

Thomas Pietruszak / Jörg Zachariae\*, Zürich

## ”Der Schutz des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen in der Zwangsverwertung”

### Inhalt

#### Einleitung

A) Lösung des Bundesgerichts

B) Stellungnahme

- I) Realobligatorische Wirkung von Art. 261 Abs. 1 OR
- II) Analogie zu Art. 812 Abs. 2 ZGB
  - 1) Lücke
  - 2) Vergleichbarkeit der Interessenlage
  - 3) Modifikation der Rechtsfolgen
    - a) Interessen von Mieter und Erwerber – gesetzlicher Mindeststandard des Mieterschutzes
    - b) Übergang des Mietvertrages
    - c) Sachliche Kündigungsbeschränkungen?
    - d) Ergebnis
- III) Folgenbetrachtung
  - 1) Verfahrensrechtliche Konsequenzen
    - a) Aufnahme von Mietverträgen ins Lastenverzeichnis
    - b) Differenzzahlung im Doppelaufruf
    - c) Anspruch des Mieters auf Mehrerlös, Art. 812 Abs. 3 ZGB analog
  - 2) Materiellrechtliche Ansprüche gegen den Erwerber
    - a) Gewährleistung und Haftung für Altansprüche
    - b) Kündigungsschutz
  - 3) Materiellrechtliche Ansprüche gegen den Vermieter
    - a) Altansprüche
    - b) Haftung für vorzeitige Kündigung, Art. 261 Abs. 3 OR
    - c) Regress für die Differenzzahlung im Doppelaufruf
  - 4) Besonderheiten im Konkurs des Vermieters
    - a) Schicksal des Mietvertrages
    - b) Qualität etwaiger Regressforderungen des Mieters
- IV) Alternativlösungen
  - 1) Lösungen im schweizerischen Recht
  - 2) Lösung im deutschen Recht
  - 3) Ergebnis

#### Zusammenfassung

### Einleitung

Seit Inkrafttreten des neuen Mietrechts am 1. Juli 1990 gehen bestehende Mietverträge bei der Veräusserung von Liegenschaften nach Art. 261 Abs. 1 OR

auf den Erwerber über. Das gleiche gilt für den Eigentumswechsel im Rahmen der Zwangsvollstreckung. Nach dem Grundsatz „Veräusserung bricht nicht Miete“ folgt somit der Mietvertrag dem Eigentum an der Mietsache. Das Verhältnis zwischen Mietverträgen über Wohn- bzw. Geschäftsräume und beschränkten dinglichen Rechten dagegen ist im Gesetz nur zum Teil geregelt. Wird die Mietsache während der Mietdauer in der Weise dinglich belastet, dass dies einer Veräusserung gleichkommt, geht der Mietvertrag gemäss Art. 261a OR ebenfalls auf den Inhaber des dinglichen Rechts über; die nachträgliche Belastung mit einem Grundpfandrecht beschlägt den Mietvertrag nicht. Ist dagegen das dingliche Recht vor Übergabe der Mietsache entstanden, kommt es auf dessen Inhalt an: Handelt es sich um eine Dienstbarkeit, kann ihr Inhaber gegen den Mieter aus seinem dinglichen Recht vorgehen; der Vermieter haftet dem Mieter dann gegebenenfalls wegen anfänglicher subjektiver Unmöglichkeit. Ein Grundpfandgläubiger hat demgegenüber den Schutz aus Art. 812 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 142 SchKG. Der Grundeigentümer kann durch den nachträglichen Abschluss eines Mietvertrages, dessen Konditionen eine wirtschaftliche Rendite nicht gewährleisten, den Marktwert des Grundstücks so beeinträchtigen, dass sich im Falle einer Grundpfandverwertung der Kreis der Bieter reduziert und der Pfandgläubiger keine (volle) Deckung mehr erhält. Dies ist regelmässig der Fall, wenn der Mietvertrag langfristig befristet ist, der Mietzins unter dem Marktüblichen liegt und der Erwerber an den Vertrag gebunden ist, weil er den nach Art. 261 Abs. 2 lit. a OR erforderlichen dringenden Eigenbedarf nicht nachweisen kann. In praxi erfüllen gerade Banken, die eine Verschleuderung des Grundstücks im Hinblick auf ihre Grundpfandrechte durch Selbstersteigerung verhindern wollen, diese Voraussetzung nicht. Es stellt sich daher die Frage, wie die Kollision zwischen der Erhaltung der Grundpfandsicherheit und dem Mieterschutz zu lösen ist. Dieselbe Problematik besteht wegen Art. 290 OR und Art. 14 LPG<sup>1</sup> auch bei (Land-)Pachtverträgen.

\* Die Autoren sind Assistenten am Lehrstuhl für Schweizerisches und Europäisches Privatrecht (Prof. Dr. Heinrich Honsell) der Universität Zürich.

<sup>1</sup> Bundesgesetz vom 4.10.1994 über die landwirtschaftliche Pacht, SR 221.213.2.

## A) Lösung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hat zur Frage der Kollision von Art. 812 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 142 SchKG und Art. 261 OR bzw. Art. 14 LPG im Zusammenhang mit zwei Fällen Stellung genommen, in denen im Rahmen der Betreuung auf Grundpfandverwertung der Doppelaufwurf wegen eines für einen längeren Zeitraum befristeten Pacht-<sup>2</sup> bzw. Mietvertrages<sup>3</sup> zugelassen wurde.

In beiden Konstellationen machte der Beschwerdeführer bzw. Berufungskläger geltend, Art. 812 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 142 SchKG, 56, 104 VZG finde auf nicht vorgemerkte Gebrauchsüberlassungsverträge weder direkte noch analoge Anwendung: Zum einen würden die Verträge vom Wortlaut des Gesetzes nicht erfasst, zum anderen gehe der in Art. 261 OR und Art. 14 LPG normierte Grundsatz "Veräusserung bricht nicht Miete/Pacht", der auch für den Erwerb des Grundstücks in der Zwangsverwertung gilt, nach dem Willen des Gesetzgebers vor.

Das Bundesgericht ist dieser Argumentation nicht gefolgt und hat eine analoge Anwendung von Art. 812 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 142 SchKG bejaht<sup>4</sup>: Da der Gesetzgeber sich nicht mit den vollstreckungs-

rechtlichen Folgen der Art. 261 OR bzw. Art. 14 LPG auseinandergesetzt hat, sei eine Regelungslücke anzunehmen. Diese lasse sich mittels Analogie füllen, weil auch nicht vorgemerkte langfristige Verträge in gleicher Weise wie die in Art. 812 Abs. 2 ZGB, 142 SchKG genannten Belastungen den Wert des Grundstücks und damit seine vollstreckungsrechtliche Verwertbarkeit zulasten der Grundpfandgläubiger beeinträchtigen können.

Während das Bundesgericht es in der zum Pachtvertrag ergangenen Entscheidung bei den Rechtsfolgen des Doppelaufwurfs bewenden liess, stellte sich in der Entscheidung zum Mietvertrag zusätzlich die umstrittene Frage, welche Auswirkungen die Löschung der Belastung für die Anwendung von Art. 261 OR hat; denn der Erwerber hatte bereits die Ausweisung des Mieters beantragt. Nach Diskussion der unterschiedlichen Ansichten in Rechtsprechung und Literatur<sup>5</sup> kam das Gericht zum Ergebnis, dass die Rechtsfolgen der analogen Anwendung von Art. 812 Abs. 2 ZGB auf eine Modifikation des in Art. 261 Abs. 2 lit. a OR gegebenen Kündigungsschutzes zu beschränken seien: Der Erwerber könne den langfristigen Mietvertrag, in den er nach Art. 261 Abs. 1 OR eingetreten ist, auch ohne Nachweis eines dringenden Eigenbedarfs auf den nächsten gesetzlichen Termin kündigen<sup>6</sup>.

Dieser Entscheidung, die den vorläufigen Abschluss einer seit dem Inkrafttreten des neuen Mietrechts geführten Diskussion<sup>7</sup> darstellt, ist im Ergebnis zuzustimmen, sofern das Bundesgericht dahingehend verstanden werden darf, dass nicht nur der gesetzliche Termin, sondern auch die gesetzliche Kündigungsfrist einzuhalten ist.

<sup>2</sup> BGer, 7.1.1998, BGE 124 III 37 (Berufung) = Pra 1998, 363 = mp 1998, 84: auf fünfzehn Jahre befristeter und im Grundbuch nicht vorgemerkter Pachtvertrag.

<sup>3</sup> BGer, 16.2.1999, BGE 125 III 123 (Staatsrechtliche Beschwerde): auf zwanzig Jahre befristeter und im Grundbuch vorgemerkter Mietvertrag.

<sup>4</sup> Ebenso für diese Analogie: Schlichtungsbehörde für Mietverhältnisse des Kt. Luzern, mp 1991, 151; Kantonsgericht Fribourg, FZR 1995, 27 f.; *Dubach*, Zur Anwendbarkeit des Doppelaufwurfs bei Miet- und Pachtverhältnissen, BLSchK 1999, 41, 46 f.; *Hess-Odoni*, Der Doppelaufwurf nach Art. 142 SchKG und das neue Miet- und Pachtrecht, SJZ 1991, 145, 150; *Lachat/Stoll/Brunner*, Mietrecht für die Praxis, 4. Aufl. Zürich 1999, Kap. 27 N 4.5.4; *Lorandi*, Mietverträge im Konkurs des Vermieters, mp 1998, 111, 123 f.; ders., Anmerkungen zu BGE 124 III 37 ff., AJP 1998, 843, 844; *Lüthi*, Commentaire sur ATF 124 III 37, AJP 1998, 1119, 1120; *Lüthi/Zirlick*, Anmerkungen zu BGE 125 III 123, AJP 1999, 1328, 1330 f.; *Meyer*, La fin du bail lors de la double mise à prix, FZR 1996, 10 ff.; *Monnier*, Bevorzugte Mieter?, IWIR 1998, 23, 24; *Permann/Schaner*, Kommentar zum Mietrecht, Zürich 1999, Art. 261a N 11; *D. Piotet*, La vente ne rompt pas le bail, Bern 1993, N 197 ff.; ders., Le bail en conflit avec des droits réels restraints sur la chose louée ou affermée, Semjud 1997, 677, 687 ff.; *Häusermann/Stöckli/Feuz*, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Hrsg. Staehelin/Bauer/Staehelin, Basel/Genf/München 1998, Art. 142 N 9; SVIT-Kommentar, Schweizerisches Mietrecht, 2. Aufl. Zürich 1998, Art. 261-261a N 5; *Tercier*, Anmerkung zur Entscheidung des Kantonsgerichts Fribourg vom 28.11.1994, FZR 1995, 29 ff.; dagegen: Rekurskommission des Kt. Thurgau, RB-TG 1993, 82; *Brönnimann*, Zwangsvollstreckungsrechtliche Risiken bei Grundpfandrechten, in: Berner Bankrechtstag 1996, 132, 157; *Colombara*, L'opposabilité aux tiers des droits personnels annotés au registre foncier et l'exécution forcée, Diss. Lausanne 1991, N 720; *Gilliéron*, Bailleur et locataire d'une chose immobilière dans l'exécution forcée, 7e Séminaire sur le droit de bail, Neuchâtel 1992, 10; *Jent-Sörensen*, Das neue Mietrecht und seine zwangsvollstreckungsrechtlichen Konsequenzen, SJZ 1991, 410, 412 f.; *Staehelin*, Zehn Fällen für Grundpfandgläubiger in der Zwangsvollstreckung, AJP 1998, 366, 369; *Weber/Zihlmann*, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Hrsg. Honsell/Vogt/Wiegand, 2. Aufl. Basel/Frankfurt am Main 1996, Art. 261 N 2.

<sup>5</sup> Es werden vier verschiedene Hauptpositionen vertreten:

1. Meinung: Der den Doppelaufwurf auslösende Mietvertrag geht nicht auf den Erwerber über, so dass dieser die Ausweisung des Mieters verlangen kann: *Hess-Odoni* (Fn 4) 150 f.; *Lorandi* (Fn 4) 124; ders. (Fn 4) 844 (Der ursprüngliche Vermieter bleibe Vertragspartner); *Meyer* (Fn 4) 13 und *D. Piotet* (Fn 4) 691 (Beide wollen aber zur Verbesserung der Rechtsstellung des Mieters die Verwaltung der Liegenschaft durch das Betreibungs- oder Konkursamt verlängern; siehe B) II) 2) b)).

2. Meinung: Der Mietvertrag geht auf den Erwerber über, ist aber ohne Nachweis dringenden Eigenbedarfs kündbar: *Dubach* (Fn 4) 48; *Monnier* (Fn 4) 24; *Tercier* (Fn 4) 33; ähnlich *Brönnimann* (Fn 4) 157.

3. Meinung: Der Mietvertrag geht nach Art. 261 Abs. 1 OR auf den Erwerber über und ist nach Art. 261 Abs. 2 lit. a OR kündbar: alle diejenigen Autoren, die eine analoge Anwendbarkeit von Art. 812 Abs. 2 ZGB, Art. 142 SchKG ablehnen vgl. Fn 4.

4. Meinung: Der Anwendungsbereich von Art. 261 Abs. 1 OR beschränkt sich auf Rechtshandlungen nach Abschluss des Mietvertrages; eine Kollision mit vorbestehenden Grundpfandrechten ist nicht denkbar, weil infolge deren Verwertung kein Übergang auf den Erwerber stattfindet (*P. Piotet*, Le bail et les droits réels, ZBGR 1996, 1, 14 ff.; ihm folgend *Richard*, Le conflit entre les droits du locataire et les droits du créancier gagiste à l'occasion de la réalisation forcée de l'immeuble, Cahiers du bail 1999, 85, 88 f.; siehe dazu Fn 43).

<sup>6</sup> BGE 125 III 123, 129 ff.

<sup>7</sup> Vgl. die Nachweise in Fn 4 und Fn 5.

