

Daniel Hunkeler / Simon Henseler

Zur Solidarhaftung des früheren Mieters nach Übertragung des Geschäftsmietvertrags während der Nachlassstundung

Bei der Übertragung einer Geschäftsmiete auf einen Dritten tritt dieser zwar in das bestehende Mietverhältnis ein, doch haftet der bisherige Mieter gegenüber dem Vermieter ex lege solidarisch bis zum Zeitpunkt, in dem das Mietverhältnis endet oder beendet werden kann, höchstens aber für zwei Jahre (Art. 263 OR). Werden Geschäftsmietverträge während der Nachlassstundung vom Nachlassschuldner mit Zustimmung des Sachwalters auf einen Dritten übertragen, kann diese Solidarhaftung der Sanierung besonders hinderlich sein. Die Autoren untersuchen, ob die Solidarhaftung auch in der Nachlassstundung Platz greift und wie sie Nachlassschuldner und Sachwalter ggf. abwenden oder zumindest abschwächen können.

Beitragsarten: Beiträge
Rechtsgebiete: SchKG

Zitiervorschlag: Daniel Hunkeler / Simon Henseler, Zur Solidarhaftung des früheren Mieters nach Übertragung des Geschäftsmietvertrags während der Nachlassstundung, in: Jusletter 29. Mai 2017

Inhaltsübersicht

- I. Fragestellung
- II. Grundlagen
 - A. Die Übertragung von Geschäftsmietverträgen (Art. 263 OR)
 - B. Das ausserordentliche Kündigungsrecht während der Nachlassstundung (Art. 297a SchKG)
- III. Solidarhaftung infolge Übertragung von Arbeits- und Geschäftsmietverträgen
 - A. Haftungssituation bei der Übertragung von Arbeitsverhältnissen
 - B. Haftungssituation bei der Übertragung von Geschäftsmietverträgen
- IV. Solidarhaftung nach Übertragung von Geschäftsmietverträgen während der Nachlassstundung?
 - A. Ausgangslage
 - B. Vertragliche Entbindung von der Solidarhaftung
 - C. Situation bei nicht einholbarer Entbindung durch den Vermieter
 - 1. Eigene Stellungnahme de lege lata
 - 2. Postulat de lege ferenda
- V. Schlussfolgerung

I. Fragestellung

[Rz 1] Zur Sanierung eines sich in Nachlassstundung befindlichen Schuldners (Nachlassschuldners) bzw. seines Unternehmens gibt es freilich verschiedene Wege. Einer davon kann als Grundlage den Verkauf bzw. die Übertragung von Vermögenswerten des Nachlassschuldners während der Nachlassstundung gem. Art. 298 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1) haben (gegebenenfalls mit anschliessendem Abschluss eines Nachlassvertrags zwischen dem Nachlassschuldner und dessen Gläubigern). Dabei wird es oftmals vorkommen, dass der Betrieb oder zumindest in sich geschlossene Betriebsteile des Nachlassschuldners veräussert und allenfalls (ganz oder teilweise) mit den dazugehörigen Arbeitsverhältnissen auf den Erwerber übertragen werden, und dass der Erwerber insbesondere auch die vom Nachlassschuldner gemieteten *Geschäftsräume* weaternutzen möchte. Die Übertragung der entsprechenden Mietverträge über die Geschäftsräume erfolgt regelmässig mit dem Abschluss eines Asset Deals zwischen Nachlassschuldner (als bisherigem Mieter) und Erwerber (als neuem Mieter) unter Miteinbezug des Vermieters in Anwendung der mietrechtlichen Bestimmung des Art. 263 des Obligationenrechts (OR; SR 220).

[Rz 2] Art. 263 OR hält unter der Marginalie «Übertragung der Miete auf einen Dritten» fest, dass der Mieter von Geschäftsräumen das Mietverhältnis mit schriftlicher Zustimmung des Vermieters auf einen Dritten übertragen kann (Abs. 1), und dass der Vermieter die Zustimmung nur aus wichtigem Grund verweigern kann (Abs. 2). Stimmt der Vermieter zu, so tritt der Dritte (Erwerber) anstelle des Mieters in das Mietverhältnis ein (Abs. 3). Der Mieter (Nachlassschuldner) ist damit von seinen Verpflichtungen gegenüber dem Vermieter grundsätzlich befreit (Abs. 4 Satz 1). Er *haftet* jedoch *solidarisch* mit dem Dritten bis zum Zeitpunkt, in dem das Mietverhältnis gemäss Vertrag oder Gesetz endet oder beendet werden kann, höchstens aber für zwei Jahre (Abs. 4 Satz 2).

[Rz 3] Die erwähnte Solidarhaftung des Nachlassschuldners kann für diesen bzw. gegebenenfalls auch für den Sachwalter und (infolge der primären Staatshaftung gem. Art. 5 SchKG) letztlich allenfalls auch für den Staat ein unerwünschtes Risiko darstellen. Dies jedenfalls in Fällen, in denen der Sachwalter – wie dies im Regelfall zutreffen wird – der Übertragung der Miete auf einen Dritten zugestimmt hat. Denn alle während der Stundung mit Zustimmung des Sachwalters ein-

gegangenen Verbindlichkeiten sind als sog. «Masseverbindlichkeiten» bereits während der Nachlassstundung in voller Höhe zu bezahlen und verpflichtet in einer nachfolgenden Nachlassliquidation oder in einem nachfolgenden Konkurs die Masse (Art. 310 Abs. 2 Satz 1 SchKG). In Fällen, in denen der neue Mieter seinen Verpflichtungen gegenüber dem Vermieter nicht nachkommt, riskieren Nachlassschuldner bzw. Sachwalter, dass sie bzw. die Nachlassmasse mit (allenfalls hohen) Forderungen des Vermieters aus einem übertragenen Mietverhältnis konfrontiert werden, und ev. meldet der Vermieter bereits während der Nachlassstundung beim Sachwalter eine (suspensiv) bedingte Forderung an für den Fall, dass er später aus dem übertragenen Mietverhältnis gegenüber dem neuen Mieter zu Verlust kommt, für den der Nachlassschuldner solidarisch einzustehen hat.

