

Philipp Possa

Mietzinsforderungen und Verrechnung im Konkurs- und Nachlassverfahren

In der Praxis kommt es oftmals vor, dass der Konkursit oder Nachlassschuldner gleichzeitig Vermieter oder Mieter ist. Aufgrund der Insolvenzverfahren können bei der Abwicklung des Mietverhältnisses diverse Probleme, insbesondere im Zusammenhang mit der Verrechnung, auftauchen.

1. Der Vermieter im Konkurs

Fällt der Vermieter in Konkurs stellt sich die Frage, was mit dem bestehenden Mietverhältnis passiert. Hat der Mieter einen Anspruch auf Fortbestand desselben oder hat die Konkursverwaltung darüber zu befinden, ob sie in das Mietverhältnis eintreten will? Das Mietverhältnis beruht auf einem zweiseitigen Vertrag, welcher somit Rechte und Pflichten für den Mieter als auch den Vermieter beinhaltet.

Bei Konkurseröffnung werden grundsätzlich sämtliche Konkursforderungen, in Geldforderungen umgewandelt (Art. 211 Abs. 1 SchKG). Der Konkursverwaltung steht aber das Recht zu, zweiseitige Verträge, die zur Zeit der Konkurseröffnung nicht oder nur teilweise erfüllt sind, anstelle des Schuldners zu erfüllen (Art. 211 Abs. 2 SchKG). Für Mietverträge bestimmt Art. 261 Abs. 1 OR, dass das Mietverhältnis mit dem Eigentum an der Sache auf den Erwerber übergeht, wenn dem Vermieter in einem Schuldbetreibungs- oder Konkursverfahren das Mietobjekt entzogen wird. Dies hat zur Folge, dass es im Gegensatz zu anderen zweiseitigen Verträgen nicht im Belieben der Konkursverwaltung steht, den Vertrag aufrechtzuerhalten oder nicht. Es bedarf keinen Vertragseintritt der Masse im Sinne von Art. 211 Abs. 2 SchKG (BGE 127 III 273). Das Mietverhältnis dauert von Gesetzes wegen

nach der Konkurseröffnung fort und geht bei der Verwertung, auf den Erwerber über, soweit das Mietverhältnis nicht durch den Doppelausruf erfolgreich abgelöst wurde (Art. 261 OR, BGE 127 III 273). Der Konkurs des Vermieters berührt somit das Mietverhältnis als solches vorerst nicht und die Konkursverwaltung hat weder ein Recht noch eine Pflicht, in den Mietvertrag einzutreten (BGE 115 III 64). Somit tritt die Konkursmasse, im Gegensatz zum Erwerber in der Zwangsvollstreckung, nicht eigentlich in den Mietvertrag ein (BGE 127 III 272). Formell bleibt der Schuldner Vertragspartner des Mieters. Dieser ist aber ab Konkurseröffnung nicht mehr Verfügungsberechtigter, weshalb der Mieter seinen Anspruch auf Gebrauchsüberlassung nur mehr

gegenüber der Konkursverwaltung geltend machen kann. Der Anspruch richtet sich gegen die Konkursmasse als Sondervermögen¹, zu welcher auch das Mietobjekt zählt (BGE 127 III 272).

2. Die Verrechnung im Konkurs

Grundsätzlich gelten die Verrechnungsregeln des Obligationenrechts im Konkurs ebenfalls, soweit im SchKG nicht besondere Regeln vorgesehen sind. Der Grundsatz der Verrechenbarkeit wird in Art. 213 Abs. 1 SchKG festgehalten. Ein Gläubiger kann seine Forderung mit einer Forderung, welche dem Gemeinschuldner ihm gegenüber zusteht, verrechnen. Aufgrund der Besonderheit der mit dem Konkurs zusammenhängenden Wirkungen sind in den Art. 213 f. SchKG besondere Bestimmungen zum Ausschluss der Verrechnung enthalten. Diese Bestimmungen gelten, mit Ausnahme von Art. 213 Abs. 3 SchKG, allgemein und absolut (BGE 101 III 110 f.)².

