

Jürg Hadorn

Können Mietzinskauttionen im Konkurs des Vermieters mit fälligen Mietzinsen verrechnet werden?

Kauttionen als Massafüller

Wer nicht prüft, wohin die Mietzinskauttion fliesst, kann viel Geld verlieren

Mietkauttionen müssen bei einer Bank auf einem Sparkonto oder einem Depot, das auf den Namen des Mieters lautet, hinterlegt werden. Legt der Vermieter die Kauttion nicht vorschriftsgemäss an oder erteilt er die erforderlichen Informationen nicht, kann der Mieter den Rechtsweg beschreiten oder – bei einer Sicherheistleistung in Geld – den geleisteten Betrag mit dem Mietzins verrechnen. Gilt dieses Verrechnungsrecht des Mieters nun auch im Konkursfall des Vermieters?

1. Sachverhalt

Mieter X zahlt bei Mietbeginn eine Kauttion im Betrag von Fr. 15'000.–. Ohne gross zu überlegen leistet er den Betrag auf ein Mietzinssammelkonto, welches auf den Namen des Vermieters lautet. Dabei handelt es sich um ein Konto, worauf sowohl Mietzinse als auch Kauttionen der übrigen Mieter fliessen. Jahre später wird über den Vermieter der Konkurs eröffnet. Einige Monate nach Konkurseröffnung kündigt der Mieter auf den vertraglich vereinbarten Termin. Noch bevor die letzte Mietzinsrate fällig wird, hat der Mieter erfahren, dass die Kauttion zur Konkursmasse gezogen wurde. Mieter X beabsichtigt hierauf, die ausstehende Mietzinsschuld mit seiner Kauttionsrückforderung zu verrechnen.

2. Rechtliches

a) Aussonderung der Kauttion?

Eine Aussonderung der Kauttion kommt nicht in Frage, weil durch die Vermischung des Mietzinsdepots mit anderen Geldern ein Eigentumswechsel stattgefunden hat: Mit der Einzahlung der Kauttion auf das Mietzinssammelkonto wurde der Vermieter automatisch rechtmässiger Eigentümer des betreffenden Betrages. Die Mietzinskauttion wird damit zu einem

Wert, der beim Konkurs des Vermieters zur Masse zu ziehen ist. Es bleibt dem Mieter nichts anderes übrig, als zu versuchen, sich mittels Verrechnung schadlos zu halten.

b) Kauttionsforderung als Konkursforderung: Verrechnung mit Mietzinsforderungen deshalb ausgeschlossen?

Auf den ersten Blick ist die Verrechenbarkeit von solchen Kauttionsforderungen mit Mietzinsen, welche nach der Konkurseröffnung anfallen, zu verneinen: Nach Art. 213 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG ist die Verrechnung ausgeschlossen, wenn ein Gläubiger des Gemeinschuldners erst nach der

Konkurseröffnung Schuldner desselben oder der Konkursmasse wird. Gemäss Sachverhalt (vgl. oben) wurde die Kauttion vor Konkurseröffnung auf das Konto des Vermieters eingezahlt. Im gleichen Zeitpunkt entstand der Rückforderungsanspruch. Dieser ist damit als Konkursforderung zu behandeln¹. Anders verhält es sich mit den Mietzinsen, welche nach der Konkurseröffnung anfallen. Gemäss Bundesgericht wird die Schuld des Mieters ab diesem Zeitpunkt zu einer Massaschuld². Die Verrechenbarkeit von Konkursforderungen mit Massaschulden aber ist aufgrund von Art. 213 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG ausgeschlossen.

Obschon diese Betrachtungsweise auf den ersten Blick überzeugend wirkt, ist die Schlussfolgerung des Verrechnungsausschlusses möglicherweise voreilig: Sie lässt nämlich die Rolle der Konkursverwaltung im Zusammenhang mit deren Erfüllung von Verträgen im Sinne von Art. 211 Abs. 2 SchKG ausser Betracht.

Bevor die Frage nach der Zulässigkeit der Verrechnung schlüssig beantwortet werden kann, muss deshalb vorab der Sinn und Zweck von Art. 211 Abs. 2 SchKG



Jürg Hadorn
Fürsprecher
Mitarbeiter Transliq AG, Bern

¹ In diesem Sinne auch U. Bürgi, Strategien und Probleme bei der Zwangsvollstreckung, Berner Bankenrechtstag 1996, S. 169

² BGE 115 III 67

geklärt bzw. geprüft werden, ob diese Bestimmung im Konkurs des Vermieters überhaupt zum Tragen kommt.