[Rz 4] Der vorliegende Beitrag geht der Frage nach, ob ein Nachlassschuldner – unter Berücksichtigung des Kündigungsrechts in Art. 297a SchKG und der neuen, hinsichtlich der Übertragung von Arbeitsverhältnissen getroffenen gesetzgeberischen Wertungen (Art. 333b OR) – wirklich nach Art. 263 Abs. 4 OR solidarisch haftet, ob mithin die mietrechtlich vorgesehene Solidarhaftung auch Anwendung findet, wenn Mietverträge während einer *Nachlassstundung* übertragen werden, und ob gegebenenfalls die entsprechenden Forderungen des Vermieters sog. «Masseverbindlichkeiten» oder aber lediglich blosser Nachlassforderungen sind. Dazu werden zunächst die obligationenrechtliche Regelung der Übertragung von Geschäftsmietverträgen sowie das Kündigungsrecht für Dauerschuldverhältnisse in Art. 297a SchKG skizziert (nachfolgend II.). Anschliessend wird die Solidarhaftung infolge Übertragung von Arbeitsverträgen (vgl. Art. 333 OR) als Querbezug und im Vergleich zu derjenigen infolge Übertragung von Geschäftsmietverträgen erläutert (III.). Bevor der vorliegende Beitrag mit einer kurzen Schlussbetrachtung abgerundet wird (V.), soll zur aufgeworfenen Frage der Solidarhaftung des einen Geschäftsmietvertrag übertragenden Nachlassschuldners im Besonderen Stellung bezogen werden (IV.).

II. Grundlagen

A. Die Übertragung von Geschäftsmietverträgen (Art. 263 OR)

[Rz 5] Art. 263 OR ermöglicht erwähntermassen dem Mieter von Geschäftsräumen¹, das Mietverhältnis mit schriftlicher Zustimmung des Vermieters auf einen Dritten zu übertragen, wobei der Vermieter nur aus wichtigem Grund die Zustimmung verweigern kann (Abs. 1 und 2). Als wichtiger Grund gilt jeder objektive oder subjektive Umstand, der für den Vermieter eine vertragliche Beziehung zum übernehmenden Mieter nach den Grundsätzen von Treu und Glauben unzumutbar macht.² Der Vermieter darf nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Zustimmung etwa dann verweigern, wenn der übernehmende Mieter die Zweckbestimmung der Mieträumlichkeiten verändern, insbesondere Um- und Ausbauten vornehmen will, welche der Vermieter nicht gemäss Art. 260a OR zu bewilligen beabsichtigt.³

¹ Für Definitionen bzw. Erläuterungen des Begriffs der Geschäftsraummiets i.S.v. Art. 263 OR vgl. statt vieler PETER FERTIG, § 8 Übertragung des Mietverhältnisses, in: Jürg P. Müller (Hrsg.), Wohn- und Geschäftsraummiets, Zürich 2015, Rz. 8.23 ff.; ROGER WEBER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar OR I, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 253a/253b N 11 ff., m.w.H.

² PETER HIGI, Zürcher Kommentar, Art. 271–274g OR. Miets, 4. Aufl., Zürich 1998, Art. 263 N 29.

³ Urteil des Bundesgerichts 4P.107/2003 vom 19. Juni 2003, E. 2.1, m.w.H.

[Rz 6] Stimmt der Vermieter freiwillig – oder im Falle fehlender Wichtigkeit des Verweigerungsgrundes nach gerichtlicher Durchsetzung⁴ des Anspruchs des Mieters auf Zustimmung – zu, so tritt der Dritte anstelle des Mieters in das Mietverhältnis ein (Art. 263 Abs. 3 OR). Der Zustimmung des Vermieters kommt insoweit die Bedeutung einer aufschiebenden Bedingung zu, als deren Eintritt einen Parteiwechsel im Mietvertrag bewirkt.⁵ Der bisherige Mieter ist von seinen Verpflichtungen gegenüber dem Vermieter grundsätzlich befreit, wobei er erwähntermassen solidarisch mit dem Dritten, d.h. dem übernehmenden Mieter, haftet bis zum Zeitpunkt, in dem das Mietverhältnis gemäss Vertrag oder Gesetz endet oder beendet werden kann, höchstens aber für zwei Jahre (Art. 263 Abs. 4 OR).

[Rz 7] Der Zweck dieser Solidarhaftung besteht darin, die in Art. 263 OR vorgesehene Einschränkung der Vertragsfreiheit des Vermieters zu kompensieren und dem grundsätzlich zur Zustimmung verpflichteten Vermieter eine «Garantie» zu gewähren.⁶ Die Solidarhaftung umfasst alle vertraglichen Verpflichtungen, die sich aus dem Mietvertrag ergeben, wie er im Zeitpunkt der Übertragung bestanden hat und schliesst damit neben den Mietzinsforderungen namentlich auch allfällige Schadenersatzforderungen aus positiver Vertragsverletzung ein.⁷

B. Das ausserordentliche Kündigungsrecht während der Nachlassstundung (Art. 297a SchKG)

[Rz 8] Der Schuldner kann während der Nachlassstundung mit Zustimmung des Sachwalters ein Dauerschuldverhältnis⁸ unter Entschädigung der Gegenpartei jederzeit auf einen beliebigen Zeitpunkt kündigen, sofern andernfalls der Sanierungszweck vereitelt würde; die Entschädigung der anderen Vertragspartei gilt als Nachlassforderung. Die besonderen Bestimmungen über die Auflösung von Arbeitsverträgen bleiben vorbehalten (Art. 297a SchKG). Damit räumt das neue Sanierungsrecht dem Nachlassschuldner während der Nachlassstundung unter Vorbehalt der Zustimmung des Sachwalters⁹ ein *ausserordentliches Kündigungsrecht* ein.¹⁰

