

Claude Monnier

Ist der Doppelaufruf bei nicht im Grundbuch vorgemerkten Mietverträgen unzulässig?

# Bevorzugte Mieter?

Ungeklärtes Schicksal von Mietverträgen im Zwangsvollstreckungsverfahren

**Nimmt man das Gesetz beim Wort, dürfen Mietverträge, die von Gesetzes wegen auf den Erwerber einer Liegenschaft übergehen, nicht mit dem Doppelaufruf beseitigt werden, wie das bei beschränkten dinglichen Rechten möglich ist. Die Unsicherheit, welche sich aus der systemwidrigen gesetzlichen Regelung in OR Art. 261 ergibt, führt zu widersprüchlichen Entscheiden in der Praxis.**

Mit Inkrafttreten des neuen Mietrechtes am 1. 7. 1990 wurde der früher geltende Grundsatz «Kauf bricht Miete», wonach ein Mietverhältnis mit Abschluss des Kaufvertrages nur dann auf den Erwerber überging, wenn dies im Kaufvertrag bzw. den Steuerungsbedingungen vorgesehen war, aufgegeben (Art. 259 altes OR).

Gemäss heute geltendem Art. 261 OR geht das Mietverhältnis nach Abschluss des Mietvertrages bei einer Veräusserung oder bei einem Entzug aufgrund eines Schuldbetreibungs- und Konkursverfahrens von Gesetzes wegen auf den Erwerber über. Dem neuen Eigentümer steht bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen lediglich ein Kündigungsrecht zu, wenn er für sich oder nahe Verwandte oder Verschwägerete einen dringenden Eigenbedarf geltend macht (Art. 261 Abs.2 lit. a OR).

Der Systemwechsel bezüglich der Frage des Fortbestandes von Mietverhältnissen bei Veräusserung von Grundeigentum hat folgende Konsequenzen:

Nach altem Mietrecht galt der Mietvertrag nur zwischen dem Veräusserer/Vermieter und dem Mieter und war deshalb rein obligatorischer Natur.

Nach neuem Mietrecht gilt der Mietvertrag von Gesetzes wegen grundsätzlich gegenüber jedem Eigentümer der Mietsache weiter. Der Mietvertrag hat deshalb nicht mehr eine ausschliesslich obligatorische -, sondern auch eine dingliche (auf die Sache bezogene) Wirkung. In der

Lehre und Rechtsprechung werden solche obligatorische Rechte mit dinglichen Verknüpfungen als «Realobligationen» bezeichnet.

Die dingliche Wirkung des Mietvertrages konnte nach altem Recht nur durch die Eintragung einer Vormerkung des Mietvertrages im Grundbuch erreicht werden (Art. 260 altes OR). In Art. 261 lit. b OR wurde die Möglichkeit der Vormerkung des Mietvertrages mit praktisch unverändertem Wortlaut beibehalten. Die Wirkung der heutigen Vormerkung beschränkt sich aber inhaltlich darauf, dass dem neuen Eigentümer die Kündigungsmöglichkeit aufgrund des dringenden Eigenbedarfs abgeschnitten wird. Die Übertragung des Mietvertrages auf den

Erwerber erfolgt wie gesagt von Gesetzes wegen.

## I. Konsequenz des Systemwechsels in Sachenrecht und SchKG

Gemäss Art. 812 ZGB kann der Gläubiger eines Grundpfandrechtes die Löschung einer Dienstbarkeit oder einer Grundlast verlangen, wenn diese ohne seine Zustimmung nach der Errichtung des Pfandrechtes erfolgte und dadurch ein Minderwert des Grundstückes entsteht, der den Gläubiger bei einer Zwangsverwertung schädigt. Gestützt auf diese materiellrechtliche Regelung im ZGB findet sich im Zwangsvollstreckungsrecht die Regelung von Art. 142 SchKG. Gemäss dieser Bestimmung kann bei einer Versteigerung der Doppelaufruf verlangt werden, d.h. das Grundstück wird einmal mit - und einmal ohne die Last ausgerufen.

