Urteilskopf

104 III 84

21. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 26. Oktober 1978 i.S. Konkursmasse der Wohnkomfort AG gegen Jeger
Regeste (de):
Retentionsrecht des Vermieters im Konkurs des Mieters (Art. 272 OR; Art. 211 SchKG).

1. Das gesetzliche Retentionsrecht des Vermieters kann nur für Mietzinsforderungen, nicht auch für Schadenersatzforderungen, in Anspruch genommen werden (E. 2).

2. Art. 211 Abs. 2 SchKG ist auch auf Verpflichtungen des Gemeinschuldners anwendbar, die auf Geldzahlung gerichtet sind (E. 3a).

3. Lehnt es die Konkursverwaltung ab, eine Verpflichtung des Gemeinschuldners zu erfüllen, so wird dadurch der Vertrag mit dem Gläubiger nicht aufgehoben. Die Ablehnung hat lediglich zur Folge, dass die betreffende Verpflichtung nicht zur Massaschuld wird (E. 3b).

4. Der Vermieter eines Geschäftslokales ist im Konkurs des Mieters für seine zukünftige Mietzinsforderung jedenfalls insoweit zuzulassen, als ihm das gesetzliche Retentionsrecht zusteht (E. 4).

Regeste (fr):
Droit de rétention du bailleur dans la faillite du locataire (art. 272 CO; art. 211 LP).

1. Le droit de rétention légal du bailleur ne peut être invoqué que pour les créances de loyer, non pour les créances d'indemnité (c. 2).

2. L'art. 211 al. 2 LP est également applicable à des obligations du failli qui ont pour objet un paiement en espèces (c. 3a).

3. Si l'administration de la faillite refuse d'exécuter une obligation du failli, le contrat avec le créancier n'est pas annulé de ce fait. Le refus a seulement pour effet que l'obligation en cause ne devient pas dette de la masse (c. 3b).

4. La créance de loyer futur du bailleur d'un établissement commercial doit être admise dans la faillite du locataire en tout cas dans la mesure où le bailleur a le droit de rétention légal (c. 4).

Regesto (it):
Diritto di ritenzione del locatore nel fallimento del conduttore (art. 272 CO; art. 211 LEF).

1. Il diritto di ritenzione legale del conduttore può essere fatto valere soltanto per crediti relativi a pigioni e non anche per crediti di natura indennizzatoria (consid. 2).

2. L'art. 211 cpv. 2 LEF si applica anche per le obbligazioni del fallito aventi per oggetto una prestazione pecuniaria (consid. 3a).

3. Ove l'amministrazione del fallimento rifiuti di adempiere un'obbligazione del fallito, il contratto da questi stipulato con il creditore non diviene nullo per tale ragione. Il rifiuto ha per solo effetto che la relativa obbligazione non diventa un debito della massa (consid. 3b).

4. Il credito del locatore di un locale commerciale per pigioni future va ammesso nel fallimento del conduttore almeno nella misura in cui al locatore spetta il diritto di ritenzione legale (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 85

BGE 104 III 84 S. 85

A.- Michael Jeger als Vermieter und die Wohnkomfort AG als Mieterin schlossen am 29. Oktober 1974 mit Wirkung ab 15. September 1974 einen Mietvertrag über Ausstellungs- und Verkaufsräumlichkeiten an der Klingentalstrasse 90 in Basel ab. Der Vertrag wurde auf fünf Jahre fest abgeschlossen und sollte am 30. September 1979 erstmals auf den 31. März 1980 kündbar sein. Der Mietzins betrug Fr. 6000.- im Monat zuzüglich Nebenkosten und war monatlich zum voraus zahlbar. Bereits ab 1. Dezember 1974 blieb die Mieterin den Mietzins schuldig. Am 17. Juni 1975 wurde über sie der Konkurs eröffnet. Die Konkursverwaltung lehnte es ab, in den Mietvertrag einzutreten. Sie liess die Mieträumlichkeiten per Ende Juli 1975 vollständig räumen, um dem Vermieter eine möglichst rasche Weitervermietung zu ermöglichen. Der Vermieter hielt grundsätzlich am Vertrag fest, bemühte sich aber in der Folge, einen neuen Mieter zu finden. Im Konkurs der Mieterin machte er eine retentionsgesicherte Mietzinsforderung von Fr. 115'009.35 sowie eine (ungesicherte) Schadenersatzforderung von Fr. 307'467.05 geltend. Die Konkursverwaltung liess im Kollokationsverfahren eine retentionsgesicherte Mietzinsforderung von Fr. 58'083.35 zu, was dem Mietzins nebst weiteren Kosten für die Zeit vom 1. Dezember 1974 bis zum 31. Juli 1975 entsprach; die restliche Mietzinsforderung von Fr. 56'926.- verwies sie in die fünfte Klasse. Als ungesicherte Forderung liess sie einen Betrag von insgesamt Fr. 203'793.05 zu.