[Rz 9] Voraussetzung dafür ist nach dem Wortlaut der Bestimmung, dass ohne die Kündigung der *Sanierungszweck vereitelt* würde (Art. 297a Satz 1 SchKG). Dies ist – wie sich die Lehre einig ist – nicht wörtlich zu verstehen, weshalb keine direkte Kausalität zwischen der ausserordentlichen Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses und der Vereitelung des Sanierungszwecks (als con-

⁴ BGE 125 III 229 E. 2b; HIGI (Fn. 2), Art. 263 N 27.

⁵ BGE 139 III 353 E. 2.1.1; 125 III 229 E. 2b, je m.w.H.

⁶ Vgl. Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechts, BBl 1985 I 1389 ff., S. 1444; BGE 121 III 408 E. 4c.

⁷ HIGI (Fn. 2), Art. 263 N 57; MATTHIAS MINDER, Die Übertragung des Mietvertrags bei Geschäftsräumen (Art. 263 OR), Diss. Zürich 2010, Rz. 852; HEINRICH PETER, Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 2. Aufl., Zürich 2012, Art. 263 N 9.

⁸ Zum Begriff des Dauerschuldverhältnisses siehe statt vieler PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Zürich 2014, Rz. 94.

⁹ Ist kein Sachwalter bestellt worden (vgl. Art. 293b Abs. 2 SchKG), kann das Kündigungsrecht in Art. 297a SchKG nicht ausgeübt werden (DANIEL HUNKELER, in: Daniel Hunkeler [Hrsg.], Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 297a N 10; THOMAS BAUER, in: Daniel Staehelin/Thomas Bauer [Hrsg.], Basler Kommentar SchKG, Ergänzungsband zur 2. Auflage, Basel 2017, Art. 297a N 8).

¹⁰ FRANCO LORANDI, Dauerschuldverhältnisse im neuen Sanierungsrecht, AJP 2014 S. 294 ff., 295; HUNKELER (Fn. 9), Art. 297a N 2; BAUER (Fn. 9), Art. 297a N 8.

ditio sine qua non im Sinne einer Monokausalität) verlangt ist.¹¹ Zwar genügt es nicht, wenn die Kündigung dem Sanierungszweck nur in einem gewissen (nicht gerade völlig untergeordneten) Masse förderlich ist,¹² doch muss es schon reichen, wenn die Kündigung des Dauerschuldverhältnisses ein wichtiges bzw. wesentliches Element für das Gelingen der Sanierung ist.¹³

[Rz 10] Sind die Voraussetzungen für eine ausserordentliche Kündigung erfüllt, kann der Nachlassschuldner mit Zustimmung des Sachwalters das Dauerschuldverhältnis jederzeit fristlos auflösen.¹⁴ Der anderen Vertragspartei erwächst dafür ein Anspruch auf volle Entschädigung (d.h. auf das positive Vertragsinteresse¹⁵), der als *Nachlassforderung* dem Nachlassvertrag unterliegt. Kraft analoger Anwendung von Art. 211a Abs. 1 SchKG¹⁶ hat sich die Vertragspartei indes die Vorteile anzurechnen, die sie während der mit der Entschädigung abgegoltenen Dauer erzielt hat oder hätte erzielen können.¹⁷

[Rz 11] Fehlt es im Zeitpunkt der Gestaltungserklärung (Kündigung) des Schuldners an der (formfrei möglichen¹⁸) Zustimmung des Sachwalters, so zeitigt die Kündigung einstweilen keine Wirkung. Die Zustimmung kann durch den Sachwalter aber nachträglich erteilt werden, was die Kündigung *ex tunc* validiert.¹⁹ Liegt zwar die Zustimmung des Sachwalters vor, doch mangelt es daran, dass die Kündigung des Dauerschuldverhältnisses ein wesentliches Element für das Gelingen der Sanierung darstellt, so richtet sich die Rechtsfolge nach dem materiellen Recht.²⁰ Dies rechtfertigt sich deshalb, weil Art 297a SchKG als (bloss punktueller) Eingriff des SchKG ins materielle Recht²¹ diese Frage nicht (explizit) beantwortet und es deswegen angezeigt erscheint, insbesondere dort, wo das Gesetz eine ausdrückliche Regelung vorsieht,²² dieser auch bei einer Kündigung gestützt auf das SchKG zum Durchbruch zu verhelfen. Spricht also ein Nachlassschuldner unter Zustimmung des Sachwalters eine ausserordentliche Kündigung trotz fehlender Voraussetzung gestützt auf Art. 297a SchKG bei einem (Geschäfts-)Mietvertrag aus, so ist die Kündigung nichtig und der Vertrag besteht weiter (vgl. Art. 266o OR).

¹¹ LORANDI (Fn. 10), S. 296 f.; vgl. OLIVIER HARI/HUBERT GMÜNDER, Das neue Sanierungsrecht, Hat der Berg eine Maus geboren?, GesKR 2013 S. 570 ff., 573 f.; BAUER (Fn. 9), Art. 297a N 12.

¹² So aber LORANDI (Fn. 10), S. 297.

¹³ HUNKELER (Fn. 9), Art. 297a N 16 f.; vgl. ähnlich auch BAUER (Fn. 9), Art. 297a N 12, wonach die Bestimmung grosszügig ausgelegt werden müsse in der Weise, «dass das ungekündigte Dauerschuldverhältnis eine schwerwiegende Behinderung bei der Durchführung der Sanierungsmassnahmen darstellt und damit die Erreichung des Sanierungsziels in erstzunehmender Weise gefährdet».