Im Folgenden ist zu untersuchen, ob die bundesgerichtliche Begründung angesichts der weitreichenden Konsequenzen für die Rechtsstellung des Mieters zutrifft und welche rechtlichen Möglichkeiten dem Mieter verbleiben, sich gegen den Doppelaufwurf und die Kündigung des Erwerbers zu wehren sowie ggf. beim ursprünglichen Vermieter Regress zu nehmen.

## B) Stellungnahme

Zunächst sind die dogmatischen Grundlagen von Art. 261 OR darzustellen. Sodann ist die Schlüssigkeit der Analogiebildung zu prüfen, und schliesslich sollen im Rahmen einer Folgenbetrachtung die Angemessenheit der Konsequenzen erörtert sowie etwaige Alternativlösungen betrachtet werden.

## I) Realobligatorische Wirkung von Art. 261 Abs. 1 OR

Art. 261 Abs. 1 OR sieht vor, dass bestehende Mietverhältnisse im Zeitpunkt<sup>8</sup> des Eigentumsübergangs infolge der Veräusserung oder des Zuschlags in der Zwangsverwertung ipso iure auf den Erwerber der Sache übergehen. Der Mietvertrag folgt somit dem dinglichen Recht an der Sache, das Schuldverhältnis wird mit ihr subjektiv-dinglich verknüpft<sup>9</sup>. Dies hat zur Folge, dass auf Seiten des Vermieters ein Wechsel der Vertragspartei stattfindet, ohne dass eine Vertragsübernahme erforderlich ist<sup>10</sup>. Der Übergang des Mietverhältnisses erfolgt nach dem Grundsatz der Rechtsnachfolge: Mit der Eigentumsübertragung übernimmt der Erwerber alle Rechte und Pflichten des bestehenden Mietvertrages, während der Vermieter von sämtlichen vertraglichen Pflichten entbunden wird<sup>11</sup>. Der Gesetzgeber hat sich somit gegen das Modell des Eintritts entschieden, wonach das Mietverhältnis im Zeitpunkt des Eigentumsverlusts des

Vermieters erlischt und mit dem Erwerber neu begründet wird<sup>12</sup>.

Auszunehmen vom Übergang sind nach Art. 2 Abs. 2 ZGB diejenigen Fälle, in denen befristete und unterpreisige Verträge geschlossen werden, um z.B. einem engeren Bekannten des Vermieters die preiswerte Nutzung der Mietsache ungeachtet der bevorstehenden Zwangsverwertung einzuräumen<sup>13</sup>. Hier kann sich der Mieter nach Treu und Glauben gegenüber dem Erwerber nicht auf den Übergang des Vertrages berufen<sup>14</sup>.

Die Wirkung von Art. 261 Abs. 1 OR legt den Schluss nahe, der Gesetzgeber habe durch die Umsetzung des Grundsatzes „Veräusserung bricht nicht Miete“<sup>15</sup> den bisherigen *numerus clausus* der Realobligationen<sup>16</sup> erweitert. Dies bedarf jedoch der Präzisierung:

Nicht jeder Mietvertrag folgt dem Eigentum an der Mietsache: Nach Art. 261 Abs. 1 OR muss der Vermieter dinglich Berechtigter der Mietsache sein<sup>17</sup>. Art. 261 Abs. 1 OR ist somit nicht anwendbar, wenn der Vermieter Mietverträge abschliesst, obwohl er selbst nur in einem obligatorischen Rechtsverhältnis zur Mietsache steht, wie dies regelmässig bei Immo-

<sup>12</sup> *Weber/Zihlmann* (Fn 4) Art. 261 N 4; anders die h.M. im deutschen Recht, die in § 571 Abs. 1 BGB lediglich einen Eintritt, aber keine Rechtsnachfolge sieht (RGZ 59, 177, 188; BGHZ 53, 174, 179; *Gather*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 7. Aufl. München 1999, § 571 Rn 38; *Voelskow*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3 - §§ 433-606, 3. Aufl. München 1995, § 571 Rn 16 f.), a.A. *Emmerich*, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Bearb., Berlin 1995, § 571 Rn 10 (Sukzession, um die §§ 404 ff. BGB für den Mieter anwendbar zu machen).

<sup>13</sup> Vgl. Berner Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen, BLSchK 1995, 240 und die bei *Dubach* (Fn 4) 43, 44 Anm. 6 aufgeführten Fälle aus der Praxis; *Dubach* (S. 44) sieht in diesen Konstellationen - durch den Doppelaufwurf zu beseitigende - „Standardsituationen“ befristeter, unterpreisiger Mietverträge. Damit unterstellt er dem Vermieter bei drohender Zwangsverwertung regelmässig unlautere Absichten und klammert andere als rein wirtschaftliche Intentionen aus. Mit Ausnahmefällen lässt sich indes der Grundsatz, das Grundpfandrecht habe sich im Doppelaufwurfverfahren durchzusetzen, nicht begründen.

<sup>14</sup> Ist die Begründung eines Mietverhältnisses unter den Parteien nicht ernst gemeint (z.B. bei Ehegatten), so liegt sogar ein Scheingeschäft (Art. 18 Abs. 1 OR) vor, auf dessen Nichtigkeit sich auch Dritte berufen können (*Jäggi/Gauch*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V lb, Zürich 1980, Art. 18 N 130). In den übrigen Konstellationen wird zumeist der Tatbestand der Absichtspauliana (Art. 288 SchKG) erfüllt sein.

<sup>15</sup> Kritisch dazu: *Fellmann* (Fn 10) 547 („vorgegaukelt[er] Schutz“); *Honsell*, Obligationenrecht Besonderer Teil, 5. Aufl. Bern 1999, 210 f. (aus rechtsvergleichender Sicht mit Hinweis auf §§ 564b, 571 Abs. 1 BGB); zu den Einzelheiten des Gesetzgebungsverfahrens *Ott/Verardo*, Kauf bricht (nicht) Miete?, ZSR NF 115 (1996) I 29, 34 ff.

<sup>16</sup> Grundlegend *Jost*, Die Realobligation, Bern 1956, 97; *Liver*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Die Grunddienstbarkeiten (Art. 730-744), 3. Aufl. Bern 1980, Einl. N 148 ff.; *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I/1 Einleitung Art. 1-10 ZGB, Bern 1966, Syst. Teil N 271; *Rey*, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV/2/1/1 Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 730 und 731 ZGB, Bern 1981, Syst. Teil N 89; ders., Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Bern 1991, N 240; *Simonius/Sutter* (Fn 9) 81 ff.

<sup>17</sup> *Higi* (Fn 10) Art. 261-261a N 15; *D. Piotet* (Fn 4) N 64 ff.

<sup>8</sup> Vgl. BGE 118 II 119 ff.; *Koller*, Ab welchem Zeitpunkt kann der Käufer einer vermieteten Wohnliegenschaft das Mietverhältnis kündigen?, ZBJV 1993, 389 ff.; ders., Probleme beim Verkauf vermieteter Wohneigenschaften, ZBGR 1991, 193, 198 f.; *Lachat/Stoll/Brunner* (Fn 4) Kap. 27 N 4.1.5; *Permann/Schaner* (Fn 4) Art. 261a N 3 m.w.N.

<sup>9</sup> *Bucher*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl. Zürich 1988, 35; a.A. *Simonius/Sutter*, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band I, Basel/Frankfurt am Main 1995, 97, wonach eine Realobligation nur bestimmte Pflichten umfasst, nicht jedoch den Eintritt in ein zweiseitiges Vertragsverhältnis.

<sup>10</sup> *Fellmann*, Der Übergang des Mietverhältnisses nach Art. 261 OR, AJP 1994, 539, 541; *Higi*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V 2b: Die Miete, Art. 253-265 OR, 3. Aufl. Zürich 1994, Art. 261-261a N 22; *Lüscher*, Art. 261 OR - eine besondere Kollisionsnorm, AJP 1997, 947, 948; *Zobl*, Grundbuchrecht, Zürich 1999, N 302 Anm. 635.

<sup>11</sup> Vgl. aber die Haftung des Vermieters nach Art. 261 Abs. 3 OR, siehe B) III) 3) b) sowie B) III) 2) a).

bilienverwaltungsgesellschaften und der Untermiete<sup>18</sup> der Fall ist. Massgebend für die dingliche Berechtigung des Vermieters ist der Zeitpunkt der Veräusserung. Erwirbt z.B. der Untervermieter die Mietsache während des Untermietverhältnisses und veräussert sie weiter, so findet Art. 261 Abs. 1 OR Anwendung. Ferner setzt Art. 261 Abs. 1 OR – entgegen seinem Wortlaut, der auf den Abschluss des Mietvertrages abstellt – eine Übergabe der Mietsache an den Mieter voraus<sup>19</sup>. Vor Übergabe hat der Mieter gegen den Vermieter lediglich einen Anspruch auf Schadenersatz wegen nachträglicher subjektiver Unmöglichkeit (Art. 97 Abs. 1 OR<sup>20</sup>).

Aber selbst im Anwendungsbereich von Art. 261 Abs. 1 OR bestehen Bedenken. Die Realobligation ist eine sachenrechtliche Rechtsfigur und damit den im Sachenrecht geltenden Prinzipien und dogmatischen Grundsätzen unterstellt<sup>21</sup>:

Sie steht zum dinglichen Recht im Verhältnis der Akzessorietät<sup>22</sup>. Beim Mietvertrag wird dieser Grundsatz jedoch durchbrochen, indem einerseits Ansprüche des Mieters, die gegen den Vermieter entstanden sind, auf den Erwerber übergehen<sup>23</sup> und andererseits der Vermieter sogar nach dem Verlust des Eigentums an der Mietsache im Rahmen von Art. 261 Abs. 3 OR haftet<sup>24</sup>.

Nach dem Publizitätsprinzip sind dingliche Rechte aufgrund ihrer erga-omnes-Wirkung offenzulegen<sup>25</sup>. Eine Realobligation wirkt zwar nicht gegenüber jedermann, sie bindet aber jeden potentiellen Erwerber der mit ihr verknüpften Sache<sup>26</sup>. Aus Gründen des Verkehrsschutzes schreibt daher Art. 959 Abs. 1 ZGB für eine subjektiv-dingliche Verknüpfung von persönlichen Rechten mit Grundstücken die registerrechtliche Publizität vor. Da der Mietvertrag gemäss Art. 261 Abs. 1 OR auch ohne Vormerkung im

Grundbuch auf den Erwerber übergeht, besteht ein Publizitätsdefizit, das der Gesetzgeber durch das Erfordernis der Übergabe faktisch gemildert hat<sup>27</sup>. Der Besitz des Mieters kann somit als natürliches Publizitätsmittel betrachtet werden<sup>28</sup>, die für Grundstücke vorgesehene registerrechtliche Publizität besteht aber gerade nicht.

Das Verhältnis von rechtsgeschäftlich begründeten Realobligationen zu beschränkten dinglichen Rechten wird grundsätzlich vom Prinzip der Alterspriorität (prior tempore, potior iure; Art. 959 Abs. 2, 972 Abs. 1 ZGB) beherrscht<sup>29</sup>. Art. 261a i.V.m. Art. 261 Abs. 1 OR sieht demgegenüber vor, dass der Mietvertrag auf den Inhaber des beschränkten dinglichen Rechts übergeht, sofern dieses einem Eigentumswechsel gleichkommt. Der Mietvertrag verdrängt also nicht das dingliche Recht, sondern wechselt seine subjektiv-dingliche Verknüpfung: Nicht der Eigentümer des ursprünglichen Grundstücks ist nunmehr Vertragspartei, sondern der Inhaber des beschränkten dinglichen Rechts<sup>30</sup>.

Schliesslich besteht zwischen der Rechtsstellung des Erwerbers und derjenigen des Veräusserers keine Identität. Einerseits räumt Art. 261 Abs. 2 lit. a OR dem Erwerber ein originäres Kündigungsrecht ein, wonach er bei Wohn- und Geschäftsräumen das Mietverhältnis mit der gesetzlichen Frist auf den nächsten gesetzlichen Termin kündigen kann, sofern er einen dringenden Eigenbedarf<sup>31</sup> geltend macht. Das Mietverhältnis ist daher von Gesetzes wegen nur beschränkt subjektiv-dinglich verknüpft. Andererseits gelten die Kündigungssperrfristen aus Art. 271a Abs. 1 lit. d und e nach Art. 271a Abs. 3 lit. d OR für den Erwerber nicht.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Rechtsfigur der Realobligation aus dogmatischen

<sup>18</sup> Der Untermieter ist aber indirekt durch den Übergang des Hauptmietverhältnisses geschützt (*Higi* [Fn 10] Art. 261-261a N 15).

<sup>19</sup> *Higi* (Fn 4) Art. 261-261a N 12 ff. m.w.N.; *Lachat*, Le bail à loyer, Lausanne 1997, 435 Anm. 30; *Lachat/Stoll/Brunner* (Fn 4) Kap. 27 N 4.1.1 Anm. 46; *Permann/Schaner* (Fn 4) Art. 261a N 4; a.A. *D. Piotet* (Fn 4) N 44; ohne Übergabe fehlt es aber an jeglicher Publizität des Mietverhältnisses, die hier nur an den Besitz des Mieters geknüpft werden kann (hierzu *Bröse*, § 571 BGB - Eine rechtspolitische Untersuchung unter Berücksichtigung der Rechtsentwicklung seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches, Diss. Berlin 1976, 13 ff.).

<sup>20</sup> H.M. stellvertretend *Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 1998, N 63.11 ff.; a.A. *Gauch/Schluep/Schmid/Rey*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. Zürich 1998, N 3140 (Art. 102 ff. OR); *Lachat* (Fn 19) 126 (Art. 107 ff. OR).

<sup>21</sup> *Rey* (Fn 16) Syst. Teil N 89; ders. (Fn 16) N 244.