Art. 213 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG erklärt den Ausschluss der Verrechnung, wenn ein Schuldner des Konkursiten erst *nach Konkurseröffnung* dessen Gläubiger



Philipp Possa
lic. iur., Transliq AG

¹ VOGEL, Das schweizerische Zivilprozessrecht, Bern 1997, § 5 N. 5 ff.

² AMMON/GASSER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Bern 1997, § 40 N 46

wird, es sei denn, er habe eine vorher eingegangene Verpflichtung erfüllt. Die Verrechnung ist ebenfalls ausgeschlossen, wenn ein Gläubiger des Gemeinschuldners erst *nach der Konkurseröffnung* Schuldner desselben oder der Konkursmasse wird. Es kommt somit darauf an, wann die rechtserhebliche Tatsache entstanden ist. Für den Ausschluss der Verrechnung ist somit massgeblich, ob die Gegenforderung erst nach Konkurseröffnung entstanden ist. Als Gegenstück können Massforderungen nur mit Massschulden und Forderungen des Konkursiten gegen einen Konkursgläubiger nur mit dessen Konkursforderungen verrechnet werden.³

3. Mietzinsforderung während des Konkursverfahrens

Im Normalfall sind die Mietzinse periodische Leistungen, die meist zu Beginn jedes Monats geschuldet sind. Tritt nun der Konkurs des Vermieters nach erfolgtem Besitzantritt des Mieters ein, wird zwar das Mietverhältnis als solches nicht tangiert. Die Konkursverwaltung muss dem Mieter das Objekt zur Nutzung überlassen und der Mieter hat aufgrund des Konkurses kein besonderes Kündigungsrecht. Wie bereits festgestellt, muss die Konkursverwaltung keine Erklärung im Sinne von Art. 211 SchKG abgeben. Bei regelmässig geschuldeten Mietzinsen stellt der Anspruch des Vermieters auf diese Zinsen nichts als eine für die ganze Vertragsdauer begründete Forderung dar, die bloss hinsichtlich ihrer Fälligkeit in Raten zerfallen würde, sondern die *Mietzinsforderung entsteht mit dem Ablauf oder dem Beginn einer jeden Zahlungsperiode von neuem* (BGE 41 III 230 E.2, 115 III 65 E. 3b. S. 67, 117 III 63, E. 2b, 127 III 274 E. 2).

Die Konkurseröffnung hat zur Folge, dass der Mieter nicht mehr Schuldner des Vermieters, sondern gegenüber der Konkursmasse verpflichtet ist. Die Umwandlung des schuldnerischen Vermögens bedeutet somit, dass im Zeitpunkt der Eröffnung des Konkurses, die Rechtszuständigkeit wechselt und der Schuldner des Konkursiten, sprich Mieter, der Konkurs-

masse gegenüber verpflichtet ist. Ab diesem Zeitpunkt wird die Schuld des Mieters für die laufenden Mietzinsen zu einer Massforderung (BGE 41 III 231/2; 115 III 67). Folge davon ist der Ausschluss der Verrechnung für Forderungen gegen den konkursiten Vermieter, die vor Eintritt des Konkurses entstanden sind.

4. Verrechnungsausschluss bei Vorausverfügungen hinsichtlich der Mietzinsen

In der Praxis kommt es vor, dass es dem Mieter erlaubt ist, gewisse Forderungen mit dem von ihm geschuldeten Mietzins zu verrechnen. Im Mietvertrag kann beispielsweise stipuliert sein, dass der Mieter berechtigt ist, für von ihm zu leistende Reinigungsarbeiten, Unterhalt oder Verwaltung, mit Mietzinsen zu verrechnen. Weiter findet man auch die Klausel, dass Umbau- oder Renovationsarbeiten mit den Mietzinsen verrechnet werden können. Es können auch Verrechnung der Mietzinsen mit Forderungen zwischen den Parteien abgemacht worden sein, die nicht unbedingt aus dem Mietvertrag stammen.