¹⁴ HUNKELER (Fn. 9), Art. 297a N 18; BAUER (Fn. 9), Art. 297a N 18 f.; LORANDI (Fn. 10), S. 296.

¹⁵ RAMON MABILLARD, Kündigung der Dauerschuldverhältnisse im ordentlichen Nachlassverfahren – Prozessuale Kompensation des materiell-rechtlichen Eingriffs gemäss Art. 297a VE-SchKG, BLSchK 2010 S. 189 ff., 200.

¹⁶ So Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht), BBl 2010 6455 ff., S. 6488.

¹⁷ HUNKELER (Fn. 9), Art. 297a N 20; LORANDI (Fn. 10), S. 298; vgl. BAUER (Fn. 9), Art. 297a N 21.

¹⁸ HUNKELER (Fn. 9), Art. 297a N 9; LORANDI (Fn. 10), S. 296.

¹⁹ HUNKELER (Fn. 9), Art. 297a N 9; LORANDI (Fn. 10), S. 296; a.M. BAUER (Fn. 9), Art. 297a N 16, wonach eine Kündigungserklärung des Schuldners ohne vorherige Zustimmung des Sachwalters nichtig sei.

²⁰ LORANDI (Fn. 10), S. 297; vgl. HUNKELER (Fn. 9), Art. 297a N 10.

²¹ Vgl. BAUER (Fn. 9), Art. 297a N 4; HUNKELER (Fn. 9), Art. 297a N 2.

²² Etwa Art. 404 OR für den einfachen Auftrag oder Art. 418r OR für den Agenturvertrag (LORANDI [Fn. 10], S. 297).

III. Solidarhaftung infolge Übertragung von Arbeits- und Geschäftsmietverträgen

A. Haftungssituation bei der Übertragung von Arbeitsverhältnissen

[Rz 12] In den Art. 333 ff. OR regelt das Obligationenrecht die Übertragung von Arbeitsverhältnissen für den Spezialfall der Betriebsübertragung. Da dort ebenfalls eine Solidarhaftung für den Übertragenden statuiert wird und diese bei Betriebsübertragungen während Insolvenzverfahren eine neue gesetzliche Regelung erfuhr, bietet sich der vorliegende Querbezug an.

[Rz 13] Das Arbeitsverhältnis geht gemäss Art. 333 Abs. 1 OR mit allen Rechten und Pflichten mit dem Tag der Betriebsnachfolge auf den Erwerber über, wenn der Arbeitgeber den Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten überträgt und der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt. Ähnlich der Regelung der Solidarhaftung des übertragenden Geschäftsmieters in Art. 263 Abs. 4 OR sieht Art. 333 Abs. 3 OR vor, dass der bisherige Arbeitgeber und der Erwerber des Betriebes²³ für alle Forderungen des Arbeitnehmers bis zum Zeitpunkt solidarisch haften, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte oder bei Ablehnung des Übergangs durch den Arbeitnehmer beendet wird.

[Rz 14] Mit der per 1. Januar 2014 in Kraft getretenen Revision des Sanierungsrechts wurde die Regelung des Übergangs der Arbeitsverhältnisse infolge Betriebsübertragung um den neuen Art. 333b OR ergänzt. Darin wird die vorangehend beschriebene Regelung während einer Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung in zwei Punkten geändert. Einerseits ist nunmehr das sog. «cherry picking» möglich, d.h. der Erwerber eines Betriebs und der Übertragende können frei vereinbaren, ob und welche Arbeitsverhältnisse mit dem Betrieb übergehen sollen.²⁴

[Rz 15] Andererseits wurde das Gesetz dahingehend modifiziert, dass der die Solidarhaftung statuierende Art. 333 Abs. 3 OR für Sanierungsübernahmen nicht mehr (sinngemäss) gilt (Art. 333b Satz 2 OR). Dem Wortlaut nach besteht damit fortan weder für den Übertragenden noch für den Erwerber eine Solidarhaftung. Die überwiegende Lehre geht indes mit Blick auf die Gesetzgebungsgeschichte davon aus, dass lediglich der *Erwerber* von seiner (grundsätzlichen) Solidarhaftung entbunden wurde, zumal der Grund für die Aufhebung der Solidarhaftung in einer Begünstigung von Sanierungen bestanden habe.²⁵ Haftete der Erwerber eines Betriebs von Gesetzes wegen solidarisch für Forderungen gegen den Übertragenden, so könne dies ein Hindernis für eine Übernahme und mithin für das Gelingen der ganzen Sanierung darstellen.²⁶

²³ Die Haftung des übernehmenden Mieters ist im Gegensatz zur Haftung des übernehmenden Arbeitgebers gesetzlich nicht ausdrücklich statuiert, ergibt sich aber aus Art. 263 Abs. 3 OR (dazu nachfolgend Rz. 16).

²⁴ DANIEL HUNKELER, Neues Sanierungsrecht verabschiedet – voraussichtliches Inkrafttreten bereits am 1. Januar 2014, in: Jusletter 8. Juli 2013, Rz. 11; WOLFGANG PORTMANN/ROGER RUDOLPH, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar OR I, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 333b N 6; MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar, Der Arbeitsvertrag Art. 319–362 OR, 3. Aufl., Bern 2010, Art. 333b N 8.

²⁵ THOMAS KOLLER, Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011, ZBJV 2013 S. 705 ff., 712; PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 24), Art. 333b N 7; HUNKELER (Fn. 9), Vor Art. 293–336 N 38; a.M. ADRIAN VON KAENEL, Der neue Art. 333b OR, in: Jusletter 29. September 2014, Rz. 19.

²⁶ REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 24), Art. 333b N 10; PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 24), Art. 333b N 2; URS SCHENKER, Unternehmensverkäufe unter dem neuen Sanierungsrecht, in: Tschäni Rudolf (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XVII, S. 257 ff., 275.