<sup>22</sup> *Liver* (Fn 16) Einl. N 163; *Schmid*, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Hrsg. Honsell/Vogt/Geiser, Basel/Frankfurt am Main 1998, Art. 959 N 11.

<sup>23</sup> *Fellmann* (Fn 10) 540, 543; *Higi* (Fn 10) Art. 261-261a N 22; SVIT-Kommentar (Fn 4) Art. 261-261a N 9; *Weber/Zihlmann* (Fn 4) Art. 261 N 4

<sup>24</sup> Siehe B) III) 3) b).

<sup>25</sup> *Meier-Hayoz* (Fn 16) Syst. Teil N 57; *Rey* (Fn 16) N 272 ff.

<sup>26</sup> *Meier-Hayoz* (Fn 16) Syst. Teil N 292.

<sup>27</sup> Vgl. demgegenüber Art. 649a ZGB: Die von den Miteigentümern gefassten Beschlüsse sind für den Rechtsnachfolger eines Miteigentümers verbindlich, obwohl sie keiner Form bedürfen. Der Erwerber hat lediglich einen Anspruch gegen den Veräusserer wegen Verletzung der Aufklärungspflicht nach Art. 97 Abs. 1 OR (*Brunner/Wichermann*, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Hrsg. Honsell/Vogt/Geiser, Basel/Frankfurt am Main 1998, Art. 649a N 9). Wird der Erwerber durch einen Mietvertrag beeinträchtigt, so hat der Veräusserer nicht gehörig erfüllt (*Honsell*, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Hrsg. Honsell/Vogt/Wiegand, 2. Aufl. Basel/Frankfurt am Main 1996, Art. 192 N 2).

<sup>28</sup> Zur natürlichen Publizität *Zobl* (Fn 10) N 100 m.w.N.

<sup>29</sup> *Jost* (Fn 16) 102; *Meier-Hayoz* (Fn 16) Syst. Teil N 294 ff.; *Rey* (Fn 16) Syst. Teil N 89.

<sup>30</sup> Beim Untergang des beschränkten dinglichen Rechts des Vermieters geht der Mietvertrag nicht unter, sondern analog Art. 261a OR auf den Eigentümer des Stammgrundstücks über (BGE 113 II 121, 127 f. für die erbrechtliche Nutzniessung des überlebenden Ehegatten; *Permann/Schaner* (Fn 4) Art. 261a N 13; *Weber/Zihlmann* (Fn 4) Art. 261a N 2; a.A. *Higi* (Fn 10) Art. 261-261a N 7, 18).

<sup>31</sup> Zum Begriff: BGE 118 II 55; *Higi* (Fn 10) Art. 261-261a N 42 f.; *Lachat/Stoll/Brunner* (Fn 4) Kap. 27 N 4.3.2 und Kap. 30 N 3.8; kritisch *Honsell* (Fn 15) 211; weitergehend *Tercier* (Fn 4) 33: zur Werterhaltung des Pfandrechts ("... en l'occurrence non pour son usage propre maintenir la valeur du gage qui grève l'objet.").

Gründen auf den Mietvertrag nicht passt. Der Mietvertrag wird im Rahmen von Art. 261 Abs. 1 OR beschränkt verdinglicht, indem zumindest für den Zeitraum bis zum nächsten gesetzlichen Kündigungstermin eine subjektiv-dingliche Verknüpfung stattfindet. Die Miete ist deshalb mit einer Realobligation nur beschränkt vergleichbar<sup>32</sup>.

Wird der Mietvertrag im Grundbuch vorgemerkt (Art. 261b OR i.V.m. Art. 959 Abs. 1 ZGB), so liegt eine Realobligation vor. Der Erwerber ist nach Art. 261b Abs. 2 OR in gleicher Weise an den Mietvertrag gebunden wie der ursprüngliche Vermieter: Bei befristeten Mietverträgen erstreckt sich die Bindung auf die gesamte Vertragsdauer, bei unbefristeten gelten die vertraglichen Kündigungsmodalitäten. Im Gegensatz zum nicht vorgemerkten Mietvertrag entfällt folglich das Kündigungsrecht nach Art. 261 Abs. 2 OR<sup>33</sup>. Diese Rechtsfolgen treten mit Eintragung der Vormerkung in das Tagebuch ein (Art. 972 Abs. 2 ZGB)<sup>34</sup>; damit wird die Publizität gewahrt, so dass eine Übergabe der Mietsache für die realobligatorische Wirkung nicht erforderlich ist. Vom Zeitpunkt der Vormerkung an geht der Mietvertrag allen später begründeten beschränkten dinglichen Rechten vor.

## II) Analogie zu Art. 812 Abs. 2 ZGB

Kann der Rechtsanwender auch im Wege der Auslegung dem Gesetz keine Rechtsfolge entnehmen, hat er nach Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB unter umfassender Würdigung der Interessenlage selbst eine generell-abstrakte Regelung aufzustellen. Zu den primären Instrumenten der Lückenfüllung gehört der Analogieschluss<sup>35</sup>. Dieser setzt eine offene Lücke und die wertungsmässige Vergleichbarkeit der Interessenlage voraus<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> Colombara (Fn 4) N 720; Hess-Odoni (Fn 4) 150; Jent-Sörensen (Fn 4) 413; D. Piotet (Fn 4) N 80 ff.; ders. (Fn 4) 680 sprechen daher zutreffend vom realobligatorischen Charakter des Mietvertrages; nach Simonius/Sutter (Fn 9) 97 handelt es um eine mit der Realobligation verwandte Rechtsbeziehung; präziser Lüthi (Fn 4) 1121 („la construction du transfert du bail ... ne peut clairement être attribué à un institut déjà existant, unissant deux domaines de droit traditionnellement tenus séparément.“); a.A. Schmid (Fn 22) Art. 959 N 21, wonach der Mietvertrag eine gesetzliche Realobligation sei.

<sup>33</sup> Lachat (Fn 19) 437; am vollständigen Übergang des Mietvertrages auf den Erwerber ändert die Vormerkung jedoch nichts (Fellmann [Fn 10] 547; SVIT-Kommentar [Fn 4] Art. 261b N 8).

<sup>34</sup> BGE 110 II 128, 130 f. m.w.N.; Zobl (Fn 10) N 255, 306.

<sup>35</sup> Meier-Hayoz (Fn 16) Art. 1 N 316 ff., 346.

<sup>36</sup> Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. Wien/New York 1991, 475; Kramer, Juristische Methodenlehre, Bern/München 1998, 148; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. Berlin usw. 1991, 381 ff.

### 1) Lücke

Eine offene Gesetzeslücke liegt u.a. vor, wenn das Gesetz dem Wortlaut nach auf eine Fallgruppe nicht anwendbar ist, obwohl Sinn und Zweck des Gesetzes eine Regelung enthalten müssten<sup>37</sup>. Hat der Gesetzgeber dagegen bewusst keine Regelung getroffen, so schliesst dieses „qualifizierte Schweigen“ eine ausfüllungsfähige Lücke aus<sup>38</sup>.

Der Gesetzgeber hatte für all jene Fälle, in denen der Anspruch des Grundpfandgläubigers durch später begründete und bei der Veräusserung des Grundstücks auf den Erwerber übergehende Drittrechte beeinträchtigt wird, in den Art. 812 Abs. 2 ZGB und Art. 142 Abs. 1 SchKG eine ausdrückliche Regelung getroffen<sup>39</sup>. Seit Inkrafttreten des neuen Mietrechts am 1. Juli 1990 ist jedoch in Art. 261 Abs. 1 OR ein weiteres Recht mit realobligatorischem Charakter entstanden, das vom Wortlaut der Art. 812 Abs. 2 ZGB und Art. 142 Abs. 1 SchKG nicht erfasst wird. Während das Verhältnis zwischen Erwerber und Mieter im Gesetzgebungsverfahren, insbesondere die umstrittene Kündigungsmöglichkeit in Art. 261 Abs. 2 OR<sup>40</sup>, ausführlich diskutiert worden ist, wurden die Auswirkungen der Neuregelung auf Grundpfandgläubiger im Gesetzgebungsverfahren gar nicht thematisiert; der Gesetzgeber wollte den Schutz des Mieters lediglich pragmatisch im Verhältnis zum Vermieter und Erwerber, nicht jedoch umfassend regeln<sup>41</sup>. Auch im Rahmen der SchKG-Revision wurde die Frage nicht angesprochen<sup>42</sup>. Der Umkehrschluss, der Gesetzgeber habe den Mietvertrag bewusst nicht der Regelung von Art. 812 Abs. 2 ZGB und Art. 142 Abs. 1 SchKG unterstellen wollen, scheidet daher aus, so dass eine ausfüllungsfähige Lücke vorliegt<sup>43</sup>.

<sup>37</sup> Kramer (Fn 36) 143 (sog. „teleologische Lücke“); Larenz (Fn 36) 377.

<sup>38</sup> Meier-Hayoz (Fn 16) Art. 1 N 255.

<sup>39</sup> Vgl. auch D. Piotet (Fn 4) N 203.

<sup>40</sup> Amtl. Bulletin StR 98/1988, 157 und NR 99/1989, 503 ff.: Ursprünglich sollte der Vertrag auf den nächstmöglichen gesetzlichen Termin unter Einhaltung der gesetzlichen oder einer kürzeren vertraglichen Frist kündbar sein. Man einigte sich dann aber zum Schutz des Mieters auf Art. 261 Abs. 2 lit. a OR in der heutigen Form (kündbar wegen dringenden Eigenbedarfs).

<sup>41</sup> Hess-Odoni (Fn 4) 149; Jent-Sörensen (Fn 4) 411; D. Piotet (Fn 4) N 245.

<sup>42</sup> Vgl. Botschaft zum SchKG vom 8.5.1991, BBl. 1991 III 1 ff.

<sup>43</sup> P. Piotet ([Fn 5] 14 f.) und ihm folgend Richard ([Fn 5] 89) verneinen dagegen das Vorliegen einer Lücke, weil sich Art. 261 Abs. 1 OR nur auf Verfügungen nach Mietantritt bezieht, das zeitlich vorgehende Pfandrecht folglich wie das vorgemerkte Kaufrecht als dingliches Anwartschaftsrecht keinen Übergang der Miete auslösen könne. Aber selbst unter dieser Prämisse müsste man zum selben Ergebnis gelangen: Da der Pfandgläubiger nach Art. 812 Abs. 2 ZGB nur gegen solche Belastungen geschützt ist, die sich für ihn in der Pfandverwertung nachteilig auswirken, wäre der Anwendungsbereich von Art. 261 Abs. 1 OR auf all jene Mietverträge zu erweitern, die den Verwertungserlös nicht beeinträchtigen. Dies lässt sich aber nur im Verfahren des Doppelaufrufs feststellen.

## 2) Vergleichbarkeit der Interessenlage

Die Ähnlichkeit der Interessenlage bestimmt sich nach der ratio legis der auf ihre analoge Anwendbarkeit zu prüfenden Norm<sup>44</sup>.

Art. 812 Abs. 2 ZGB geht vom Prinzip der Alterspriorität aus, wonach das früher errichtete beschränkte dingliche Recht dem später errichteten vorgeht<sup>45</sup>. Der Grundpfandgläubiger kann zwar nicht verhindern, dass das ihm Sicherheit bietende Grundstück mit weiteren Lasten belegt wird, er kann jedoch deren Löschung verlangen, wenn er wegen der neuen Last in der Verwertung eine geringere Deckung erhält<sup>46</sup>. Die ratio dieser Bestimmung liegt folglich darin zu vermeiden, dass nach der Errichtung eines Grundpfandrechts die Verwertbarkeit des Grundstücks und damit dessen wirtschaftlicher Wert<sup>47</sup> durch Rechts-handlungen<sup>48</sup> des Grundeigentümers beeinträchtigt wird. Massgebend ist daher, wie sich die Belastungen auf das Höchstgebot in der Pfandverwertung auswirken. Dieses richtet sich aus Sicht der Bietenden nach dem Wert, den das Grundstück in Moment seines Erwerbs hat. Folglich beeinträchtigt jedes Drittrecht, das den Erwerber des Grundstücks bindet, den Wert. Hierzu können neben den im Gesetz ausdrücklich genannten Dienstbarkeiten, Grundlasten und vorge-merkten persönlichen Rechten wegen Art. 261 Abs. 1 OR auch Mietverträge zählen<sup>49</sup>, wenn diese den Interessen des Erwerbers<sup>50</sup> widersprechen und er mangels Nachweis eines dringenden Eigenbedarfs (Art. 261 Abs. 2 lit. a OR) nicht kündigen kann. Auf die Rechtsnatur der Belastung, die zur fehlenden Deckung der Grundpfandgläubiger führt, kommt es daher nicht an; ob es sich um beschränkte dingliche Rechte, realobligatorische Rechte oder Rechte mit beschränkt realobligatorischer Wirkung handelt, macht keinen Unterschied, solange eine Bindungswirkung gegenüber dem Erwerber besteht. Das gleiche gilt für den möglichen Einwand, der Übergang

des Vertragsverhältnisses sei nicht endgültig, sondern schuldrechtlich auflösbar (Kündigung nach Art. 261 Abs. 2 OR): Der Erwerber bleibt selbst bei Nachweis des dringenden Eigenbedarfs mindestens drei (Art. 266c OR) bzw. sechs Monate (Art. 266d OR) gebunden und tritt in alle Rechte und Pflichten des Veräusserers ein<sup>51</sup>. Ebenso ist dem Argument, der Übergang des Mietverhältnisses nach Art. 261 Abs. 1 OR, der sich sogar gegen das Eigentum durchsetze, müsse einem beschränkten dinglichen Recht erst recht vorgehen<sup>52</sup>, zu begegnen.

Folglich werden auch Mietverträge von der ratio legis des Art. 812 Abs. 2 ZGB erfasst, so dass eine analoge Anwendung gerechtfertigt ist.