Sämtliche dieser Bestimmungen und Klauseln haben gemeinsam, dass sie zwischen dem Mieter und Vermieter vor dessen Konkurs abgeschlossen worden sind. Es handelt sich um sogenannte Vorausverfügungen, in welchem der Vermieter dem Mieter erlaubt, seine Forderungen aus den verschiedenen abgemachten Arbeiten und Leistungen mit Mietzinsforderungen zu verrechnen. Der Wechsel der Rechtszuständigkeit hat nun aber zur Folge, dass *Vorausverfügungen des Vermieters, d.h. des Konkursiten, mit welchen dieser über zukünftige Mietzinsforderungen verfügt, lediglich bis und mit dem im Zeitpunkt der Konkurseröffnung laufenden Mietzins rechtswirksam sein können, weitergehend fehlt die Verfügungsmacht* (BGE 41 III 231 f., 115 III 67). Die Verrechnung mit einer künftigen Mietzinsforderung stellt in ihrer Wirkung jedoch nichts anderes dar als eine solche Vorausverfügung. Wie bereits erwähnt entsteht die Mietzinsforderung

mit Ablauf oder dem Beginn jeder Zahlungsperiode von neuem und stellen somit zukünftige Mietzinse dar. Eine Verrechnungserklärung des Mieters gemäss eines Verrechnungsvertrages der Parteien ist somit für die Konkursmasse *nicht rechtsverbindlich*, ebenso wenig wie es die Einziehung oder Abtretung künftiger Mietzinse sind. BGE 115 III 67 erklärt daher mit Art. 213 SchKG unvereinbar, dass ein Schuldner (Mieter) durch vertragliche Vereinbarungen mit dem Gläubiger (Vermieter) sich zum voraus die Möglichkeit der Kompensation seiner Gegenforderung und damit der Deckung im späteren Konkurs des Gläubigers verschafft und dadurch die Wirkung der Konkurseröffnung bezüglich seiner Person illusorisch macht. Demzufolge kann sich der Mieter im Konkurs des Vermieters gegenüber der Forderung der Konkursmasse gegen ihn nicht durch einen vorgängigen Verrechnungsvertrag mit dem späteren Konkursiten entziehen.

Die ab Konkurseröffnung entstehenden Mietzinse sind dementsprechend gegenüber der Konkursmasse geschuldet und können nicht unter Berufung auf den im Mietvertrag oder neben dem Mietvertrag abgemachten Verrechnungsbestimmungen- und verträgen, zur Verrechnung gebracht werden. Die Mietzinse sind geschuldet und können von der Konkursmasse eingefordert werden. Die Forderungen des Mieters kann dieser im Konkursverfahren als Konkursforderung anmelden. Im Kollokationsverfahren wird darüber befunden, ob die Forderung berechtigt ist oder nicht. Der Mieter wird bei einer berechtigten Forderung aus der Konkursdividende befriedigt.

In der Praxis werden sogar Verrechnung für Forderungen vor Konkurseröffnung geltend gemacht, die der Vermieter weder gekannt noch genehmigt hat. Es versteht sich von selbst, dass auch diese Forderungen, soweit sie nicht aus einem gesetzlichen Grund anerkannt werden können (z.B. Mietrecht, Geschäftsführung ohne Auftrag), gegenüber der allfälligen Forderung der Konkursmasse für Miet-

³ ebenda, N. 58 f.

zinsausstände vor Konkurseröffnung nicht verrechnet werden können. Solche Forderung des Mieters sind ebenfalls als Konkursforderung anzumelden.

5. Die Sicherheitsleistung (Kautio) im Konkurs des Vermieters

a) Allgemeines

Leistet der Mieter von Wohn- und Geschäftsräumen eine Sicherheit in Geld, so muss der Vermieter sie bei einer Bank auf einem Sparkonto, das auf den Namen des Mieters lautet hinterlegen (Art. 257 Abs. 1 OR). Hinterlegt der Vermieter die Kautio pflichtgemäss auf ein solches separates Konto, fällt die Kautio im Falle des Konkurses des Vermieters nicht in die Konkursmasse. Die Konkursverwaltung hat in diesem Fall die Rechte des Mieters zu wahren, welche im Falle Verwertung des Grundstückes nach Art. 261 Abs. 1 OR auf den Erwerber übergehen.