Erhält der Grundpfandgläubiger beim Ausruf ohne Last bessere Deckung, so wird die Last gelöscht. Ein allfälliger Überschuss dient in erster Linie zur Entschädigung des Berechtigten, dessen dingliches Recht im Doppelaufruf gelöscht worden ist.

Durch Art. 104 VZG ist sichergestellt, dass auch die im Grundbuch vorgemerkten persönlichen Rechte im Doppelaufruf beseitigt werden können. Dieser bisher auf Verordnungsstufe festgehaltene Tatbestand ist in der neuen Fassung des



Claude Monnier  
Fürsprecher und Notar  
Häusermann + Partner, Bern

revidierten Art. 142 SchKG in das Gesetz aufgenommen worden.

Folgt man den Normen des SchKG wörtlich, so ergibt sich, dass nur die im Grundbuch *eingetragenen Belastungen* im Doppelaufwurf gelöscht werden können.

Bezogen auf das neue Mietrecht, wonach das Mietverhältnis in jedem Fall auf den Erwerber überbunden wird, bedeutet dies, dass eine Belastung des Grundstückes, welche früher durch eine (löschbare) Vormerkung erreicht wurde, heute grundsätzlich nicht mehr beseitigt werden kann.

## II. Kritik an der bestehenden Regelung

Der Systemwechsel im Mietrecht hat somit weitreichende Auswirkungen auf die Rangordnung dinglicher Rechte im Sachenrecht und als Folge davon auch auf das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, wenn Grundeigentum zur Versteigerung gelangt. Die Frage, ob diese Konsequenzen durch den Gesetzgeber gewollt waren oder ob ein gesetzgeberisches Versehen vorliegt, ist zur Zeit umstritten<sup>1</sup>.

Das Bundesgericht hatte bisher keine Möglichkeit sich zu dieser Frage im Rahmen eines Rechtsstreites zu äussern. Auch bei der Revision der Verordnung über die Zwangsvollstreckung von Grundstücken (VZG) wurde die Problematik nicht aufgegriffen, sondern lediglich die gesetzliche Regelung von Art. 261 OR übernommen.

Durch die Möglichkeit des Doppelaufwurfs soll vermieden werden, dass der Pfandschuldner mit einseitigen Massnahmen, nämlich der Einräumung von neuem beschränkten dinglichen Recht, den Wert der Pfandsache schmälern kann. Die Regelung von rev. Art. 261 OR aber hat inhaltlich die gleiche Wirkung wie die Vormerkung des Mietvertrages im Grundbuch unter altem Recht. Dem Pfandgläubiger ist deshalb die Möglichkeit der Beseitigung dieser Belastung mittels Doppelaufwurf einzuräumen. Jede andere Lösung führt zum stossenden Ergebnis, dass im Zwangsvollstreckungsrecht der Mieter durch ein rein schuldrechtliches Verhältnis besser gestellt ist als etwa der Nutzniesser oder der

Wohnrechtsberechtigte, deren dingliche (!) Rechte an Grundeigentum unter der Voraussetzung von Art. 812 ZGB und 142 SchKG beseitigt werden können.

## III. Widersprüchliche Kantonale Entscheide

In einem Entscheid des Obergerichtes des Kantons Thurgau vom 17. September 1993 war zu beurteilen, ob ein Mietvertrag über ein Einfamilienhaus, welcher zwischen dem Konkursiten und seinen Eltern für einen jährlichen Mietzins von Fr. 3'600.– (!) abgeschlossen worden war, zu Recht im Doppelaufwurf gelöscht worden war. Das Gericht verneinte die Möglichkeit des Doppelaufwurfes und somit der Aufhebung des Mietvertrages unter Hinweis auf die gesetzliche Regelung<sup>2</sup>.