## 3) Modifikation der Rechtsfolgen

Eine rein wörtliche Anwendung des Doppelaufrufs auf Mietverträge führte dazu, dass diese als „Belastung“ nach Art. 812 Abs. 2 ZGB bzw. als „Last“ nach Art. 142 Abs. 3 S. 1 SchKG „gelöscht“<sup>53</sup> werden und den Erwerber nicht binden. Ein Analogieschluss verlangt indes nicht zwingend eine wörtliche Übernahme der Rechtsfolgen. Diese können vielmehr, wiederum orientiert an der ratio der Norm, modifiziert werden<sup>54</sup>.

### a) Interessen von Mieter und Erwerber – gesetzlicher Mindeststandard des Mieterschutzes

Die Miete von Wohn- und Geschäftsräumen ist in besonderem Masse auf Stabilität ausgerichtet<sup>55</sup>. Für den Mieter erschöpft sich das Vertragsverhältnis nicht in der blossen synallagmatischen Verknüpfung von auf Dauer angelegten Leistungen, sondern dient als Basis für sein persönliches, soziales und wirtschaftliches Dasein<sup>56</sup>. Der Einzelne ist auf den Gebrauch der Wohnung zur Befriedigung elementarer Lebensbedürfnisse sowie zur Freiheitssicherung und zur Entfaltung seiner Persönlichkeit angewiesen<sup>57</sup>. Diese rechtspolitisch

Zudem bleiben die Verfasser die Antwort auf die Frage schuldig, ob der Mieter infolge der Verwertung sofort ausgewiesen werden kann.

<sup>44</sup> Bydlinski (Fn 36) 475; Larenz (Fn 36) 381 f.

<sup>45</sup> Stellvertretend BGE 119 III 35; *Zobl*, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV/2/5/1 Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, Bern 1982, Syst. Teil N 302.

<sup>46</sup> *Leemann*, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV/2 Die beschränkten dinglichen Rechte, Art. 730-918 ZGB, Bern 1925, Art. 812 ZGB N 3 f.; zur Feststellung, ob sich die Belastung tatsächlich in der Verwertbarkeit niederschlägt, dient der Doppelaufwurf nach Art. 142 SchKG.

<sup>47</sup> *Colombara* (Fn 4) N 505.

<sup>48</sup> Der Schutz des Grundpfandgläubigers vor physischen Pfandverschlechterungen ist in den Art. 808 ff. ZGB geregelt.

<sup>49</sup> Ebenso *D. Piotet* (Fn 4) N 197 f.

<sup>50</sup> Ob diese wirtschaftlicher (z.B. niedriger Mietzins) oder ideeller (z.B. Ästhetik) Art sind, spielt grundsätzlich keine Rolle; regelmässig werden es die erstgenannten Gründe sein. Das nach *Lüthi/Zirlick* ([Fn 4] 1330) massgebende Kriterium der Befristung ist dagegen zu starr, weil allfällig vertraglich vereinbarte, lange Kündigungsfristen nicht berücksichtigt werden.

<sup>51</sup> Statt vieler *Fellmann* (Fn 10) 543 m.w.N. in Anm. 55.

<sup>52</sup> *Stahelin* (Fn 4) 369.

<sup>53</sup> Der Terminus „Löschung“ ist für die einseitige Aufhebung von Dauerschuldverhältnissen durch den der „Kündigung“ zu ersetzen (vgl. statt vieler von *Tuhr/Escher*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl. Zürich 1974, § 74 IV 4 [S. 167]); letzterer soll im folgenden verwendet werden.

<sup>54</sup> *Kramer* (Fn 36) 148 Anm. 497.

<sup>55</sup> *Gauch*, System der Beendigung von Dauerschuldverhältnissen, Diss. Freiburg 1968, 53.

<sup>56</sup> *B. Giger*, Die Erstreckung des Mietverhältnisses (Art. 272-272d OR), Diss. Zürich 1995, 27; der besondere gesetzliche Schutz der Wohnung wird auch in Art. 8 Abs. 1 EMRK betont, woraus jedoch keine Pflicht des Staates zur Schaffung eines sozialen Mietrechts ableitbar ist (von *Guntens*, Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung, Diss. Zürich 1992, 99). Das deutsche Recht hingegen unterstellt das Besitzrecht des Mieters der Eigentumsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG (BVerfG NJW 1993, 2035).

<sup>57</sup> BVerfG NJW 1993, 2035.

unstreitige Grundlage ist vom Gesetzgeber durch eine beschränkte Bestandesgarantie anerkannt, welche sich insbesondere in der Gewährung von Kündigungsfristen widerspiegelt<sup>58</sup>. Als Regelfall hat der Gesetzgeber in Art. 266 Abs. 1 i.V.m. Art. 266c, 266d OR die ordentliche Kündigungsfrist von drei Monaten für Wohnungen und sechs Monaten für Geschäftsräume festgelegt. Dieser gesetzliche Mindestschutz für den Mieter ist nach Art. 266a OR insofern zwingendes Recht, als die Fristen nicht verkürzt werden dürfen<sup>59</sup>. Selbst bei ausserordentlicher Kündigung wegen unzumutbarer Fortführung nach Art. 266g Abs. 1 OR hat das Mietverhältnis noch für diese Dauer Bestand, d.h. der kündigende Vermieter hat den Gebrauch durch den Mieter zu dulden. Das gleiche gilt nach Art. 261 Abs. 1 OR für den Erwerber im Falle des Eigentumswechsels an der Mietsache. Bei befristeten Mietverträgen sind die Kontinuitätserwartungen der Parteien besonders ausgeprägt, so dass eine Kündigung – abgesehen von Art. 257d Abs. 2 und Art. 257f Abs. 3 OR – nur nach Art. 266g oder Art. 261 Abs. 2 lit. a OR möglich ist. Durch den Einbezug Dritter, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Verwertbarkeit des Grundstücks haben, ergeben sich für diese grundlegenden Wertungen keine Änderungen. Die Nichtgewährung einer Kündigungsfrist hätte für den Mieter regelmässig eine soziale Härte zur Folge, während die Gewährung einer Kündigungsfrist den Interessen des Erwerbers nicht zwingend entgegenläuft: Seinem Interesse an einer wirtschaftlichen Nutzung entsprechend sollte die Mietsache nicht ungenutzt bleiben<sup>60</sup>. Entscheidend ist für ihn allein, innert welcher Frist er selbst über die Nutzung entscheiden und sich von einer bestehenden Bindung lösen kann. Unter Zugrundelegung dieser Interessenlage hätte der Gesetzgeber den Mindeststandard bei der Kündigungsfrist nicht herabgesetzt. Der Mietvertrag ist daher auch infolge des Doppelaufrufs nur unter Einhaltung der Kündigungsfrist von drei Monaten für Wohnräume und einer solchen von sechs Monaten für Geschäftsräume auf den nächsten gesetzlichen Termin kündbar.

#### b) Übergang des Mietvertrages

Fraglich ist, welche Rechtsbeziehung zwischen Mieter und Erwerber in diesem Zeitraum besteht. Unter

der Annahme, der Mietvertrag ginge nicht über<sup>61</sup>, lässt sich dies schuldrechtlich nicht erklären, weil es an einem vertraglichen Anspruch auf Gebrauchsüberlassung fehlt. Ein solcher wird im Schrifttum durch eine Verlängerung der Zwangsverwaltung konstruiert: Während dieses Zeitraums könnte das Betreibungs- und Konkursamt dem Mieter den Gebrauch überlassen und den Erwerber verpflichten, dies zu dulden<sup>62</sup>. Damit wird aber im Ergebnis der wirtschaftliche Zustand erreicht, der zugunsten der Verwertbarkeit des Grundstücks gerade nicht eintreten sollte: Der Mieter behält sein Recht zum Besitz und Gebrauch der Mietsache zulasten des neuen Eigentümers<sup>63</sup>. Eine Verlängerung der betriebsrechtlichen Verwaltung des Grundstücks entbehrt ihrerseits einer gesetzlichen Grundlage, insbesondere lässt sie sich nicht aus Art. 50 VZG herleiten. Sie führt zudem zu weiteren Kosten und macht das Verfahren dadurch unnötig kompliziert, dass sowohl die Anspruchsgrundlagen für die synallagmatischen Leistungen als auch die zeitlichen Grenzen unklar bleiben. Die naheliegendste Lösung besteht darin, den Mietvertrag analog Art. 261 Abs. 1 OR auf den Erwerber übergehen zu lassen, der dann über die Beendigung des Vertrages befinden kann. Selbst vom Standpunkt aus, dass der beste Mieterschutz in einem möglichst kompetitiven Wohnungsmarkt liege, dieser möglichst niedrige Hypothekarzinsen voraussetze, die wiederum vom Wert des Grundpfandrechts als Kreditsicherungsmittel abhängen<sup>64</sup>, wird der Schluss, der Mietvertrag müsse nach Doppelaufruf vollständig wegfallen, nicht gezogen.

#### c) Sachliche Kündigungsbeschränkungen?

Fraglich ist, ob der analog Art. 261 Abs. 1 OR übergegangene Mietvertrag in jedem Fall bei Einhaltung der gesetzlichen Frist kündbar ist oder zusätzlich sachliche Kündigungsbeschränkungen bestehen. Art. 261 Abs. 2 lit. a OR sieht den Nachweis dringenden Eigenbedarfs vor. Die ratio liegt im Schutz des Mieters vor sachlich ungerechtfertigten Kündigungen<sup>65</sup> einerseits und in der Bekämpfung der Bodenspekulation<sup>66</sup> anderer-

<sup>58</sup> Zur Kündigungsfrist als Stabilisierungsfaktor *Oetker*, Das Dauer-schuldverhältnis und seine Beendigung, Tübingen 1994, 454.

<sup>59</sup> *Honsell* (Fn 15) 217.

<sup>60</sup> „Freibleibende Kräfte sind tote Kräfte“ (*Gauch* [Fn 55] 51); gerade bei der Geschäftsraummietsache lässt sich von heute auf morgen regelmässig kein neuer Vertragspartner finden, weil derartige Mietverträge mit der Geschäftspolitik abgestimmt werden müssen. Faktisch sind daher die ortsüblichen Kündigungstermine massgebend.

<sup>61</sup> So aber *Hess-Odoni* (Fn 4) 151; *Lorandi* (Fn 4) 124; ders. (Fn 4) 844; *Meyer* (Fn 4) 13; *D. Piotet* (Fn 4) 691; offengelassen bei *Lüthi* (Fn 4) 1124 f., der das Bestehen eines faktischen Vertrages in Erwägung zieht.

<sup>62</sup> *Meyer* (Fn 4) 1996, 13; *D. Piotet* (Fn 4) 691 f.

<sup>63</sup> Die Begründung dieser Inkonsequenz lässt sich nicht auf Art. 6 Abs. 2 EMRK stützen (so aber *D. Piotet* [Fn 4] 691), weil Abs. 2 die Unschuldsumsetzung im Strafrecht regelt; auch wenn Abs. 1 gemeint sein sollte, enthält dieser nur rechtsstaatliche Verfahrensgarantien (*Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar, 2. Aufl. Kehl/Strassburg/Arlington 1996, Art. 6 Rn 1), begründet im Einzelfall aber keinen materiellrechtlichen Anspruch.

<sup>64</sup> *Dubach* (Fn 4) 43, 48.

<sup>65</sup> *Higi* (Fn 10) Art. 261-261a N 41.

<sup>66</sup> Vgl. *David*, Amtl. Bull. NR 1989 I 506.

seits. Beide Tatbestände sind in den hier diskutierten Fällen nicht einschlägig. Massgebend ist im Hinblick auf Art. 812 Abs. 2 ZGB allein die Verwertbarkeit des Grundstücks. Das Erfordernis des dringenden Eigenbedarfs für die Kündbarkeit ist das eigentliche Belastungselement am Mietvertrag, das sich in der Verwertung der Mietsache niederschlägt. Während beschränkte dingliche Rechte infolge des Doppelaufrufs direkt gelöscht werden, verzögert sich das Ende der Belastung durch den Mietvertrag aus sozialen Gründen. Das Erfordernis des dringenden Eigenbedarfs könnte diese Verzögerung zu einer endgültigen, für den Erwerber unüberwindlichen Hürde machen und würde zu einseitig die Mieterinteressen berücksichtigen. Im Ergebnis würde damit eine Lücke verneint und Art. 261 Abs. 2 lit. a OR direkt angewandt, was nicht der Intention des Gesetzgebers entspricht.

#### d) Ergebnis

Der Mietvertrag geht auch im Verfahren des Doppelaufrufs auf den Erwerber über. Dieser kann den Vertrag ohne Nachweis dringenden Eigenbedarfs mit der gesetzlichen Frist auf den nächsten gesetzlichen Termin kündigen.

### III) Folgenbetrachtung

Die sich aus dieser Konzeption ergebenden Folgen für den Mieterschutz sind sowohl in verfahrensrechtlicher als auch materiellrechtlicher Hinsicht zu prüfen.

#### 1) Verfahrensrechtliche Konsequenzen

##### a) Aufnahme von Mietverträgen ins Lastenverzeichnis

Mit der Bekanntmachung der Versteigerung erfolgt nach Art. 138 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG eine Aufforderung an die Pfandgläubiger und alle übrigen Beteiligten, dem Betreibungsamt innert 20 Tagen ihre Ansprüche am Grundstück anzumelden. Anhand dieser Anmeldungen und eines aktuellen Grundbuchauszugs (Art. 28 VZG) wird nach Art. 140 Abs. 1 SchKG das Lastenverzeichnis erstellt. Der Mietvertrag als solcher ist nicht im Grundbuch eingetragen, so dass er entweder angemeldet werden muss oder auf andere Weise dem Betreibungsamt zur Kenntnis gelangt<sup>67</sup>. In

beiden Fällen ist die Eintragung ins Lastenverzeichnis<sup>68</sup> von Amtes wegen vorzunehmen<sup>69</sup>. Da der Rechtsübergang nach Art. 261 Abs. 1 OR ipso iure erfolgt<sup>70</sup> und ein gutgläubiger Erwerber sich nicht auf den fehlenden Eintrag im Lastenverzeichnis berufen kann<sup>71</sup>, beschränkt sich die Wirkung der Aufnahme auf die Auseinandersetzung (Lastenbereinigung und Doppelaufwurf) zwischen dem Mieter und Grundpfandgläubiger<sup>72</sup>.