B.- Der Vermieter erhob hierauf beim Einzelrichter im beschleunigten Verfahren des Bezirkes Zürich gegen die Konkursmasse der Wohnkomfort AG Klage auf Anfechtung des Kollokationsplans. Er stellte folgendes Rechtsbegehren: "Die Beklagte sei anzuweisen, im Konkurs der Wohnkomfort AG, Othmarstr. 8, Zürich, aus der in die V. Klasse verwiesenen Forderung den Betrag von Fr. 26'996.- als zusätzliche pfandversicherte Forderung

BGE 104 III 84 S. 86

zu dem bereits pfandversichert zugelassenen Betrag von Fr. 58'083.35, total somit Fr. 85'079.35 als pfandversicherte Forderung zu kollozieren." Zur Begründung machte er im wesentlichen geltend, dass ihm gemäss Art. 272 OR für das laufende Halbjahr eine retentionsgesicherte Mietzinsforderung zustehe; das Retentionsrecht beziehe sich daher auf den Mietzins bis zum November 1975. Die Beklagte stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass zufolge ihres Nichteintritts in das Mietverhältnis und der per Ende Juli 1975 erfolgten Räumung der Mietlokalitäten über diesen Zeitpunkt hinaus kein Anspruch auf Mietzins, sondern lediglich auf Schadenersatz gegeben sei; für einen Schadenersatzanspruch bestehe aber kein Retentionsrecht.
Mit Urteil vom 8. Juni 1977 wies der Einzelrichter die Klage ab. Er nahm an, die Konkursverwaltung habe auf Grund von Art. 211 Abs. 2 SchKG das Recht gehabt, den Mietvertrag der Gemeinschuldnerin mit dem Kläger aufzulösen; hievon habe sie Gebrauch gemacht, indem sie den Eintritt in diesen Vertrag abgelehnt und die Mieträumlichkeiten dem Kläger per Ende Juli 1975 geräumt zur Verfügung gestellt habe. Auch auf Grund von Art. 272 OR könne dem Vermieter kein Retentionsrecht über das Vertragsende hinaus zugebilligt werden. Ein solches Recht sei vielmehr davon abhängig, ob eine Mietzinsforderung bestehe.

C.- Auf Berufung des Klägers hin hob das Obergericht des Kantons Zürich das einzelrichterliche Urteil mit Entscheid vom 28. April 1978 auf und hiess die Klage gut. Es teilte die Auffassung des erstinstanzlichen Richters, dass die Beklagte den Mietvertrag gestützt auf Art. 211 Abs. 2 SchKG habe aufheben können, aus zwei Gründen nicht. Es vertrat zunächst die Auffassung, dass der Nichteintritt der Konkursmasse in einen vom Gemeinschuldner noch nicht vollständig erfüllten Vertrag lediglich zur Folge habe, dass keine Massaschuld entstehe und der Gläubiger somit für seine Forderung nicht Anspruch auf vollständige, sondern nur auf konkursmässige Befriedigung habe. Zudem nahm es an, dass das Recht der Konkursmasse zum Eintritt in bestehende Verträge auf Forderungen gegen den Gemeinschuldner beschränkt sei, die nicht auf Geldzahlung gerichtet seien; da der Gemeinschuldner als Mieter bloss Geld schulde, entfalle zum vornherein die Anwendung von Art. 211 Abs. 2 SchKG.