Was geschieht nun mit einer Sicherheitsleistung, welche der Vermieter nicht auf ein auf den Mieter lautendes (Spar-)Konto überwiesen hat? Die Kautio fällt grundsätzlich in die Konkursmasse (BGE 127 III 275).⁴ Mit der Leistung der Kautio auf das Konto des Vermieters (statt auf ein spezielles Konto des Mieters) entsteht der Rückforderungsanspruch des Mieters auf Herausgabe der nicht ordnungsgemäss hinterlegten und damit nichtigen Mietzins hinterlegung. Weil dieser Anspruch vor Konkurseröffnung entstanden ist, ist dieser als Konkursforderung zu behandeln.⁵

b) Aussonderungsansprüche

Es ist zu prüfen, ob betr. des Mietzinsdepots allenfalls ein Aussonderungsanspruch besteht. Die überwiesene Sicherheitsleistung des Mieters, welche nicht auf ein separates Konto einbezahlt wird, vermengt sich mit den Geldern des Vermieters. Durch diese Vermengung findet betr. des Geldes ein Eigentümerwechsel statt. Ist Geld mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung hinterlegt worden, dass der Aufbewahrer nicht dieselben Stücke, sondern nur die gleiche Geldsumme zurückzuerstatten hat, so

geht Nutzen und Gefahr auf ihn über (Art. 481 Abs. 1 OR). Nebst dieser Regelung findet sich allerdings kein konkursrechtlicher Aussonderungsanspruch unter den Bestimmungen des Hinterlegungsvertrages, so dass unter diesem Aspekt keine Herausgabe des Geldbetrages erfolgen darf.

Art. 401 Abs. 3 OR gibt dem Auftraggeber die Möglichkeit, im Konkurs des Beauftragten (hier Vermieter), unter Vorbehalt des Retentionsrecht desselben, die beweglichen Sachen herauszuverlangen, die dieser in eigenem Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers zu Eigentum erworben hat. Die Tragweite dieser Bestimmung ist umstritten und insbesondere, welche Vermögenswerte erfasst werden (BGE 117 II 429). Allerdings kann einkassiertes Geld nur ausgesondert werden, wenn es genügend individualisiert und segregiert ist (BGE 127 III 276).⁶ Dies wird in der Regel kaum der Fall sein, wenn der Vermieter, resp. der Mieter das Geld nicht auf ein spezielles auf den Namen des Mieters eingerichtetes Konto überwiesen hat. Die Geldleistung vermengt sich in der Regel mit dem Vermögen des Vermieters, weshalb das Geld nicht mehr individualisiert ist und somit nicht ausgeschieden werden kann.

c) Durchsetzung der gesetzeskonformen Hinterlegung nach Eröffnung des Konkurs?

Unter Ziff. 1 wurde bereits dargestellt, dass der Mietvertrag im Konkurs des Vermieters auch nach Konkurseröffnung fort-dauert und nach Art. 261 OR bei der Verwertung auf den Erwerber übergeht. Ein Vertragseintritt gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG braucht durch die Konkursverwaltung nicht erklärt zu werden. Wenn nun das Mietverhältnis bei der Veräusserung im Rahmen der Zwangsvollstreckung auf den Erwerber übergeht, gehen auch die Pflichten aus dem Mietvertrag auf diesen über. Somit müsste es dem Mieter gestattet sein, die entsprechenden Forderungen gegen den Erwerber geltend zu machen. Wenn er diese gegen den Erwerber durchsetzen kann, muss er dies auch gegen die Konkursverwaltung tun können, denn es wäre nicht nachvollziehbar und sachge-