Der Grundpfandgläubiger kann den Doppelaufwurf nur verlangen, wenn sich der Vorrang des Pfandrechts aus dem Lastenverzeichnis ergibt oder vom Mieter anerkannt wird (Art. 142 Abs. 1 und 2 SchKG). Andernfalls muss er gegen den Mieter Klage auf Feststellung des Vorrangs erheben<sup>73</sup>.

Dem Mieter ist aufgrund der Gefahr des Doppelaufwurfs die Möglichkeit zu eröffnen, im Lastenbereinigungsverfahren den Vorrang eines geltend gemachten Pfandrechts zu bestreiten. Ihm ist daher als Beteiligter nach Art. 140 Abs. 2 SchKG das Lastenverzeichnis zuzustellen und eine Bestreitungsfrist von zehn Tagen anzusetzen<sup>74</sup>. Wird dies vom Betreibungsamt unterlassen und hat der Mieter nicht auf andere Weise sichere Kenntnis vom Inhalt des Lastenverzeichnisses erlangt, so kann er einen allfälligen, nach dem Doppelaufwurf „ohne den Mietvertrag“ erfolgten Zuschlag mit Beschwerde anfechten (Art. 143a i.V.m. Art. 132a und Art. 17 SchKG analog)<sup>75</sup>. Das rechtskräftige Lastenverzeichnis wird den Steigerungsbedingungen als Anhang beigelegt (Art. 45 Abs. 2 VZG) und

ZGB), ist nach Art. 91 Abs. 1 VZG vorzugehen; im Konkurs sind Mietverträge nach Art. 26 Abs. 2 KOV von Amtes wegen zu inventarisieren.

<sup>68</sup> Unter der Rubrik „c) Andere Lasten“ (vgl. Formular VZG 9).

<sup>69</sup> Brönnimann (Fn 4) 157; Dubach (Fn 4) 48; Häusermann/Stöckli/Feuz (Fn 4) Art. 140 N 101; Lachat, La résiliation du bail en cas d'aliénation de l'immeuble et d'insolvabilité du bailleur, Cahiers du bail 1999, 65, 80; Lorandi (Fn 4) 125; ders. (Fn 4) 845; Lüthi (Fn 4) 1123.

<sup>70</sup> Colombara (Fn 4) N 720; Gillieron (Fn 4) 9; Häusermann/Stöckli/Feuz (Fn 4) Art. 135 N 12; Honsell (Fn 15) 210.

<sup>71</sup> Anders bei allen übrigen Rechten, die nach Massgabe der Art. 135 ff. SchKG dem Erwerber überbunden werden, vgl. BGE 106 II 191; Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. Aufl. Bern 1997, § 28 N 43; Häusermann/Stöckli/Feuz (Fn 4) Art. 140 N 1. Die fehlende Aufnahme des Mietvertrages ins Lastenverzeichnis schadet dem Mieter daher nicht.

<sup>72</sup> Daher erfolgt der Eintrag lediglich „à titre purement informatif“ (vgl. den Sachverhalt in BGE 124 III 37 ff.).

<sup>73</sup> Zur Wirkung der Klageeinreichung auf das Verwertungsverfahren Häusermann/Stöckli/Feuz (Fn 4) Art. 142 N 16.

<sup>74</sup> Nach Monnier (Fn 4) besteht diese Pflicht erst ab dem Zeitpunkt, in dem der Doppelaufwurf tatsächlich verlangt wird. Der Doppelaufwurf kann aber über die 10-Tagesfrist in Art. 104 Abs. 1 VZG (Ordnungs-, nicht Verwirkungsfrist: Häusermann/Stöckli/Feuz [Fn 4] Art. 142 N 14) hinaus bis vor Beginn der Versteigerung verlangt werden mit der Folge, dass die Anfechtungsfrist für den Mieter nach Art. 140 Abs. 2 SchKG erst ab diesem Zeitpunkt zu laufen beginnt. Unter Umständen ist somit zum vorgesehenen Versteigerungstermin das Lastenverzeichnis noch nicht in Rechtskraft erwachsen (vgl. Art. 141 Abs. 1 SchKG).

<sup>75</sup> Häusermann/Stöckli/Feuz (Fn 4) Art. 140 N 122.

<sup>67</sup> In der Betreibung auf Pfandverwertung kann das Betreibungsamt anlässlich der Befragung des Schuldners über die Grundpfandgläubiger (Art. 28 Abs. 2 VZG) gleichzeitig das Vorliegen von Mietverträgen abklären; für den Fall, dass der betreibende Grundpfandgläubiger die Pfandhaft auf die Miet- und Pachtzinsforderungen ausdehnt (Art. 806



kann nicht mehr über deren Anfechtung<sup>76</sup> in Frage gestellt werden<sup>77</sup>. Der Mietvertrag ist nach Art. 45 Abs. 1 lit. a VZG zusätzlich in die Steigerungsbedingungen selbst aufzunehmen<sup>78</sup>, welche dem Mieter nach Art. 139 SchKG schriftlich zuzustellen sind<sup>79</sup>.

Ist der Mietvertrag im Grundbuch vorgemerkt (Art. 261b OR, 959 Abs. 1 ZGB), so sind die Vormerkung und der Mietvertrag als solcher getrennt ins Lastenverzeichnis aufzunehmen<sup>80</sup>. Auf die Vormerkung sind die Art. 135 ff. SchKG direkt anwendbar. Das Verfahren des Doppelaufrufs ist demzufolge bei vorgemerkten Mietverträgen um einen dritten Aufruf zu erweitern (Dreifachaufruf): Gegenstand des ersten Aufrufs ist der Mietvertrag samt Vormerkung, der des zweiten Aufrufs der im Rahmen von Art. 261 Abs. 2 lit. a OR kündbare Mietvertrag und der des dritten Aufrufs der Mietvertrag mit neuer, ausserordentlicher Kündigungsmöglichkeit<sup>81</sup>.

### b) Differenzzahlung im Doppelaufruf

Der Doppelaufruf findet nur statt, wenn der Pfandgläubiger ein entsprechendes Begehren gestellt hat (Art. 142 Abs. 1 SchKG, Art. 104 VZG). Dieses ist in die Steigerungsbedingungen aufzunehmen (Art. 45 Abs. 1. lit. c VZG) oder jedenfalls vor dem Beginn der Steigerung den Beteiligten zur Kenntnis zu geben (Art. 56 VZG). Beim ersten Aufruf wird das Grundstück mit dem Mietvertrag aufgerufen. Erhält der Grundpfandgläubiger, der den doppelten Aufruf verlangt hat, für seine Forderung keine volle Deckung, erfolgt ein zweiter Aufruf ohne<sup>82</sup> den Mietvertrag. Wird nun ein höherer Erlös erzielt, kann der Mieter durch sofortige Zahlung des Differenzbetrags bewirken, dass der endgültige Zuschlag dem Meistbietenden des ersten Aufrufs erteilt wird<sup>83</sup>, weil es nunmehr

am Schaden des Grundpfandgläubigers fehlt und eine Löschung<sup>84</sup> des Mietvertrags nicht mehr gerechtfertigt wäre. Im Falle des vorgemerkten Mietvertrages kann sich der Mieter somit dessen Unkündbarkeit durch den Erwerber „erkaufen“ (Art. 261b Abs. 2 OR), beim nicht vorgemerkten Mietvertrag die Beschränkung der Kündigung auf den Fall des dringenden Eigenbedarfs (Art. 261 Abs. 2 lit. a OR). Da das Kündigungsrecht des Art. 261 Abs. 2 lit. a OR dem Erwerber von Gesetzes wegen zusteht, muss der Mieter bei der Differenzzahlung anhand des Erwerbers das Eigenbedarfsrisiko abschätzen; eine Bank als Ersteigerin wird regelmässig keinen dringenden Eigenbedarf nachweisen können<sup>85</sup>. Daneben fallen für den Mieter die Dauer seines Mietvertrags und die mit einem Umzug verbundenen Nachteile<sup>86</sup> ins Gewicht, letztere insbesondere im Konkurs des Vermieters, da seine Schadenersatzforderung aus Art. 261 Abs. 3 OR lediglich eine Konkursforderung ist und somit nur – wenn überhaupt – quotall befriedigt wird<sup>87</sup>.

keine volle Deckung, so beträgt der durch die Last verursachte „Schaden“ die Differenz zwischen dem Höchstgebot des ersten Aufrufs und jenem des zweiten Aufrufs, nicht aber zur Deckungssumme. Während die h.L. von der Fiktion ausgeht, die Last sei das einzige schädigende Element, soll nach der hier vertretenen Ansicht der Markt über das Ausmass der Beeinträchtigung entscheiden. Dies stimmt mit dem Schutzzweck von Art. 812 Abs. 2 ZGB, wonach der Grundpfandgläubiger nicht „geschädigt“ werden darf, überein: Er soll nur davor bewahrt werden, eine geringere Deckung zu erhalten, als wenn die Last nicht bestünde (*Leemann* [Fn 46] Art. 812 N 25); eine volle Deckung für das Pfandrecht ist dagegen nicht garantiert. Eine mit dieser ratio in Einklang stehende Auslegung von Art. 56 S. 2 lit. a und b VZG muss dem Inhaber des jüngeren Rechts die Möglichkeit geben, auch noch nach dem Höchstgebot im zweiten Aufruf die Differenz zu zahlen. Andernfalls stünde der Grundpfandgläubiger besser, als wenn das Grundstück unbelastet geblieben wäre, wenn der durch die Last Begünstigte sein Recht „um jeden Preis“ aufrechterhalten will. Betrachtet man den zweiten Aufruf durch die Differenzzahlung als nicht abgeschlossen, so bleibt der Meistbietende im Rahmen des ersten Aufrufs i.S.v. Art. 56 S. 2 lit. a VZG gebunden. Er erhält den endgültigen Zuschlag mit der Last.

Beispiel: Das Grundstück des V ist mit einer Hypothek (Valuta 111'000) zugunsten der B-Bank und einer nachträglichen Dienstbarkeit zugunsten des D belastet. Im ersten Aufruf werden 67'000 geboten, im zweiten ohne die Dienstbarkeit 82'000. Nach der h.L. müsste D zur Abwendung der Löschung 111'000 - 67'000 = 44'000 zahlen, obwohl ohne Errichtung der Dienstbarkeit lediglich 82'000 erzielt und B lediglich in dieser Höhe befriedigt worden wäre. Nach der hier vertretenen Ansicht zahlt D 82'000 - 67'000 = 15'000, was dem Marktwert der Dienstbarkeit entspricht. Variante: Das Höchstgebot im zweiten Aufruf beträgt 135'000. Dann zahlt D 135'000 - 67'000 = 68'000, erhält aber analog Art. 812 Abs. 3 ZGB [vgl. B) III) 1) c)] den Mehrerlös, also 135'000 - 111'000 = 24'000 zurück. In diesem Fall beträgt seine Aufwendung in Übereinstimmung mit der h.L. 44'000.

<sup>84</sup> Genauer: Kündbarkeit ohne Nachweis dringenden Eigenbedarfs.

<sup>85</sup> Ebenso *Brönnimann* (Fn 4) 149 f.

<sup>86</sup> Zu denken ist z.B. an die Miete von Geschäftsräumen an publikumswirksamer Lage.

<sup>87</sup> Zum Regress für die Barauszahlung siehe B) III) 3) c); zum Vermieterkonkurs siehe B) III) 4); zum Schadenersatzanspruch aus Art. 261 Abs. 3 OR siehe B) III) 3) b).

<sup>76</sup> Zur Anfechtungslegitimation vgl. *Jaeger*, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band I, 4. Aufl. Zürich 1997, Art. 134 N 23; *Häusermann/Stöckli/Feuz* (Fn 4) Art. 134 N 11.

<sup>77</sup> BGE 112 III 31 ff.; *Amonn/Gasser* (Fn 71) § 28 N 48; *Jaeger* (Fn 76) Art. 134 N 18.

<sup>78</sup> *Colombara* (Fn 4) N 720; *Lachat* (Fn 69) 81.

<sup>79</sup> *Dubach* (Fn 4) 48.

<sup>80</sup> *Lorandi* (Fn 4) 125; ders. (Fn 4) 845; zunächst wird die Vormerkung, dann der Mietvertrag als solcher „gelöscht“.

<sup>81</sup> „Triple mise à prix“, *Lachat* (Fn 69) 81; *Lachat/Stoll/Brunner* (Fn 4) Kap. 27 Anm. 93; *Lüthi* (Fn 4) 1122; *Lüthi/Zirlick* (Fn 4) 1337; *D. Piotet*, Commentaire sur ATF 125 III 123, AJP 1999, 1339, 1341.

<sup>82</sup> Genauer: mit auf den nächsten gesetzlichen Termin kündbarem Mietvertrag.

<sup>83</sup> *Häusermann/Stöckli/Feuz* (Fn 4) Art. 142 N 28; a.A. die h.L. (*Fritzsche/Walder*, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I, 3. Aufl. Zürich 1984, § 31 N 35; *Jaeger*, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band II, 4. Aufl. Zürich 1999, Art. 142 N 12; *Tuor/Schwyder/Schmid*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Aufl. Zürich 1996, 774; *Zobl* [Fn 10] N 112, gestützt auf Art. 56 S. 2 lit. a VZG und ein obiter dictum in BGE 81 III 63), wonach der aus der Last Begünstigte nur nach dem ersten Aufruf den Differenzbetrag zur Deckungssumme einwerfen kann.