Gerade gegenteilig entschied das Kantonsgericht Freiburg am 28. November 1994 und bejahte die Möglichkeit der Aufhebung eines Mietvertrages im Doppelaufwurf. In diesem Fall handelte es sich um eine Geschäftsliegenschaft, welche für die Dauer von 15 Jahren vermietet worden war. Der Mietvertrag sah einen jährlichen (umsatzabhängigen) Mietzins von durchschnittlich Fr. 380'000.– bei einer Hypothekarbelastung von 5'000'000.– vor<sup>3</sup>.

Diese beiden Beispiele aus der Gerichtspraxis verdeutlichen, dass das neue Mietrecht jeglichen Interpretationsspielraum offenlässt, welcher bei den Betroffenen (Grundpfandgläubigern und Mietern) zu einer unhaltbaren Rechtsunsicherheit führt. Der Thurgauer-Entscheid folgt der heute (noch) vorherrschenden Lehre, welche sich für den Grundsatz der Fortführung der Mietverhältnisse auch im Zwangsverwertungsverfahren und damit gegen die Möglichkeit des Doppelaufwurfes ausspricht. Dagegen folgt der Freiburger Entscheid der hier vertretenen Auffassung.

## IV. Konsequenzen für die Betroffenen

Obwohl hierüber keine einheitliche Praxis in Lehre und Rechtsprechung besteht, soll meiner Ansicht nach bei einer Versteigerung auf jeden Fall die Möglichkeit des Doppelaufwurfes bei Mietverhält-

nissen geprüft und dieser im Zweifelsfall auch verlangt werden. Dabei ist das Interesse an einer möglichen Wertsteigerung des Pfandobjektes beim Wegfall des Mietvertrages dem Interesse am eigenen Erwerb der Liegenschaft und an einer allfälligen Fortführung des Mietverhältnisses gegenüberzustellen.

Der Zuschlag ohne Mietvertrag führt zwar nicht automatisch zur Aufhebung des Mietvertrages, eröffnet dem Ersteigerer aber die Möglichkeit, freier über das Grundstück verfügen zu können, was das Steigerungsobjekt in der Regel attraktiver macht.

Die Mieter einer von einer Zwangsverwertung betroffenen Liegenschaft müssen vorsichtigerweise mit der Auflösung des Mietverhältnisses für den Fall einer Versteigerung rechnen. Der Zuschlag an der Versteigerung führt wie erwähnt nicht zur Auflösung des Mietvertrages. Die Wirkung des Zuschlages beschränkt sich auf die Aufhebung der gesetzlichen Verpflichtung zur Übertragung des Mietverhältnisses.

Der Ersteigerer kann das nicht überbundene Mietverhältnis

- ohne den Nachweis des zwingenden Eigenbedarfs erbringen zu müssen,
- ohne Erstreckungsmöglichkeit für den Mieter und
- ohne Einhaltung allfälliger vereinbarter Fristen

mit der gesetzlichen Kündigungsfrist von 3 Monaten auf das Ende eines Monats zu künden.

Rechtzeitige Rücksprache mit den Grundpfandgläubigern kann die Rechtsunsicherheit bezüglich Fortbestand des Mietverhältnisses beseitigen. Falls der Doppelaufwurf für einen Mietvertrag verlangt wird, hat der Mieter in jedem Fall Anspruch auf eine Spezialanzeige der Steigerungsbedingungen und des Lastenverzeichnisses.

<sup>1</sup> Paul PIOTET «Le bail et les droits réels», Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (ZBGR), 1996, Heft 1, S. 1 ff. Für eine Lösung des Problems durch den Gesetzgeber BRÖNNIMANN, Berner Bankrechtstag Bd. 3 1996, S. 157

<sup>2</sup> Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, Bd. 76, 1995, S. 94

<sup>3</sup> Freiburger Zeitschrift für Recht (FZR) 1995, S. 23 ff