III: Anwendbarkeit von Art. 211 Abs. 2 SchKG

a. Sinn und Zweck von Art. 211 Abs. 2 SchKG

Nach der Konkurseröffnung stellt sich für die Konkursverwaltung jeweils die Frage, ob sie die bestehenden Verträge erfüllen will oder nicht. Denn nach Art. 211 Abs. 2 SchKG hat sie das Recht, zweiseitige Verträge, die zur Zeit der Konkurseröffnung nicht oder nur teilweise erfüllt sind, anstelle des Schuldners zu erfüllen. Wählt die Konkursverwaltung die Erfüllung wird die Forderung des Konkursgläubigers zu Massenverbindlichkeit. Die Anwendbarkeit von Art. 211 SchKG Abs. 2 stellt sich aber nur dann, wenn der Gemeinschuldner seinen vertraglichen Verpflichtungen noch nicht nachgekommen ist. Hat er bereits seine Vertragspflichten erfüllt, liegt kein Anwendungsfall von Art. 211 Abs. 2 SchKG vor. Wie verhält es sich nun bezüglich dieser Norm im Konkurs des Vermieters?

b. Auslegung von Art. 211 Abs. 2 SchKG im Konkurs des Vermieters

Die Frage wird in der Literatur und Rechtsprechung verschieden beantwortet: Ohne nähere Begründung geht U. Bürgi von der Anwendbarkeit des Art. 211 Abs. 2 SchKG im Konkurs des Vermieters aus³. Somit unterstellt er stillschweigend, dass die Konkursverwaltung in casu die Möglichkeit hat, den Vertrag zu erfüllen oder nicht bzw. den «Eintritt oder Nichteintritt» gemäss Art. 211 SchKG zu erklären.

Diese Auffassung hat nun Konsequenzen für die Verrechenbarkeit von Mietkautionen mit Mietzinsforderungen der Masse:

Gemäss Bürgi läuft nämlich die Konkursverwaltung ohne Nichteintrittserklärung gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG Gefahr, dass der Mieter für vor Konkurseröffnung begründete Ansprüche wie nicht auf einem Separatkonto ange-

legte Mieterkautionen (.....) einen konkludenten Eintritt, die Begründung einer Massaschuld auch für die früher entstandenen Ansprüche und die Verrechnungsmöglichkeit mit einer Massaschuld geltend machen wird⁴.

Bürgi empfiehlt daher der Konkursverwaltung, will sie die Verrechnungsmöglichkeit des Mieters verhindern, den Nichteintritt in den Mietvertrag gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG zu erklären. Zur Begründung seiner These stützt sich Bürgi auf BGE 104 III 88 ff. Erw. 3 und 4.

Darin geht es um die Bedeutung von Art. 211 Abs. 2 SchKG im Konkurs des Mieters. In diesem Fall hat die Konkursverwaltung ein Wahlrecht hinsichtlich Eintritt oder Nichteintritt in den Mietvertrag. Die Nichteintrittserklärung der Konkursverwaltung im Konkurs des Mieters bewirkt, dass die Mietzinsschulden nicht zu Massaschulden werden⁵. Bürgi ist nun der Ansicht, dass dieser Entscheid auch im Konkurs des Vermieters anwendbar ist. Damit sagt er gleichzeitig, dass die Konkursverwaltung bezüglich Art. 211 Abs. 2 SchKG auch im Konkurs des Vermieters ein Wahlrecht hat.

Diese Auffassung wird durch BGE 115 III 67 widerlegt: «Die Fortführung des Mietverhältnisses bedarf im Falle der Konkurseröffnung nach Besitzantritt keiner Erklärung der Konkursverwaltung im Sinne von Art. 211 SchKG. Diese hat nach heute wohl herrschender Auffassung weder ein Recht noch eine Pflicht, den «Eintritt» zu erklären⁶».

Im Konkurs des Mieters hat die Konkursverwaltung – wie oben dargelegt – die Wahl, den «Eintritt» oder den «Nichteintritt» in den Vertrag gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG zu erklären. Laut Bundesgericht wird ihr dieses Wahlrecht nun im Konkurs des Vermieters abgeschnitten. Die Frage nach einer Eintrittserklärung stellt sich hier erst gar nicht. Verneint man aber das Wahlrecht der Konkursverwaltung im Konkurs des Vermieters, heisst dies konsequenterweise, dass Art. 211 Abs. 2 SchKG in diesem Fall nicht anwendbar ist. Merkmal dieser Norm ist eben gerade das Wahlrecht der Konkursverwaltung. Wird ihr dieses grundsätzlich abgesprochen, liegt offensichtlich

kein Anwendungsfall von Art. 211 Abs. 2 SchKG vor.