B. Haftungssituation bei der Übertragung von Geschäftsmietverträgen

[Rz 16] Der Wortlaut von Art. 263 Abs. 4 OR hält nur die Haftung des übertragenden Mieters fest und spricht sich demnach – im Unterschied zu Art. 333 Abs. 3 OR – nicht ausdrücklich über die Haftung des Dritten, des übernehmenden (neuen) Mieters, infolge Übertragung des Geschäftsmietvertrags, aus. Infolge Parteiwechsels gilt allerdings auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung, dass der übernehmende Mieter grundsätzlich auch für Schulden, die noch vor dem Übertragungstichtag entstanden sind, wie etwa offene Mietzinse, einzustehen hat.²⁷ Schliesslich tritt er «anstelle des Mieters in das Mietverhältnis ein» (Art. 263 Abs. 3 OR).

[Rz 17] Der übertragende Mieter haftet gegenüber dem Vermieter (weiterhin) bzw. solidarisch ab dem Zeitpunkt der Übertragung seines Geschäftsmietvertrags gemäss ausdrücklicher gesetzlicher Regelung in Art. 263 Abs. 4 OR. Die Übertragung des Mietvertrags nach Art. 263 Abs. 4 OR hat demnach eine – wenn auch zeitlich begrenzte – Solidarhaftung des übertragenden und des übernehmenden Mieters gemäss Art. 143–149 OR zur Folge.²⁸ Zeitlich limitiert ist die Solidarhaftung des übertragenden Mieters dem Wortlaut dieser Bestimmung nach auf Forderungen, die bis zum Zeitpunkt entstanden sind,²⁹ in dem das Mietverhältnis nach Vertrag oder Gesetz endet oder beendet werden kann.³⁰ Ob der Geschäftsmietvertrag tatsächlich aufgelöst wird oder nicht, spielt dabei keine Rolle.³¹

[Rz 18] Die Lehre scheint den Passus «nach Vertrag oder Gesetz [...] beendet werden kann» dahingehend auszulegen, dass nur ein ordentliches Kündigungsrecht die Solidarhaftung zeitlich beschränkt,³² nicht aber ein ausserordentliches. Dabei wird bisweilen auf den Entscheid BGE 121 III 408 E. 4 abgestellt, in welchem das Bundesgericht festgehalten hat, dass – im Falle, da der Vermieter nach der Übertragung ausserordentlich kündigt (i.c. nach Art. 257d OR) – die Solidarhaftung nicht schon mit dem ausserordentlichen Kündigungstermin ende, sondern vielmehr bis zum Ablauf der Zweijahresfrist oder bis zum Zeitpunkt weiterdauere, auf den der Vertrag ordentlich gekündigt werden könne. Ob sich aus dem genannten Urteil dieser Schluss wirklich ziehen lässt, ist deshalb fraglich, weil sich das Bundesgericht in seinen Erwägungen entscheidend davon leiten liess, dass der Vermieter bei Zahlungsverzug des übernehmenden Mieters i.S.v. Art. 257d OR nicht vor die Wahl zwischen ausserordentlicher Kündigung oder Solidarhaftung gestellt werden dürfe. Vielmehr müsse der Vermieter kündigen und trotzdem auf die Solidarhaftung zählen dürfen.³³ Zumindest dass die Solidarhaftung durch ein dem übertragenden Mieter zustehendes ausserordentliches Kündigungsrecht nicht beschränkt wird, lässt sich aus dem bundesgerichtlichen Entscheid nicht unmittelbar ableiten.

²⁷ HIGI (Fn. 2), Art. 263 N 47; WEBER (Fn. 1), Art. 263 N 6; MINDER (Fn. 7), Rz. 806 ff., m.w.H.; a.M. HEINRICH (Fn. 7), Art. 263 N 7; Das schweizerische Mietrecht, SVIT-Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2008, Art. 263 N 23, wonach in dem Sinne kein rückwirkender Vertragseintritt stattfindet, als sich die Rechte und die hier interessierenden Pflichten des Übernehmers nur auf die Zukunft beziehen.

²⁸ BGE 140 III 344 E. 5.3 f., worin das Bundesgericht festhält, dass der übertragende Mieter nicht etwa nur subsidiär, sondern nach Wahl des Vermieters auch direkt in Anspruch genommen werden kann.

²⁹ MINDER (Fn. 7), Rz. 847, m.w.H., u.a. BGE 121 III 408 E. 4a.

³⁰ Bei befristeten Geschäftsmietverträgen dauert die Solidarhaftung des übertragenden Mieters bis zum Ablauf der vereinbarten Mietdauer (Urteil des Bundesgerichts 4C.219/1997 vom 8. Oktober 1997, E. 4a zitiert in MINDER [Fn. 7], Rz. 842; HIGI [Fn. 2], Art. 263 N 54).

³¹ Statt vieler HIGI (Fn. 2), Art. 263 N 54; MINDER (Fn. 7), Rz. 844, je m.w.H.

³² HEINRICH (Fn. 7), Art. 263 N 9; FERTIG (Fn. 1), Rz. 8.148; HIGI (Fn. 2), Art. 263 N 54.

³³ BGE 121 III 408 E. 4c.

[Rz 19] Art. 333 Abs. 3 OR, der die Solidarhaftung für den übertragenden Arbeitgeber vorsieht, spricht ausdrücklich nur von der Möglichkeit der ordentlichen Beendigung, welche die Haftung beschränkt. In Art. 263 Abs. 4 OR findet sich diese Beschränkung auf die ordentliche Beendigung demgegenüber nicht. Nun könnte argumentiert werden, dass sich das Gesetz gewollt differenziert ausdrückt; bei der Übertragung des Arbeitsvertrags entsprechend nur ordentliche Kündigungsmöglichkeiten, bei der Übertragung des Geschäftsmietvertrags demgegenüber sowohl ausserordentliche als auch ordentliche Kündigungsmöglichkeiten zählen. Dem wiederum liesse sich entgegen, dass Art. 333 Abs. 3 OR klarer abgefasst wurde und Art. 263 Abs. 4 OR in Anlehnung daran auszulegen ist.