recht, wenn eine Forderung als Konkursforderung behandelt wird und anschliessend beim neuen Erwerber wieder direkt geltend gemacht werden kann (BGE 127 III 277). Es muss daher abklärt werden, ob die Pflicht zur Hinterlegung auf den Erwerber gemäss Art. 261 OR übergeht. Der Eintritt des Erwerbers in das Vertragsverhältnis erfolgt nicht rückwirkend. Die Pflicht des Vermieters, die vom Mieter pflichtgemäss geleistete Kautio auf ein spezielles Konto auf den Namen des Mieters einzuzahlen trifft nur den Vermieter, der das Geld erhalten hat. Dieser Hinterlegungsanspruch richtet sich nicht gegen den jeweiligen am Mietobjekt Berechtigten (BGE 127 III 278).⁷ Der Mieter hat die Möglichkeit, die gesetzeskonforme Hinterlegung der Kautio sofort zu verlangen und bei Verzug des Vermieters mit fälligen Mietzinsen verrechnen zu können. Der Mieter kann seinen Anspruch auf gesetzeskonforme Hinterlegung seiner Sicherheitsleistung und die Nebenpflicht des Vermieters auf Bekanntgabe der Hinterlegung auch gerichtlich durchsetzen (Befehlsverfahren oder ordentliches Verfahren).⁸ Somit hat es der Mieter in der Hand, seinen zukünftigen Anspruch auf Zurückerstattung der Kautio zu sichern. Unterlässt er dies, kann er seinen Anspruch auf gesetzeskonforme Hinterlegung nicht gegenüber dem Erwerber des Mietobjektes geltend machen und somit auch nicht im Konkurs des Vermieters, da ab Konkurseröffnung die Rechtszuständigkeit gewechselt hat und nun die Konkursmasse Gläubigerin der Mietzinsforderung ist und nicht mehr der Vermieter. Eine Verrechnung der Kautio mit Mietzinsen nach Konkurseröffnung ist somit ausgeschlossen. Nur wenn der Veräusserer die Kautio an den Erwerber überträgt, hat der Mieter auch einen direkten Anspruch gegen den Erwerber auf gesetzeskonforme Hinterlegung. Im Konkurs

⁴ SVIT-Kommentar Mietrecht II, N 16 zu Art. 257e

⁵ AMONN/GASSER, a.a.O., § 42 Rz 13

⁶ AMONN/GASSER, a.a.O., § 40 Rz 32

⁷ LACHAT/STOLL/BRUNNER, Mietrecht für die Praxis, 4. Auflage, Zürich 1999, S. 485 N. 75

⁸ HIGI in AJP 1/2002, S. 87, HIGI, Zürcher Kommentar, N 30 zu Art. 257e, SVIT-Kommentar, N. 16 zu Art. 257e

wird dies allerdings meist nur der Fall sein, wenn die Sicherheitsleistung ausgeschieden auf dem hierfür eingerichteten Konto des Mieters einbezahlt worden ist. Zusammengefasst folgt somit, dass der Mieter im Konkurs des Vermieters, der die Sicherheitsleistung nicht gesetzeskonform hinterlegt hat, seine Forderung nur durch eine Forderungseingabe geltend machen und lediglich aus einer allfälligen Konkursdividende befriedigt werden kann. Er darf die von ihm geleistete Kautionsleistung nicht mit *nach Konkurseröffnung* fälligen Mietzinsen verrechnen. Allerdings ist die Verrechnung mit *vor Konkurseröffnung* entstandenen Mietzinsforderungen möglich⁹.

6. Exkurs: Der Mieter im Konkurs

Fällt der Mieter nach Übernahme des Mietobjektes in Konkurs, so kann der Vermieter für künftige Mietzinse Sicherheit verlangen und muss der Konkursverwaltung und dem Mieter schriftlich eine angemessene Frist setzen (Art. 266h Abs. 1 OR). Wenn er die Sicherheit nicht erhält, kann er fristlos kündigen (Art. 266h Abs. 1 OR). Nach Eintritt der Konkursmasse in den Vertrag des konkursiten Mieters, werden demnach die Mietzinse zu Massschulden (BGE 104 III 91, 115 III 67).

7. Die Verrechnung im Nachlassverfahren¹⁰ und seine Auswirkungen auf die Mietzinsen

Sollen das Prinzip des Ausschlusses der Verrechenbarkeit der Mietzinse, die nach Eröffnung des Konkurses über den Vermieter entstehen mit Forderungen des Mieters, die vor Konkurseröffnung entstanden sind auch im Nachlassverfahren zur Anwendung gelangen?