Die Löschung der Last ist aber allein dadurch gerechtfertigt, dass sich diese zum Nachteil des vorgehenden Pfandgläubigers auswirkt (BGE 81 III 63). Ergibt aber die Verwertung des Grundstücks ohne die Last auch

c) *Anspruch des Mieters auf Mehrerlös, Art. 812 Abs. 3 ZGB analog*

Der Schutz, den Art. 812 Abs. 2 ZGB dem Grundpfandgläubiger einräumt, beschränkt sich auf die Höhe der Valutierung des Pfandrechts. Die Verteilung eines etwaigen Überschusses beschlägt seine Rechtsposition nicht mehr. Der Berechtigte des im Doppelaufwurf gelöschten Rechts dagegen soll seinen Anspruch auf Vorabbefriedigung aus dem Erlös des haftenden Grundstücks behalten<sup>88</sup>. Daher gewährt ihm Art. 812 Abs. 3 ZGB entsprechend des Wertes des gelöschten Rechts Vorabbefriedigung. Dies muss für den Mieter, dessen Vertrag, wenn auch in modifizierter Weise, den Rechtsfolgen des Doppelaufwurfs ausgesetzt ist, analog gelten. Die Vergleichbarkeit der Rechtslage kann darin gesehen werden, dass der Mehrerlös regelmässig durch die Löschung des nachrangigen Rechts entsteht, dieser „Verlust“ aber in einer vorgängigen Befriedigung nach Art. 812 Abs. 3 ZGB ausgeglichen wird. Der Mieter, dem vorzeitig gekündigt wird, hat lediglich einen Ausgleichsanspruch gegen den ursprünglichen Vermieter aus Art. 261 Abs. 3 OR. Dieser stellt im Vermieterkonkurs eine einfache Konkursforderung dar<sup>89</sup>, deren Befriedigungsaussichten gering sind, wenn dem Mieter keine Vorabbefriedigung nach Art. 812 Abs. 3 ZGB gewährt würde. Die Höhe des Anspruchs bestimmt sich nicht nach dem Wert des Mietvertrages, sondern nach dem gemäss Art. 261 Abs. 3 OR ersatzfähigen Schaden<sup>90</sup>.

## 2) **Materiellrechtliche Ansprüche gegen den Erwerber**

### a) *Gewährleistung und Haftung für Altansprüche*

Mit dem Übergang des Mietverhältnisses im sachenrechtlich zu bestimmenden Augenblick des Eigentumsübergangs schuldet der Erwerber dem Mieter bis zur Beendigung des Mietvertrages die Überlassung der Mietsache in einem gebrauchsfähigen Zustand (Art. 253, 256 Abs. 1 OR). Somit haftet er für innerhalb dieses Zeitraums begangene Vertragsverletzungen (aus Gewährleistung nach Art. 259 ff. OR oder aus positiver Vertragsverletzung).

<sup>88</sup> Lüthi (Fn 4) 1120; Trauffer, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Hrsg. Honsell/Vogt/Geiser, Basel/Frankfurt am Main 1998, Art. 812 N 23.

<sup>89</sup> Siehe B) III) 4) b).

<sup>90</sup> Ebenso: Dubach (Fn 4) 49; Hess-Odoni (Fn 4) 151; gegen eine Anwendung von Art. 812 Abs. 3 ZGB: Leemann (Fn 46) Art. 812 N 35 (Realobligation ist kein dingliches Recht); Trauffer (Fn 88) Art. 812 N 25 (implizit).

Eine Haftung des Erwerbers für zuvor gegenüber dem ursprünglichen Vermieter entstandene Sekundäransprüche<sup>91</sup> ist jedoch aus zwei Gründen abzulehnen: Einerseits handelt es sich bei Art. 261 Abs. 1 OR um eine Schutznorm zugunsten des Mieters. Fände infolge der Sukzession ein Schuldnerwechsel statt, würde der Mieter nun das Insolvenzrisiko des Erwerbers tragen<sup>92</sup>, ohne dass ihm ein Ablehnungsrecht wie dem Vermieter nach Art. 263 Abs. 3 OR, dem Arbeitnehmer nach Art. 333 Abs. 1 OR oder dem Versicherer nach Art. 54 Abs. 4 Ziff. 1 VVG zusteht<sup>93</sup>. Eine Sukzession der Sekundäransprüche könnte daher dem Schutzzweck von Art. 261 Abs. 1 OR gerade zuwiderlaufen. Andererseits ist zu bedenken, dass die Vertragsfreiheit des Erwerbers bereits durch den Übergang empfindlich beeinträchtigt ist, was eine restriktive Auslegung der Norm gebietet<sup>94</sup>. Zudem besteht für den Erwerber keine Möglichkeit, von allfälligen, der ordentlichen zehnjährigen Verjährungsfrist unterliegenden Sekundäransprüchen Kenntnis zu nehmen, so dass die mit einer Haftung verbundene Rechtsunsicherheit den Erwerb vermieteter Liegenschaften zum sprichwörtlichen Kauf einer „Katze im Sack“ machte. Die Sukzession ist daher allein auf die Primärleistungspflicht zu beschränken, für vor Veräusserung der Mietsache entstandene Sekundäransprüche haftet deshalb weiterhin der ursprüngliche Vermieter<sup>95</sup>. Dies betrifft hauptsächlich die Rückzahlung von überbezahlten Nebenkosten (Art. 257b Abs. 1 OR) oder zuviel bezahlter Mietzinse im Falle von Mängeln (Art. 259d OR)<sup>96</sup>, den Kostenersatz für Mängelbeseitigung nach Art. 259b lit. b OR<sup>97</sup> sowie Schadenersatzansprüche aus Art. 259e OR. Sicherheitsleistungen nach

<sup>91</sup> Zum Begriff *Kramer*, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, VI/1/1 Allgemeine Einleitung und Art. 1-18 OR, Bern 1986, Allg. Einl. N 89 f.; *Medicus*, Bürgerliches Recht, 18. Aufl. Köln/Berlin/Bonn/München 1999, Rn 205.

<sup>92</sup> So schon *Lanz*, Parteiwechsel bei Miete und Dienstvertrag, Diss. Zürich 1934, 31. Bei Insolvenz des Vermieters würde eine solche Sukzession zwar durchaus im Interesse des Mieters liegen, doch lassen sich dem Gesetz weder Wertungen entnehmen, die eine Privilegierung der Geldforderungen des Mieters zuliessen, noch rechtfertigt sich eine unterschiedliche Behandlung von Veräusserung und Entzug in der Zwangsverwertung.

<sup>93</sup> In diesen Fällen des Vertragsübergangs ist der Anspruch des Ablehnungsberechtigten immer auf Geld gerichtet, so dass sich die diesen Regelungen immanenten Wertungen auf die ebenfalls auf Geld gerichteten Sekundäransprüche des Mieters übertragen lassen.

<sup>94</sup> *D. Piotet* (Fn 4) N 22.

<sup>95</sup> *Higi* (Fn 10) Art. 261-261a N 27; *Lachat/Stoll/Brunner* (Fn 4) Kap. 27 N 4.4.1; *D. Piotet* (Fn 4) N 21; SVIT-Kommentar (Fn 4) Art. 261-261a N 14; a.A. offenbar *Fellmann* (Fn 10) 540, 543; *Weber/Zihlmann* (Fn 4) Art. 261 N 4 f.; im Ergebnis wie hier die h.M. im deutschen Recht, die in § 571 Abs. 1 BGB lediglich einen Eintritt sieht (Nachweise in Fn 12).

<sup>96</sup> *Higi* (Fn 10) Art. 261-261a N 27; *Lachat/Stoll/Brunner* (Fn 4) Kap. 27 N 4.4.1; SVIT-Kommentar (Fn 4) Art. 261-261a N 14; ebenso für das deutsche Recht OLG Düsseldorf NJW-RR 1994, 1101 f.; *Gather* (Fn 12) § 571 Rn 52.

<sup>97</sup> A.A. für das deutsche Recht (§ 538 Abs. 2 BGB) *Gather* (Fn 12) § 571 Rn 54.

Art. 257e Abs. 1 OR bleiben im Eigentum des Mieters<sup>98</sup> und werden somit vom Übergang des Mietverhältnisses nicht berührt<sup>99</sup>. Von der Sukzession erfasst wird hingegen das Verwertungsrecht<sup>100</sup>, so dass für die Herausgabe die Zustimmung des Erwerbers erforderlich ist.

### b) Kündigungsschutz

Der Mietvertrag kann vom Erwerber, wie gesehen, abweichend von Art. 261 Abs. 2 OR unter Beachtung der ordentlichen Kündigungsfrist, aber nur auf den nächstmöglichen Termin gekündigt werden<sup>101</sup>. Die Möglichkeiten, gegen diese Kündigung vorzugehen, richten sich nach den allgemeinen Regeln (Art. 266a ff., 271, 271a OR); ausgenommen sind nach Art. 271a Abs. 3 lit. d OR die Kündigungssperrfristen aus Art. 271a Abs. 1 lit. d und e OR.

Nicht ausgeschlossen ist das Kündigungsrecht des Erwerbers im Falle einer vor dem Übergang erfolgten Erstreckung des Mietverhältnisses nach Art. 272 ff. OR. Der Erstreckungsentscheid stellt zwar ein Gestaltungsurteil dar<sup>102</sup>, er ergeht jedoch unter Abwägung der individuell-konkreten Interessenlage und ist somit „von höchster Konkretisierung und Individualisierung“<sup>103</sup>, so dass er keine Bindung für andere als die am Verfahren Beteiligten entfaltet. Dem Erwerber muss z.B. die Möglichkeit offenstehen, dem Mieter ein Ersatzobjekt anzubieten und damit die Erstreckung nach Art. 272a Abs. 2 OR auszuschliessen. Sein originäres Kündigungsrecht wird somit nicht beschlagen, so dass der Mieter ihm gegenüber gegebenenfalls erneut ein Mieterstreckungsbegehren zu stellen hat<sup>104</sup>.

Fraglich ist aber, ob die Regelung der Art. 272 ff. OR auch gegenüber dem Erwerber, der die o.g. ausserordentliche Kündigungsmöglichkeit wahrnimmt, Anwendung findet<sup>105</sup>. Denn eine Erstreckung könnte

ihrerseits die Verwertungschancen des Grundstücks beeinträchtigen. Einerseits tritt bereits durch den Antrag auf Mieterstreckung eine sogenannte „kalte Erstreckung“ ein, doch ist nahezu jedem Verfahren eine Verzögerungswirkung immanent, die allein nicht zur Aberkennung des Rechts führen darf. Andererseits droht die Erstreckung selbst (vgl. Art. 272b Abs. 1 OR) die Wirkungen des Doppelaufrufs zu unterlaufen<sup>106</sup>. Die Mieterstreckungsregeln gelten nach Art. 272 Abs. 1 OR jedoch ausdrücklich für alle Mietverträge; mangels gesetzlicher Differenzierung zwischen befristeten und unbefristeten Verträgen ist auch der Einfluss des Mietzinses auf die Verwertbarkeit etwaiger Grundpfandrechte für die Frage der Anwendbarkeit der Art. 272 ff. OR irrelevant. Bestätigt wird dieses Ergebnis durch die historische Auslegung der Normen. Sie sind aufgrund einer speziell durch Initiative geschaffenen Gesetzgebungskompetenz des Bundes, d.h. in Erfüllung eines Verfassungsauftrages, in das OR aufgenommen worden<sup>107</sup> und lassen sich daher nicht durch rein wirtschaftliche Interessen derogieren. Zudem sieht Art. 272 Abs. 2 OR für die Fragen des Ob und Wie der Mieterstreckung bereits eine Abwägung zwischen Mieter- und Vermieterinteressen vor und legt die zu berücksichtigenden Kriterien fest. Ein absoluter, einseitiger Mieterschutz wird hiermit also nicht angestrebt; insbesondere wird bei Vorliegen von dringendem Eigenbedarf eine Erstreckung nur bei besonderer Härte für den Mieter bejaht<sup>108</sup>. Auch die in Art. 272a OR aufgezählten Ausschlussgründe erfassen eine Minderung der Verwertbarkeit des Mietobjekts nicht; ein solcher würde sich systematisch auch schwerlich einfügen lassen, weil es für den Ausschluss charakteristisch ist, dass der Mieter den Kündigungsgrund entweder selbst verursacht (Art. 272a Abs. 1 lit. a-c OR) oder ihn schon bei Vertragsschluss gekannt hat (Art. 272a Abs. 1 lit. d OR). Vielmehr kann das Interesse des Erwerbers an einem angemesseneren Mietzins während der Erstreckungsperiode nach Art. 272c Abs. 1 OR berücksichtigt werden. Denn auf Antrag des jeweiligen Vermieters lässt sich zumindest die Höhe des Mietzinses im Erstreckungsentscheid anpassen. Folglich sind Mieterstreckungsregeln auch auf den Fall eines unter den Doppelaufwurf fallenden befristeten Vertrages anzuwenden.

<sup>98</sup> Higi (Fn 10) Art. 257e N 24.

<sup>99</sup> Ebenso die Verpflichtung zur Rückzahlung einer gestellten, aber vom Vermieter nicht bei einer Bank hinterlegten Sicherheit (Appellationsgericht BS, BJM 1998, 310 ff.).

<sup>100</sup> Higi (Fn 10) Art. 257e N 9; Lachat/Stoll/Brunner (Fn 4) Kap. 15 N 2.2.3.

<sup>101</sup> Im Ausnahmefall, dass der Mieter seinerseits kündigen will, muss ein „wichtiger Grund“ i.S.d. Art. 266g OR gegeben sein; zum Begriff vgl. Higi, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V 2b: Die Miete, Art. 266-268b OR, 4. Aufl. Zürich 1995, Art. 266g N 44 ff.; SVIT-Kommentar (Fn 4) Art. 266g N 12 ff.