[Rz 20] Ob Art. 263 Abs. 4 OR generell so interpretiert werden muss, dass auch ausserordentliche Kündigungsrechte die Solidarhaftung zeitlich beschränken, kann an dieser Stelle *offen bleiben*. Jedenfalls sind u.E. bei einer Übertragung von Geschäftsmietverträgen während einer *Nachlassstundung* Besonderheiten zu berücksichtigen, die nachfolgend aufgezeigt werden.

IV. Solidarhaftung nach Übertragung von Geschäftsmietverträgen während der Nachlassstundung?

A. Ausgangslage

[Rz 21] Wie schon erwähnt, verpflichten die während der Stundung mit Zustimmung des Sachwalters eingegangenen Verbindlichkeiten in einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung oder in einem nachfolgenden Konkurs die Masse (Art. 310 Abs. 2 Satz 1 SchKG) und sind bereits während der Nachlassstundung in voller Höhe zu bezahlen (vgl. Rz. 3 hiavor). Solche Masseverbindlichkeiten sind bei der Verteilung vorab zu befriedigen und sind auch Forderungen von privilegierten Gläubigern gegenüber vorrangig.³⁴

[Rz 22] Dies hat zur Folge, dass, wenn der Nachlassschuldner unter Zustimmung des Sachwalters Geschäftsmietverträge überträgt, der Nachlassschuldner nach Massgabe von Art. 263 Abs. 4 OR grundsätzlich solidarisch haften würde und die entsprechenden Forderungen des Vermieters in einer allfällig folgenden Nachlass- oder Konkursliquidation Masseverbindlichkeiten wären. Beahlt der übernehmende Mieter etwa die Mietzinse nicht oder beschädigt er das Mietobjekt schadenersatzpflichtig, so haftet dafür die Masse bzw. sind die entsprechenden Forderungen vollständig zu befriedigen. Der Nachlassschuldner und der Sachwalter müssten somit grösste Vorsicht walten lassen bei der Auszahlung von Nachlassdividenden, insbesondere auch in Fällen, in denen der Vermieter seine mögliche Solidarforderung gegen den übertragenden Mieter bereits suspensiv bedingt angemeldet hat. In gewissen Fällen könnte der Sachwalter gar nicht riskieren, potentielle hohe Masseverbindlichkeiten zu begründen. Dem Nachlassschuldner und Sachwalter bleibt sicherheitshalber nichts anderes übrig, als den Nachlassschuldner von der Solidarhaftung vertraglich befreien zu lassen (hiernach IV.B.) oder sich unter bestimmten Voraussetzungen auf den Wegfall der Solidarhaftung zu berufen (hiernach IV.C.).

³⁴ Vgl. HUNKELER (Fn. 9), Art. 310 N 18; HANS ULRICH HARDMEIER, in: Daniel Staehelin/Thomas Bauer (Hrsg.), Basler Kommentar SchKG II, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 310 N 19; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, § 54 Rz. 45.

B. Vertragliche Entbindung von der Solidarhaftung

[Rz 23] In jedem Fall haben der Nachlassschuldner sowie der Sachwalter ein grosses Interesse daran, sich zum *vornherein* einer allfälligen Solidarhaftung zu entledigen. Dabei ist es möglich, dass sich der übertragende Mieter durch *Vereinbarung* mit dem Vermieter von seiner Solidarhaftung befreit. Art. 263 Abs. 4 Satz 2 OR ist relativ zwingend zu Gunsten des Mieters. Daher ist es ohne weiteres zulässig, dass der Vermieter den Mieter schon vor Ablauf der Zweijahresfrist aus Schuld und Haftung entlässt.³⁵ In vielen Fällen wird der Vermieter einer solchen Haftungsentlassung des übertragenden Mieters auch zustimmen, hat er doch regelmässig ein Interesse daran, dass der bestehende Mietvertrag statt mit dem insolventen Mieter nahtlos mit dem übernehmenden (solventeren) Mieter weiterläuft. Soweit der Vermieter kein solches Interesse haben sollte, kann er gegebenenfalls «aus wichtigem Grund» seine Zustimmung zur Übertragung der Miete gem. Art. 263 Abs. 1 OR verweigern, womit ihm auch kein neuer Mieter aufgezwungen werden kann, selbst dann nicht, wenn andernfalls der Sanierungszweck vereitelt würde.³⁶

[Rz 24] Nachlassschuldner und insbesondere Sachwalter werden umgekehrt einer Übertragung der Miete auf einen Dritten zuweilen nur zustimmen, wenn der Vermieter auch bereit ist, auf die in Art. 263 Abs. 4 OR vorgesehene Solidarhaftung des übertragenden Mieters zu *verzichten*. Denn solange gesetzlich (anders als beim Arbeitsvertrag; vgl. Rz. 12 ff. hiervor) nicht geregelt ist, ob bzw. dass der übertragende Mieter gegenüber dem Vermieter gerade nicht solidarisch haftet, besteht *de lege lata* aufgrund von Art. 263 Abs. 4 OR u.E. klarerweise auch für eine Übertragung während einer Nachlassstundung das Risiko, dass die Gerichte eine solche Solidarhaftung bejahen werden (vgl. dazu Rz. 28 ff.).