Der Schuldner, der einen Nachlassvertrag erlangen will, muss dem Nachlassrichter ein begründetes Gesuch und den Entwurf eines Nachlassvertrages einrei-

chen. Der Nachlassrichter kann eine provisorische oder bereits eine definitive Nachlassstundung gewähren und ernennt einen Sachwalter, der die Handlungen des Nachlassschuldners überwacht. Die Nachlassstundung hat auf die Rechte der Gläubiger die Wirkungen, dass gegen den Schuldner eine Betreuung weder eingeleitet noch fortgesetzt werden kann, mit Ausnahme der in Art. 297 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 genannten Fälle und unverzüglich die zur Erhaltung des schuldnerischen Vermögens notwendigen Anordnungen zu treffen sind (Art. 293 Abs. 3 SchKG). Während der Nachlassstundung stehen die Verjährungs- und Verwirkungsfristen still und der Zinsenlauf für alle nicht pfandgesicherten Forderungen gegenüber dem Schuldner hört auf. Der Nachlassschuldner kann seine Geschäftsführung nur unter der Aufsicht des Sachwalters fortsetzen, wobei der Nachlassrichter anordnen kann, dass gewissen Handlungen rechtsgültig nur noch unter Mitwirkung des Sachwalters vorgenommen werden können oder sogar den Sachwalter ermächtigen, die Geschäftsführung anstelle des Schuldners zu übernehmen (Art. 298 Abs. 1 SchKG). Während der Nachlassstundung können ohne Ermächtigung des Nachlassrichters Teile des Anlagevermögens nicht mehr rechtsgültig veräussert oder belastet werden, ebenso wenig wie Pfänder bestellen, Bürgschaften eingegangen oder unentgeltliche Verfügungen getroffen werden (Art. 298 Abs. 2 SchKG). Es erfolgt wie im Konkursverfahren ein Schuldenruf, eine Inventaraufnahme und die Durchführung einer Gläubigerversammlung (Art. 299 ff. SchKG). Im besonderen sieht Art. 297 Abs. 4 SchKG vor, dass während der Nachlassstundung für die Verrechnung die konkursrechtlichen Bestimmungen in den Art. 213-214a SchKG gelten und dass an die Stelle der Konkurseröffnung die Bekanntmachung der Stundung tritt (gegebenenfalls des vorausgegangenen Konkursaufschubes). Das Gesetz sieht somit vor, dass die konkursrechtlichen Verrechnungsbestimmungen während der Nachlassstundung

ebenfalls Anwendung finden. Der zeitliche Schnitt was mit Forderungen des Nachlassschuldners verrechnet werden kann und was nicht, wird auf die Bekanntmachung der Stundung fixiert. Das Gesetz gibt somit dem Zeitpunkt der Gewährung der Nachlassstundung eine ähnliche Funktion wie dem Zeitpunkt der Konkurseröffnung und die darauffolgenden Wirkungen entsprechen zum Teil jenen des Konkursverfahrens.

Bereits das Bundesgericht hat in BGE 125 III 154 ff. festgehalten, dass das Nachlassverfahren eine Art Vollstreckungserersatz darstellt und die Bewilligung der Nachlassstundung, durch welche das Verfahren eröffnet wird, gleichartige Wirkungen wie Konkurseröffnung und Pfändungsvollzug zeitigt. Die individuelle Weiterverfolgung von Gläubigeransprüchen ist nach Beginn der Nachlassstundung wie bei der Konkurseröffnung ausgeschlossen und eine Veränderung der Verhältnisse unter den betroffenen Gläubigern nicht mehr zulässig. Dies gilt auch für die Mieter eines Nachlassschuldners, die aufgrund Vorausverfügungen verrechnen oder ihre nicht gesetzmässig hinterlegte Sicherheitsleistung kompensieren möchten. Würde man auf den Zeitpunkt der Bestätigung des Nachlassvertrages abstellen, würden diese Gläubiger im Verhältnis zu den anderen Gläubigern begünstigt. Eine einheitliche und widerspruchsfreie und systemgerechte Lösung wie im Konkurs oder bei der Pfändung kann somit nur bei Massgeblichkeit der Bewilligung der Nachlassstundung gewährleistet werden (BGE 125 III 158). Somit können die für das Konkursverfahren angewandten Grundsätze betr. der Mietzinsforderungen im Konkurs auch auf das Nachlassverfahren und insbesondere auf die Nachlassstundung gemäss Art. 293 ff. SchKG angewandt werden.

⁹ Higi in AJP, a.a.O.

¹⁰ Art. 293 ff. SchKG