<sup>102</sup> B. Giger (Fn 56) 55; Higi, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V 2b: Die Miete, Art. 271-274g, 4. Aufl. Zürich 1996, Art. 272 N 25; SVIT-Kommentar (Fn 4) Art. 261-261a N 23.

<sup>103</sup> B. Giger (Fn 56) 87.

<sup>104</sup> Ebenso Fellmann (Fn 10) 546; a.A. B. Giger (Fn 56) 55; Lachat/Stoll/Brunner (Fn 4) Kap. 30 Anm. 136; SVIT-Kommentar (Fn 4) Art. 261-261a N 23; Weber/Zihlmann (Fn 4) Art. 261a N 13; unklar Permann/Schaner (Fn 4) Art. 261a N 10; unklar Higi (Fn 10) Art. 261-261a N 39 und ders. (Fn 102) Art. 272c N 19.

<sup>105</sup> Allgemein für die Anwendbarkeit der Art. 272 ff. OR auf den nach Art. 261 Abs. 1 OR übergegangenen Mietvertrag: Fellmann (Fn 10) 545; Richard (Fn 5) 88; SVIT-Kommentar (Fn 4) Art. 261-261a N 24; dage-

gen: Brönnimann (Fn 4) 157; Dubach (Fn 4) 48; Lüthi/Zirlick (Fn 4) 1336; D. Piotet (Fn 81) 1341.

<sup>106</sup> Dubach (Fn 4) 48; Lüthi/Zirlick (Fn 4) 1336; ähnlich Richard (Fn 5) 88.

<sup>107</sup> Art. 34<sup>septies</sup> aBV, Art. 109 BV; eingehend B. Giger (Fn 56) 11 ff.

<sup>108</sup> BGE 118 II 58; Fellmann (Fn 10) 545; SVIT-Kommentar (Fn 4) Art. 261-261a N 24.

### 3) Materiellrechtliche Ansprüche gegen den Vermieter

#### a) Altansprüche

Mit Übergang des Mietvertrages schuldet der Vermieter zwar keine Gebrauchsüberlassung mehr, doch haftet er weiterhin für bereits entstandene Sekundäransprüche des Mieters<sup>109</sup>. Hierunter fallen alle Schadenersatz- und Verwendungsersatzansprüche.

#### b) Haftung für vorzeitige Kündigung, Art. 261 Abs. 3 OR

Art. 261 Abs. 3 OR begründet eine Schadenersatzpflicht des Vermieters, wenn der Erwerber wirksam früher kündigt, als dies nach dem ursprünglichen Vertrag möglich gewesen wäre.

Die Haftung lässt sich so erklären, dass im Zeitpunkt des Erwerbs der Mietsache zwar alle vertraglichen Pflichten vom Vermieter auf den Erwerber übergehen, sich der Anspruch des Mieters auf Gebrauchsüberlassung jedoch weiterhin über die ganze vereinbarte Mietdauer erstreckt. Kündigt der Erwerber nach Abs. 2, so fällt die Gebrauchsüberlassungspflicht auf den ursprünglichen Vermieter zurück; dieser schuldet dem Mieter statt der ihm unmöglichen Realerfüllung Schadenersatz wegen Nichterfüllung<sup>110</sup>.

Die Kündbarkeit und damit die Haftung lässt sich ausschliessen, wenn der Vertrag dem Erwerber durch den Vermieter bei der Veräusserung bzw. durch das Betreibungs- und Konkursamt bei der Versteigerung überbunden wird<sup>111</sup>. Da die Kündigung des Erwerbers in der hier interessierenden Konstellation nur zum ersten Termin mit ordentlicher Frist möglich ist, wird das Gebrauchmachen einer solchen bei befristeten, also abgesehen von Art. 266g OR unkündbaren Verträgen, regelmässig unter Art. 261 Abs. 3 OR fallen<sup>112</sup>. Ausgenommen sind Fälle, in denen die Kündi-

gung auf einem Fehlverhalten des Mieters beruht<sup>113</sup>. Ersetzt wird jeder Schaden, der durch die vorzeitige Kündigung entstanden ist<sup>114</sup>; zeitlich ist der Ersatz begrenzt auf den Zeitraum zwischen Rückgabe der Mietsache und vertragsgemässer Beendigung des Vertrages (Kündigung oder Ablauf der Befristung), sachlich auf den Nichterfüllungsschaden.

#### c) Regress für die Differenzzahlung im Doppelaufwurf

Hat der Mieter zur Vermeidung der Löschung des Mietvertrages im Rahmen des Doppelaufwurfverfahrens die Differenz bar eingeworfen<sup>115</sup>, stellt sich die Frage, ob er hierfür bei seinem ursprünglichen Vertragspartner, dem Vermieter, Regress nehmen kann. Bei der Differenzzahlung handelt es sich um ein freiwilliges Vermögensopfer zum Erreichen eines eigenen Vorteils. Daher scheiden Schadenersatzansprüche (Art. 261 Abs. 3 OR analog; Art. 259e OR analog; Art. 97 Abs. 1 OR in Form der nachträglichen Unmöglichkeit; Art. 41 ff. OR) aus, weil unter den Begriff des Schadens definitionsgemäss nur unfreiwillige Vermögensopfer fallen<sup>116</sup>. Bereichert i.S.d. Art. 62 ff. OR ist der Vermieter ebensowenig, weil diese Zahlung nicht unmittelbar ihm, sondern dem Grundpfandgläubiger in Form einer besseren Deckung zugeflossen ist. Folglich kann der Mieter beim Vermieter keinen Regress nehmen.

### 4) Besonderheiten im Konkurs des Vermieters

Wird über das Vermögen des Vermieters der Konkurs eröffnet, erfolgt die Zwangsverwertung seiner Liegenschaften ebenfalls durch öffentliche Versteigerung oder (ausnahmsweise) im Wege des Freihandverkaufs (Art. 256, 258 Abs. 2 S. 1, 259 S. 1 i.V.m. 128, 129, 132a, 134-137, 142 Abs. 1 und 3, 143 SchKG). Die Kollision zwischen Art. 812 Abs. 2 ZGB, Art. 142 SchKG und Art. 261 OR und die Frage etwaiger Folgeansprüche stellt sich jedoch in einem anderen Kontext.

#### a) Schicksal des Mietvertrages

Der Anspruch des Mieters auf Gebrauchsüberlassung aus einem vor Konkurseröffnung abgeschlossenen

löscht wird (*Hess-Odoni* (Fn 4) 151, der eine Haftung aus culpa in contrahendo erwägt, aber nicht näher behandelt).

<sup>113</sup> *Higi* (Fn 10) Art. 261-261a N 52 (damit kann der Vermieter sein analog Art. 97 Abs. 1 OR vermutetes Verschulden widerlegen).

<sup>114</sup> Bsp. bei SVIT-Kommentar (Fn 4) Art. 261-261a N 25 f.: Umzugskosten, Mietzinsdifferenz.

<sup>115</sup> Siehe B) III) 1) b).

<sup>116</sup> *Von Tuhr/Peter*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I, 3. Aufl. Zürich 1979, § 12 II (S. 84), § 17 I (S. 130): freiwillige Vermögensminderungen sind Verwendungen.

<sup>109</sup> Siehe B) III) 2) a).

<sup>110</sup> Ähnlich die h.L. (*Higi* [Fn 10] Art. 261-261a N 51 m.w.N.); a.A. *Lüscher* (Fn 10) 952 f., der bereits in der Veräusserung des Mietobjekts einen „Vertragsbruch“ erblickt, der nach Art. 97 Abs. 1 OR einen Schadenersatzanspruch begründe, obwohl der Schaden sich erst im Zeitpunkt der Kündigung durch den Erwerber aktualisiere. Unklar bei dieser Konstruktion ist, ob Art. 97 Abs. 1 OR in Form der nachträglichen verschuldeten Unmöglichkeit oder als positive Vertragsverletzung zur Anwendung kommt (unterschiedliche Voraussetzungen!); der Hinweis auf *Gauch/Schluemp*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5./6. Aufl. Zürich 1991/95, N 3345 (Gleichartigkeit i.S.d. Art. 120 Abs. 1 OR) geht fehl. Zudem fehlt es an der Adäquanz zwischen Eigentümerwechsel und vorzeitiger Kündigung.

<sup>111</sup> *Fellmann* (Fn 10) 546; *Higi* (Fn 10) Art. 261-261a N 62; nach *Engel* (Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl. Bern 1997, 423) und *Koller* ([Fn 8] 194) handelt es sich um einen echten Vertrag zu Gunsten Dritter (Art. 112 Abs. 2 OR). Im Konkurs sollte die Verwaltung zur Vermeidung der Haftung aus Art. 261 Abs. 3 OR den Mietvertrag dem Erwerber regelmässig überbinden (kritisch *Lüthi* [Fn 4] 1122).

<sup>112</sup> Art. 261 Abs. 3 OR findet nur für diejenigen Autoren keine Anwendung, für die durch den Doppelaufwurf der gesamte Mietvertrag ge-

Vertrag (Art. 253 OR) kann sich nunmehr nur gegen die Konkursmasse richten.

Vor Übergabe der Mietsache wird dieser Realerfüllungsanspruch regelmässig<sup>117</sup> in eine auf Geld gerichtete Konkursforderung umgewandelt (Art. 211 Abs. 1 SchKG)<sup>118</sup>; der Mieter kann nach Art. 83 OR vom Vertrag zurücktreten<sup>119</sup>. Der Übergang des Mietverhältnisses auf den Erwerber der Liegenschaft findet nur bei vorgemerktem Mietvertrag (Art. 261b OR), bei Übergabe der Mietsache durch die zuvor nach Art. 211 Abs. 2 SchKG in den Vertrag eingetretene Konkursverwaltung (Art. 261 OR) oder bei einer Überbindung des im Zeitpunkt des Erwerbs noch bestehenden Vertrages (Art. 50 VZG) statt.

Nach Übergabe der Mietsache bleibt der ursprüngliche Realerfüllungsanspruch bestehen, Art. 211 Abs. 1 SchKG findet keine Anwendung, und entsprechend stehen die Mietzinsforderungen der Masse zu<sup>120</sup> und sind an sie zu entrichten (Art. 124 VZG). Ob dem Mieter nach Art. 83 OR ein Rücktrittsrecht zusteht, richtet sich nach der Gefährdung seines Anspruchs im konkreten Fall<sup>121</sup>; regelmässig wird er aber kein Interesse an einer vorzeitigen Beendigung des Vertrages haben. Der Mietvertrag geht hier neben den genannten Gründen in jedem Fall nach Art. 261 Abs. 1 OR auf den Erwerber über, so dass sich die Frage der analogen Anwendbarkeit von Art. 812 Abs. 2 ZGB in gleicher Weise wie bei der Betreibung auf Pfandverwertung stellen kann. Sie ist mangels spezifisch konkursrechtlicher Wertungen auch identisch zu entscheiden.

<sup>117</sup> Ausnahmen: (1) Der Mietvertrag ist vorgemerkt, dann führt der realobligatorische Charakter (vgl. Art. 45 Abs. 1 lit. a VZG) der Vormerkung zur Unanwendbarkeit von Art. 211 Abs. 1 SchKG. (2) Eintritt der Konkursverwaltung in den Vertrag nach Art. 211 Abs. 2 SchKG mit der Folge, dass sie – bis zum Erwerb der Liegenschaft durch einen Dritten – die Gebrauchsüberlassung schuldet und die Mietzinsforderungen zu Massforderungen werden (vgl. Schwob, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Hrsg. Staehelin/Bauer/Staehelin, Basel/Genf/München 1998, Art. 211 N 11).

<sup>118</sup> Zur str. Frage der Rechtsnatur der nach Art. 211 Abs. 1 SchKG umgewandelten Forderung (Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder vertraglicher Gegenleistungsanspruch) vgl. Schwob (Fn 117) Art. 211 N 12 m.w.N.

<sup>119</sup> Kren, Konkursöffnung und schuldrechtliche Verträge, Bern 1989, 48; Lorandi (Fn 4) 116; a.A. Peter, Zweiseitige Verträge im Konkurs, Diss. Zürich 1955, 57, 59 (kein Rücktritts- oder Auflösungsrecht des Mieters).

<sup>120</sup> Amonn/Gasser (Fn 71) § 42 N 3; Higi (Fn 10) Art. 261-261a N 65 (implizit); Lorandi (Fn 4) 119; a.A. noch zum alten Mietrecht Peter (Fn 119) 57 f., der nicht zwischen der Rechtslage vor und der nach Konkursöffnung differenziert.

<sup>121</sup> Eine Gefährdung im Hinblick auf Art. 261 Abs. 1 OR verneinend Lorandi (Fn 4) 118 f.; a.A. allerdings noch zum alten Mietrecht, in dem der Übergang des Mietverhältnisses auf den Erwerber nur durch Überbindung (Art. 50 aZVG) oder Vormerkung möglich war, Kren ([Fn 119] 43 f. [„meistens“], 49): Sie nimmt eine Gefährdung an, obwohl sie zugleich einen Realerfüllungsanspruch des Mieters bejaht.

## b) Qualität etwaiger Regressforderungen des Mieters

Ein etwaiger Anspruch gegen den konkursiten Vermieter aus Art. 261 Abs. 3 ZGB richtet sich nun gegen die Konkursmasse. War die Mietsache bereits vor Konkursöffnung überlassen worden, stellt der Anspruch als ein vor Verfahrenseröffnung entstandener lediglich eine quotale zu bedienende Konkursforderung dar<sup>122</sup>. Erfolgte die Übergabe erst nach Konkursöffnung, indem die Konkursverwaltung nach Art. 211 Abs. 2 SchKG in den Vertrag eingetreten ist<sup>123</sup>, handelt es sich bei der Schadenersatzforderung aus Art. 261 Abs. 3 OR um eine Masseschuld<sup>124</sup>.