C. Situation bei nicht einholbarer Entbindung durch den Vermieter

[Rz 25] Was aber, wenn diese Befreiungserklärung des Vermieters nicht einholbar ist, der Vermieter mithin nicht bereit ist, den Nachlassschuldner als bisherigen Mieter aus dem obligo zu entlassen, gleichwohl aber eine Übertragung des Mietvertrags auf einen übernehmenden Mieter zum Gelingen der Sanierung erforderlich ist?

[Rz 26] Ein eher zweifelhafter Weg des Sachwalters besteht darin, dass er gegenüber dem Vermieter formell seine Zustimmung zur Übertragung des Mietverhältnisses verweigert, so dass später argumentiert werden kann, allfällige Forderungen des Vermieters gegenüber dem übertragenden Mieter seien zum *vornherein* bestenfalls normale Nachlassforderungen und nicht Masseverbindlichkeiten (vgl. Art. 306 i.V.m. Art. 310 SchKG). Denn der Vermieter wird dagegen vorbringen, der Sachwalter habe in Tat und Wahrheit zugestimmt bzw. habe zumindest stillschweigend die Übertragung gebilligt oder gar favorisiert, auch wenn er formell (zwecks Haftungsabwendung) gegenüber dem Vermieter Ablehnung erklärt habe.

[Rz 27] Soweit aufgrund der Risikosituation geboten, wird der Sachwalter im Interesse der Sanierung und der Gläubigergesamtheit der Übertragung zustimmen oder aber umgekehrt den

³⁵ HIGI (Fn. 2), Art. 263 N 4; DAVID LACHAT, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), *Commentaire romand CO I*, 2. Aufl., Basel 2012, Art. 263 N 11; HEINRICH (Fn. 7), Art. 263 N 1; a.M. SVIT-Kommentar (Fn. 27), Art. 263 N 6.

³⁶ Das Nachlassrecht gibt u.E. weder dem Nachlassschuldner noch dem Sachwalter die Möglichkeit, dem Vermieter in jedem Fall eine Weiterführung des Mietverhältnisses mit einem neuen Mieter aufzuzwingen, d.h. entgegen dem Zustimmungserfordernis der Art. 263 Abs. 1 und Abs. 2 OR. Vorbehalten bleibt bei gegebenen Voraussetzungen lediglich ein ausserordentliches Auflösungsrecht gem. Art. 297a SchKG.

Nachlassschuldner anweisen müssen, den Mietvertrag nicht zu übertragen, unter Androhung der Beantragung des Widerrufs der Nachlassstundung beim Nachlassgericht im Widerhandlungsfall (vgl. Art. 298 Abs. 4 SchKG).

1. Eigene Stellungnahme de lege lata

[Rz 28] Die Solidarhaftung des übertragenden Geschäftsmieters währt erwähntermassen von Gesetzes wegen bis zum Zeitpunkt, in dem das Mietverhältnis gemäss Vertrag oder Gesetz endet oder beendet werden kann, höchstens aber zwei Jahre (Art. 263 Abs. 4 Satz 2 OR). Einen Ausschluss dieser Solidarhaftung im Falle der Übertragung während einer Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung sieht das Obligationenrecht gerade nicht vor. Für den Fall einer Übertragung des Mietvertrags während einer Nachlassstundung wurde Art. 263 Abs. 4 OR – soweit wir sehen – jedoch bei den Gesetzgebungsarbeiten nicht besonders bedacht, d.h. der Gesetzgeber hat offenbar schlechterdings nicht über die Problematik der allfälligen Solidarhaftung, wie sie die erwähnte mietrechtliche Norm vorsieht, nachgedacht.³⁷

[Rz 29] Es könnte erwogen werden, dass im Allgemeinen auch ausserordentliche Kündigungsrechte die Solidarhaftung nach Art. 263 Abs. 4 OR zeitlich limitieren. Dementsprechend stünde einer Berufung des Nachlassschuldners und übertragenden Geschäftsmieters auf das ausserordentliche Kündigungsrecht in Art. 297a SchKG bereits nichts mehr im Wege und aus dem Zusammenspiel dieser Bestimmungen würde sich ergeben, dass insbesondere bei einer Übertragung eines Betriebs oder Betriebsteils als Element eines Sanierungsplans für den Nachlassschuldner keine Solidarhaftung besteht. Solches greift u.E. indes argumentativ noch zu kurz.

[Rz 30] In den hier interessierenden Konstellationen wird der Nachlassschuldner während der Stundung vor dem Scheideweg stehen, entweder den Geschäftsmietvertrag – unter gegebenen Voraussetzungen wohl gestützt auf Art. 297a SchKG per sofort – zu kündigen oder aber den Vertrag – u.U. im Rahmen einer Übertragung eines Betriebs oder Betriebsteils – auf einen Dritten zu übertragen. Dies bedeutet für den Vermieter, entweder per sofort ohne (bisherigen) Mieter dazustehen und eine Entschädigung in Form einer Nachlassforderung zu haben (Art. 297a SchKG) oder aber neben dem zeitweilen solidarhaftenden Nachlassschuldner einen a priori solventeren neuen Mieter zu haben. Würde man davon ausgehen, dass Forderungen des Vermieters aufgrund einer allfälligen Solidarhaftung des übertragenden Mieters im Falle eines nachfolgenden Konkurses oder Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung Masseverbindlichkeiten wären, würde ein offensichtlicher *Wertungswiderspruch* sichtbar. Es kann nicht angehen, dass dem Vermieter eines Geschäftsraums zusätzlich zum a priori solventeren neuen Mieter gegebenenfalls auch noch ein Massprivileg für seine Forderungen eingeräumt wird. Bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 297a SchKG erscheint es uns jedenfalls angezeigt, dass – soweit die Gerichte eine Solidarhaftung des Nachlassschuldners bejahen – die Forderungen des Vermieters als blosse *Nachlassforderungen* zu behandeln sind.