Die These von Bürgi, wonach die Konkursverwaltung im Konkurs des Vermieters den Nichteintritt gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG zu erklären hat, will sie die Verrechnung der Kautionsforderung des Mieters mit Mietzinsforderungen verhindern, ist deshalb vor dem Hintergrund der erörterten bundesgerichtlichen Rechtssprechung unhaltbar. Eine Wahlfreiheit bezüglich des Eintritts, wie dies Bürgi suggeriert, ist im Konkurs des Vermieters eben gerade nicht gegeben. Es ist deshalb falsch, die Konsequenzen einer fehlenden Nichteintrittserklärung auf einen Fall zu übertragen, wo die Konkursverwaltung gar keine Erklärung abzugeben hat. Analogieschlüsse sind nur zulässig, wenn die Sachverhalte vergleichbar sind. Dies trifft vorliegend offensichtlich nicht zu.

c. Hintergründe der bundesgerichtlichen Rechtssprechung zur Nichtanwendbarkeit von Art. 211 Abs. 2 SchKG im Konkurs des Vermieters

Das Bundesgericht schweigt sich (leider) darüber aus, weshalb die Konkursverwaltung im Konkurs des Vermieters kein Wahlrecht im Sinne von Art. 211 Abs. 2 SchKG ausüben kann.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 211 Abs. 2 SchKG ist, wenn der Gemeinschuldner im Zeitpunkt der Konkurseröffnung seine vertraglichen Pflichten nicht oder nur teilweise erfüllt hat. In diesem Fall hat die Konkursverwaltung die Wahl die Vertragspflichten zu erfüllen oder eben nicht. Hat der Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung bereits erfüllt, wird das Wahlrecht der Konkursverwaltung obsolet. Die entscheidende Frage ist deshalb, in welchem Zeitpunkt der Mietvertrag aus Sicht des Vermieters als erfüllt zu betrachten ist.

³ vgl. U. Bürgi, Strategien und Probleme bei der Zwangsvollstreckung, S. 169, Berner Bankrechtstag 1996

⁴ vgl. a.a.o.

⁵ vgl. BGE 104 III 91

⁶ vgl. BGE 115 III 67

Die Hauptpflicht des Vermieters besteht in der *Überlassung der Mietsache zum Gebrauch*. Ist die Sache dem Mieter vor Konkurseröffnung übergeben worden, hat der Vermieter bzw. der Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung bereits erfüllt. Der Vermieter erfüllte mit der Überlassung des Mietobjekts⁷.

Art. 211 Abs. 2 SchKG trifft in diesem Falle somit nicht zu, weil der Gemeinschuldner seine Verpflichtung aus dem Mietvertrag (Übergabe der Sache zum Gebrauch) schon erfüllt hat. Die Konkursverwaltung steht also einer vollendeten Tatsache gegenüber⁸. Die Konkursverwaltung kann unter diesen Umständen gar nicht mehr wählen, ob sie erfüllen will oder nicht. Dies stimmt mit der Auffassung des Bundesgerichts überein, wonach die

Konkursverwaltung im Konkurs des Vermieters keine Erklärung im Sinne von Art. 211 Abs. 2 SchKG abzugeben hat.

IV. Fazit

Forderungen des Mieters, welche vor der Konkurseröffnung entstanden sind, wie bspw. nicht auf einem Separatkonto angelegte Mieterkautionen, sind Konkursforderungen. Die Möglichkeit, dass diese zu Massaschulden werden, besteht nicht, da eine Eintrittserklärung der Konkursverwaltung gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG im Konkurs des Vermieters nicht möglich ist.

Mietzinsforderungen gegenüber dem Mieter, welche nach der Konkurseröffnung anfallen, sind Massaforderungen.

Die Verrechnung von Konkursforderungen mit Massaforderungen ist aufgrund von Art. 213 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG ausgeschlossen. Will der Mieter auf seine Kaution nicht vollends verzichten, hat er seine Forderung bei der Konkursverwaltung als 3. Klass-Forderung anzumelden.

⁷ vgl. dazu J. Kren, Konkursöffnung und schuldrechtliche Verträge, S. 49

⁸ vgl. Carl Jaeger, das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Kommentar in zwei Bänden, Zürich 1911, Art. 211, N 5