## IV) Alternativlösungen

### 1) Lösungen im schweizerischen Recht

Um die als zu einseitig empfundenen Konsequenzen einer Nicht- oder einer analogen Anwendung von Art. 812 Abs. 2 ZGB, Art. 142 SchKG zu mildern, werden in der Literatur Alternativlösungen angeboten.

Diejenigen Autoren, die sich für einen Vorrang von Art. 261 OR gegenüber Art. 812 Abs. 2 ZGB aussprechen, versuchen, das auf Seiten des Gläubigers durch die Entwertung seines Grundpfandrechts bestehende Sicherungsdefizit durch eine analoge Anwendung der Art. 809, 810 ZGB<sup>125</sup> und/oder der paulianischen Anfechtung (Art. 285 ff. SchKG)<sup>126</sup> auszugleichen. Die Analogie zu den Grundpfandschutzvorschriften scheitert sowohl am Vorliegen einer offenen Lücke als auch an der Vergleichbarkeit der Interessenlage: Die Art. 808-810 ZGB finden ausschliesslich auf physische, nicht auf rechtliche Pfandverschlechterungen Anwendung; das Schicksal letzterer bestimmt sich allein nach Art. 812 ZGB<sup>127</sup>. Diese Differenzie-

<sup>122</sup> Higi (Fn 10) Art. 261-261a N 66; Jaeger (Fn 83) Art. 211 N 7.2.

<sup>123</sup> Was regelmässig nur bei einem für die Masse als Vermieter günstigen Vertrag erfolgen wird; in diesem Falle ist eine frühzeitige Kündigung durch den Erwerber aber unwahrscheinlich, so dass kein Anspruch aus Art. 261 Abs. 3 OR vorliegt.

<sup>124</sup> Higi (Fn 10) Art. 261-261a N 68; nur i.E. a.A. Peter (Fn 119) 59: Der Schadenersatzanspruch ist eigentlich eine Masseschuld; dies würde aber dem (nur im alten Mietrecht geltenden) Grundsatz „Kauf bricht Miete“ widersprechen.

<sup>125</sup> Ohne nähere Begründung Jent-Sörensen (Fn 4) 412; Lüthi (Fn 4) 1121; Lüthi/Zirlick (Fn 4) 1339; D. Piotet (Fn 4) N 245.

<sup>126</sup> Ohne Begründung und nähere Ausgestaltung Jent-Sörensen (Fn 4) 413; ebenso D. Piotet (Fn 4) N 245; Staehelin (Fn 4) 369; Staehelin/Hentz, Die Anfechtungsklagen, BLSchK 1997, 81, 90 f.

<sup>127</sup> St. Rspr. BGE 43 III 142; 108 II 182 (”l'art. 809 CC concerne le résultat d'atteintes matérielles portées à l'immeuble et non celui provenant d'actes juridiques”) und h.L.; vgl. statt vieler Leemann (Fn 46) Art. 808 N 21 ff.; Steinauer, Les droits réels, Bd. III, 2. Aufl. Bern 1996, N 2737 (Ausnahme: die spätere dingliche Belastung führt indirekt zu einer körperlichen, so z.B. eine Dienstbarkeit auf Duldung eines Überbaus). Du-

nung ist in ihrer strikten Form auch zweckmässig, weil der Gläubiger sich gegen tatsächliche Entwertungen seines Pfandrechts innerhalb des Zwangsverwertungsverfahrens nicht mehr wehren kann. Umgekehrt ginge die Gewährung einer Sicherstellung (Art. 809 ZGB) bei rechtlichen Belastungen zu weit, weil der Grundpfandgläubiger lediglich einen Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstück im Rahmen der Zwangsverwertung (Art. 816 Abs. 1 ZGB) hat und für seinen schuldrechtlichen Anspruch, der durch das Pfandrecht gesichert wird, Sicherstellung nur nach Art. 83 OR verlangen kann. Gegen eine analoge Anwendung der paulianischen Anfechtungsklage spricht, dass der Gläubiger gemäss Art. 285 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG nur nach Erhalt eines Pfändungsverlustscheins anfechtungsberechtigt ist. Der Grundpfandgläubiger hat jedoch nach Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> SchKG zunächst in das Grundstück zu vollstrecken, woraus allenfalls ein Pfandausfallschein resultiert (Art. 158 SchKG), welcher gerade nicht zur Anfechtung berechtigt<sup>128</sup>. Der Pfandgläubiger müsste daher noch das ordentliche Betreibungsverfahren durchlaufen, was im Hinblick auf Art. 812 Abs. 2 ZGB und Art. 142 SchKG systemwidrig wäre. Zudem passen die Rechtsfolgen der Anfechtungsklage nicht, da nicht die zivilrechtliche Ungültigkeit des angefochtenen Rechtsgeschäfts, sondern die Rückführung entzogener Vermögensstücke oder Geldleistungen bewirkt wird<sup>129</sup>. Lässt man in Ausnahmefällen eine Nachzahlung der Differenz zwischen effektivem und marktüblichem Mietzins zu<sup>130</sup>, so kann im Konkursfall zwar eine Vermehrung der Masse erreicht werden, auf den Steigerungserlös bei der Grundpfandverwertung hat dies jedoch gerade keinen Einfluss. Denn einerseits erfolgt die Anfechtung zeitlich nach der Versteigerung, andererseits findet keine Änderung des Mietvertrages gegenüber dem Erwerber statt.

Sofern der Doppelaufwurf der Mietverträge mit der Folge zugelassen wird, dass Art. 261 Abs. 1 OR keine Anwendung mehr findet und der Erwerber somit an keinen Vertrag gebunden ist, wird der Ausgleich für die Mieterinteressen darin gesehen, dass die Verwaltung des Grundstücks durch das Betreibungs-

Konkursamt verlängert wird. Wie oben gezeigt<sup>131</sup>, fehlt dieser Konstruktion die gesetzliche Grundlage, und sie vermag die Modalitäten der Gebrauchsüberlassung nicht zu erklären.

## 2) Lösung im deutschen Recht

Im deutschen Recht ist die dem Art. 261 OR vergleichbare Regelung des § 571 BGB<sup>132</sup> auf Zwangsversteigerungen des Grundstücks nicht direkt anwendbar. Es gelten allein die §§ 9 Nr. 2, 57 ff. ZVG<sup>133</sup>. Hiernach tritt der Ersteher des Grundstücks ebenfalls in bestehende Verträge über dem Vertragspartner bereits übergebene Miet- und Pachtobjekte ein (§ 57 ZVG i.V.m. § 571 BGB). Diese kann er jedoch gemäss § 57a ZVG unter Einhaltung der gesetzlichen Frist, aber nur zum erstmöglichen Termin kündigen. Sein Sonderkündigungsrecht ist durch § 57c ZVG bei Finanzierungsleistungen des Mieters eingeschränkt. Handelt es sich um Wohnraummietverhältnisse, gehen dem Kündigungsrecht zusätzlich die §§ 564b, 556a BGB vor<sup>134</sup>, so dass die Verträge durch den Erwerber nur bei Nachweis eines berechtigten Interesses kündbar sind<sup>135</sup>. Bei Kündigung seitens des Erwerbers (§ 57a ZVG) oder des Insolvenzverwalters (§ 21 Abs. 4 KO bzw. § 111 InsO<sup>136</sup>) haftet der Vermieter dem Mieter – neben § 571 Abs. 2 BGB – wegen nachträglicher verschuldeter Unmöglichkeit nach § 325 BGB auf Schadensersatz<sup>137</sup>. Der Hauptunterschied zur Regelung in ZGB und SchKG liegt folglich darin, dass der Übergang des Miet- oder Pachtverhältnisses kraft Verweisung in § 57 ZVG – also aus dem Vollstreckungsrecht heraus – erfolgt und eine Kollision mit dem Schuldrecht ausgeschlos-

<sup>131</sup> B) II) 2) b).

<sup>132</sup> § 571 BGB betrifft den Fall der Veräusserung einer bereits übergebenen Mietsache, § 577 BGB den der Belastung einer bereits übergebenen Mietsache mit einem die Gebrauchsüberlassung verunmöglichenden Drittrecht; nach § 578 BGB gilt dies bei Erfüllungübernahme des Erwerbers gegenüber dem Vermieter schon vor Überlassung der Sache; die §§ 571, 577 f. BGB gelten gemäss §§ 581 Abs. 2, 593b BGB entsprechend für (Land-)Pachtverträge.

<sup>133</sup> Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24.3.1897 (RGBl. S. 97) i.d.F. der Bek. vom 20.5.1898 (RGBl. S. 713), zuletzt geändert in BGBl. 1998 I 866.

<sup>134</sup> BGHZ 84, 90, 100 f.; *Emmerich* (Fn 12) § 571 Rn 33; *Gather* (Fn 12) § 571 Rn 5; *Voelskow* (Fn 12) § 564b Rn 19; *Zeller/Stöber*, Zwangsversteigerungsgesetz, 16. Aufl. München 1999, § 57a Rn 6.1 und 6.3 (Für Geschäftsraummiete und -pacht gelten diese Einschränkungen aber nicht).

<sup>135</sup> § 564b Abs. 2 Nr. 2 BGB erfasst ebenfalls den Fall des wohnbedingten Eigenbedarfs. Ausserhalb der Zwangsvollstreckung geht ein befristeter Mietvertrag bei der Veräusserung der Mietsache gemäss § 571 Abs. 1 BGB auf den Erwerber als befristeter, also unkündbarer, über (*Honsell* [Fn 15] 211).

<sup>136</sup> Vgl. zum Anwendungsbereich von KO (Konkursordnung vom 10.2.1877 i.d.F. vom 20.5.1898, RGBl. S. 612, bereinigte Fassung BGBl. III 311-3) und InsO (Insolvenzordnung vom 5.10.1994, BGBl. I 2866) die Art. 103, 104 EGVsO (Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung vom 5.10.1994, BGBl. I 2911).

<sup>137</sup> *Emmerich* (Fn 12) § 571 Rn 118 f.; *Voelskow* (Fn 12) § 571 Rn 13.

*bach* ([Fn 4] 47 Anm. 27) lehnt die Anwendung von Art. 809 ZGB aus Gründen der faktischen Undurchführbarkeit ab, was nur in den vom Autor zitierten Missbrauchsfällen (S. 44 Anm. 6) zutrifft.

<sup>128</sup> *Stahelin*, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Hrsg. Stahelin/Bauer/Stahelin, Basel/Genf/München 1998, Art. 285 N 30.

<sup>129</sup> *Stahelin* (Fn 128) Art. 285 N 8.

<sup>130</sup> *Stahelin/Hentz* (Fn 126) 91, wobei die Nachzahlung nicht für die ganze vergangene Vertragsdauer, sondern nur innerhalb der Fristen der Art. 286 ff. SchKG verlangt werden kann.

sen ist. Zumindest bei Wohnraummieten hat sich der deutsche Gesetzgeber durch die Beschränkung des Sonderkündigungsrechts für einen weitreichenden Mieterschutz entschieden. Da der Grundsatz, dass die Veräußerung die Miete nicht breche, uneingeschränkter als im schweizerischen Recht verwirklicht worden ist<sup>138</sup>, darf die Lösung des deutschen Vollstreckungsrechts nicht zwingend als Regel i.S.d. Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB übernommen werden.

### 3) Ergebnis

Die erwogenen Alternativvorschläge weisen konstruktive Schwächen auf und führen zu keinem angemessenen Ergebnis. Allein durch die oben erläuterte Modifikation der Rechtsfolgen von Art. 261 Abs. 2 OR werden die andernfalls zu weitreichenden Konsequenzen des Doppelaufrufs gemildert und ein Interessenausgleich zwischen dem Mieterschutz und der Verwertbarkeit des Grundpfandrechts geschaffen.

## Zusammenfassung

Art. 261 Abs. 1 OR begründet den realobligatorischen Charakter eines vor Eigentumsübergang der Mietsache bestehenden Vertrages. An diesen ist der Erwerber auch dann gebunden, wenn es sich um einen auf lange Zeit befristeten Vertrag zu einem marktkonform niedrigen Mietzins handelt. Zur Realisierung der dem Mietvertrag zeitlich vorgehenden Grundpfandrechte wird analog Art. 812 Abs. 2 ZGB, Art. 142 SchKG das Verfahren des Doppelaufrufs durchgeführt, in dem sich der Mieter verfahrensrechtlich wehren kann. Rechtsfolge des Doppelaufrufs ist jedoch nicht die Löschung des Mietvertrages, sondern lediglich eine Einschränkung des Kündigungsschutzes: Der in Art. 261 Abs. 2 lit. a OR statuierte sachliche Kündigungsgrund des dringenden Eigenbedarfs entfällt, so dass der Erwerber zum nächstmöglichen gesetzlichen Termin unter Einhaltung der gesetzlichen Frist ordentlich kündigen kann. Weiterhin finden die Mieterstreckungsvorschriften der Art. 272 ff. OR Anwendung. Dem Mieter stehen ferner folgende Ansprüche zu: gegen das Betreibungsamt auf vorrangige Befriedigung aus dem Erlös analog Art. 812 Abs. 3 ZGB, gegen den Erwerber auf Erfüllung des Mietvertrages und gegen den ursprünglichen Vermieter auf Schadensersatz bei vorzeitiger Kündigung nach Art. 261 Abs. 3 OR sowie auf Erfüllung aller vor dem Eigentumsübergang entstandenen Sekundärleistungspflichten. Im Vermieterkonkurs gilt das glei-

che, die Ansprüche gegen den Vermieter stellen jetzt allerdings nur quotal zu befriedigende Konkursforderungen dar.

Die vom Bundesgericht gewählte Lösung ist in dreierlei Hinsicht bemerkenswert: das Ergebnis ist interessengerecht, methodisch wird auf das gesetzliche System zum Schutze des Pfandrechts zurückgegriffen, und die Lösung fügt sich materiell- und verfahrensrechtlich in die bestehende Regelung ein.

<sup>138</sup> Ebenso *Honsell* (Fn 15) 211.