[Rz 31] Aber auch mit Blick auf die Wertungen, die für die neue Regelung der (nun aufgehobenen) Solidarhaftung bei der Übertragung von Arbeitsverhältnissen während der Nachlassstun-

³⁷ Weder bei Erlass von Art. 263 OR (vgl. Botschaft Mietrecht [Fn. 6], S. 1443 f.) noch im Rahmen der Sanierungsrechtsrevision (vgl. Botschaft Sanierungsrecht [Fn. 16]) war die Übertragung von Geschäftsmietverträgen während der Nachlassstundung ein besonderes Thema.

dung ausschlaggebend waren, lassen sich darüber hinaus Argumente gegen eine Solidarhaftung des übertragenden Mieters gewinnen. Zwar stand beim Erlass von Art. 333b OR der Gedanke im Zentrum, dass ein potentieller Übernehmer des Betriebs mitunter von der Solidarhaftung für den Zeitraum vor dem Übergangstichtag abgeschreckt sein könnte. Doch auch die Solidarhaftung in Art. 263 Abs. 4 OR für den übertragenden Mieter ist sanierungsfeindlich, weil sich der übertragende Nachlassschuldner und der Sachwalter gut überlegen müssen, ob sie sich dem Risiko unkontrolliert entstehender (Masse-)Verbindlichkeiten aussetzen können und wollen.

[Rz 32] U.E. soll deshalb ausnahmsweise auch ein ausserordentliches Kündigungsrecht, nämlich dasjenige in Art. 297a SchKG, für die in Art. 263 Abs. 4 OR statuierte Solidarhaftung zeitlich limitierend wirken. Wenn also die Zustimmung des Sachwalters und die sachlichen Voraussetzungen für eine Kündigung des betreffenden Geschäftsmietvertrags vorliegen, besteht u.E. *überhaupt keine Haftung* (Solidarhaftung) des übertragenden Mieters. Dies hat zur Folge, dass der Nachlassschuldner nach Übertragung seines Geschäftsmietvertrags auf einen Erwerber seines Betriebes oder einzelner seiner Betriebsteile während der Nachlassstundung nicht mehr für Forderungen aus dem Mietvertrag haftet, die den Zeitraum nach der Übertragung betreffen. Der Vermieter hat immer noch die Möglichkeit, einer Übertragung der Miete auf einen neuen Mieter gem. Art. 263 Abs. 1 und Abs. 2 OR aus «wichtigem Grund» zu opponieren – liegt kein solcher wichtiger Grund vor, muss dem Vermieter im Interesse der Sanierung die Haftung des neuen Erwerbers genügen.

2. Postulat de lege ferenda

[Rz 33] De lege ferenda ist jedenfalls wünschenswert, dass der Gesetzgeber für Klarheit sorgt und auch hinsichtlich der Übertragung von Geschäftsmietverträgen während der Nachlassstundung einen ausdrücklichen Ausschluss der Solidarhaftung positiviert, wie er dies bereits bei der Übertragung von Arbeitsverhältnissen bei einem Betriebsübergang getan hat.

[Rz 34] U.E. ist nach dem Gesagten gesetzlich explizit festzuhalten, dass der Geschäftsmieter im Falle der Übertragung des Mietvertrags während der Nachlassstundung von der in Art. 263 Abs. 4 OR statuierten Solidarhaftung befreit ist. Sollte also der übernehmende Mieter beispielsweise seiner Zinszahlungspflicht nicht nachkommen, kann der Nachlassschuldner dafür nicht belangt werden. Umgekehrt müsste diesfalls allerdings auch der übernehmende Mieter (wie bei einer Übertragung von Arbeitsverhältnissen bei einem Betriebsübergang) von einer Haftung für vor dem Übergangstichtag entstandene Forderungen entbunden werden.

V. Schlussfolgerung

[Rz 35] Bis zu einem allfälligen Erlass einer Sonderregel für den Fall der Übertragung von Geschäftsmietverträgen während der Nachlassstundung (und allenfalls des Konkurses oder der Nachlassliquidation) empfiehlt sich für den Nachlassschuldner und den Sachwalter, sich durch den Vermieter von der Solidarhaftung vertraglich entbinden zu lassen.

[Rz 36] Sollte eine solche Entbindung nicht einbringlich sein, haftet der Nachlassschuldner nach Art. 263 Abs. 4 OR grundsätzlich solidarisch. Allerdings wirkt u.E. während der Nachlassstundung (ausnahmsweise) ein ausserordentliches Kündigungsrecht, nämlich dasjenige in Art. 297a SchKG, zeitlich limitierend. Liegen also die Voraussetzungen für das Kündigungsrecht von Art.

297a SchKG vor, so trifft den Nachlassschuldner keine Haftung für Forderungen aus dem Mietverhältnis, die nach dem Übergangsstichtag entstehen.

[Rz 37] Sollte ein Gericht indes davon ausgehen, dass (auch in der Nachlassstundung) bloss ordentliche Kündigungsrechte die in Art. 263 Abs. 4 OR statuierte Solidarhaftung zeitlich begrenzen, so sind jedenfalls bei gegebenen Voraussetzungen von Art. 297a SchKG die nach der Übertragung entstandenen Ansprüche des Vermieters gegenüber dem Geschäftsmietvertrag übertragenden Nachlassschuldner u.E. lediglich als Nachlassforderungen und nicht als Masseverbindlichkeiten zu behandeln.

Dr. iur DANIEL HUNKELER, Rechtsanwalt, LL.M. und Partner bei BAUR HÜRLIMANN AG, Zürich und Baden ist Leiter der Fachgruppe SchKG des Zürcher Anwaltsverbands (ZAV) und u.a. Herausgeber und Co-Autor des «Kurzkomentar SchKG» (2. Aufl., Basel 2014).

MLaw SIMON HENSELER, Anwaltspraktikant bei BAUR HÜRLIMANN AG, Zürich und Baden.