OR N 39; PETER (Fn 42), 54; mp 1996 208; a.M. GUHL/MERZ/KOLLER (Fn 61), 411; BASK-WEBER/ZIHLMANN, Art. 266h OR N 9, wonach nur die nach Konkursöffnung entstehenden Forderungen zu Masseforderungen werden, während die vorher entstandenen Forderungen als Konkursforderungen gelten.

⁷⁵ Vgl. oben III.B.2.d.

Abschluss des Konkursverfahrens nicht ohne weiteres dahin⁷⁶. Die Konkursverwaltung oder der Vermieter müssen den Mietvertrag rechtzeitig kündigen.

IV. Schicksal einer Sicherheit des Mieters in dessen Konkurs

Die oben dargestellten Konstellationen machen deutlich, dass der Vermieter ein legitimes Interesse hat, sich für den Fall der Insolvenz des Mieters abzusichern. Dazu stehen ihm verschiedene Wege offen. Es sind dies grundsätzlich dieselben Sicherungsmöglichkeiten, welche bei jedem Rechtsgeschäft in Frage stehen, bei welchem eine Partei eine Geldleistung zu erbringen hat (z.B. Darlehen). Der Vermieter kann sich *Personalsicherheiten* ausbedingen, wie etwa Bankgarantien oder Bürgschaftserklärungen (solventer) Drittpersonen. Als *Realsicherheiten* (vom Mieter oder von Dritten) sind namentlich das Bestellen von vertraglichen Pfandrechten oder die Sicherungsübereignungen von Fahrnis oder Forderungen zu nennen⁷⁷. Die Kantone sind befugt, diesbezüglich entsprechende Bestimmungen aufzustellen (Art. 257e Abs. 4 OR). Das Mietrecht regelt einen Fall der Sicherungsbestellung ausdrücklich, nämlich die Bestellung von Sicherheiten in Geld oder Wertpapieren (Art. 257e OR). Nachfolgend soll kurz das Schicksal solcher Sicherheiten in Geld oder Wertpapieren im Konkurs des Mieters untersucht werden.

Das Mietrecht regelt klar, dass vom Mieter als Sicherheit geleistetes Geld oder Wertpapiere vom Vermieter bei einer Bank auf ein Sparkonto oder ein Depot zu hinterlegen sind, das auf den Mieter lautet (Art. 257e Abs. 1 OR). Es ist somit klar gestellt, dass die Vermögenswerte dem Mieter zustehen; der Vermieter, welcher das Geld oder die Wertpapiere vom Mieter als Sicherheit erhält, muss sie aus seinem Vermögen aussondern. Die Hinterlegung der Sicherheiten bei einer Bank ist von Gesetzes wegen als *Hinterlegung sicherungshalber* ausgestaltet, wobei dem Vermieter als Sicherheit ein *Pfandrecht* zusteht (Art. 884 Abs. 3 und Art. 900 ZGB)⁷⁸. Die sicherungshalber hinterlegten Vermögenswerte fallen damit im Konkurs des Mieters in dessen Konkursmasse (Art. 197 f. SchKG)⁷⁹, wobei der Vermieter sein Pfandrecht auch im Konkurs weiterhin geltend machen kann (Art. 198, Art. 219 Abs. 1 SchKG)⁸⁰. Dies gilt nicht nur für Konkursforderungen, sondern auch dann, wenn die Forderung des Vermieters als Masseschuld oder als Forderung gegen den konkursiten Mieter persönlich⁸¹ zu qualifizieren ist.

⁷⁶ So aber GULDENER (Fn 44), § 42 Fn 32, S. 161.

⁷⁷ Vgl. dazu im einzelnen ZK-HIGI, Art. 257e OR N 5 ff.

⁷⁸ ZK-OFTINGER/BÄR, syst. Teil, N 215; SVIT-K, Art. 257e OR N 17; BASK-WEBER/ZIHLMANN, Art. 257e OR N 4; ZK-HIGI, Art. 257e OR N 24.

⁷⁹ A.M. ZK-OFTINGER/BÄR, syst. Teil, N 221; ZK-HIGI, Art. 257e OR N 24; SVIT-K, Art. 257e OR N 17; BGE 61 III 77, wonach die Sicherheit nicht in die Konkursmasse des Mieters fallen soll.

⁸⁰ BASK-WEBER/ZIHLMANN, Art. 257e OR N 6; ZK-HIGI, Art. 257e OR N 24.

⁸¹ Vgl. oben I.B.