D.- Die Beklagte hat gegen das obergerichtliche Urteil Berufung ans Bundesgericht erhoben. Sie verlangt, das erstinstanzliche

Urteil, mit dem die Klage abgewiesen worden war, sei vollumfänglich zu bestätigen. Der Kläger beantragt die Abweisung der Berufung. Das Bundesgericht weist die Berufung ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Im Unterschied zum Pachtvertrag, für den der Konkurs des Pächters nach Art. 295 Abs. 1 OR einen Beendigungsgrund darstellt, führt der Konkurs des Mieters nicht zwangsläufig zur Beendigung des Mietvertrags. Art. 266 OR gibt dem Vermieter in diesem Fall lediglich das Recht, den Mietvertrag aufzulösen, sofern ihm nicht binnen angemessener Frist für die rückständigen und später fälligen Mietzinse Sicherheit geleistet wird. Es steht unbestrittenermassen fest, dass der Kläger von diesem Auflösungsrecht keinen Gebrauch gemacht, sondern am Mietvertrag festgehalten hat. Lediglich um ein weiteres Anwachsen der Mietzinsschuld zu verhindern, hat er sich um die Weitervermietung der von der Wohnkomfort AG gemieteten Räumlichkeiten bemüht, nachdem die Konkursverwaltung den Eintritt in das Mietverhältnis abgelehnt hatte. Streitig ist hingegen, in welchem Umfang dem Kläger als Vermieter im Konkurs der Mieterin eine retentionsgesicherte Forderung zusteht. Diese Frage hängt, wie die Parteien in Übereinstimmung mit den kantonalen Instanzen zutreffend annehmen, in erster Linie davon ab, ob das mit der Klage geltend gemachte Retentionsrecht der Sicherung einer Mietzinsforderung dient. Nach feststehender Rechtsprechung, deren Richtigkeit die Parteien nicht in Zweifel ziehen, kann das Retentionsrecht des Vermieters nämlich entsprechend dem Wortlaut von Art. 272 Abs. 1 OR nur für eine Mietzinsforderung oder eine mietzinsähnliche Forderung in Anspruch genommen werden, nicht aber für eine Schadenersatzforderung (BGE 86 III 38 ff.; BGE 63 II 373 ff., insbes. 379/380 mit Hinweisen). Der Ausgang des Prozesses hängt daher zunächst davon ab, ob dem Kläger eine Mietzinsforderung nur bis Ende Juli 1975 zustand - d.h. bis zum Zeitpunkt, in dem die Konkursverwaltung die Mieträumlichkeiten räumte, oder aber bis Ende November 1975, bis zu welchem Zeitpunkt das Retentionsrecht gemäss Art. 272 Abs. 1 OR höchstenfalls reichte (nach der Praxis bildet Ausgangspunkt für die Berechnung des in Art. 272 Abs. 1 OR erwähnten Halbjahreszinses der letzte

Zinstermin vor der Konkurseröffnung, hier also der 1. Juni 1975; vgl. SCHMID, N. 19 zu Art. 272-274 OR mit Zitaten).

3. Die Beklagte vertritt die Auffassung, die Konkursverwaltung sei zur Auflösung des Mietvertrages zwischen dem Kläger und der Gemeinschuldnerin berechtigt gewesen und habe von diesem Recht per Ende Juli 1975 Gebrauch gemacht, indem sie es abgelehnt habe, den Mietvertrag an Stelle der Gemeinschuldnerin zu erfüllen. Sie leitet die Befugnis der Konkursverwaltung zur Vertragsaufhebung aus Art. 211 Abs. 2 SchKG ab, der dieser das Recht verleiht, die Verpflichtung des Gemeinschuldners zu erfüllen. Wenn die Konkursverwaltung in einem Fall wie dem vorliegenden auf die Erfüllung verzichtet, wird der Mietvertrag nach Auffassung der Beklagten aufgelöst und kann der Vermieter nur den Ersatz des ihm daraus erwachsenden Schadens geltend machen. Bevor auf die Tragweite von Art. 211 Abs. 2 SchKG näher eingegangen wird, ist zur Frage Stellung zu nehmen, ob diese Bestimmung auf Forderungen, die wie jene des Klägers eine Geldleistung zum Gegenstand haben, überhaupt anwendbar ist. Die Vorinstanz hat diese Frage verneint. Die Beklagte erblickt hierin eine Bundesrechtsverletzung.
a) Die Vorinstanz begründet ihre Auffassung im wesentlichen damit, aus der systematischen Stellung von Art. 211 Abs. 2 SchKG unter dem Titel "Umwandlung von anderen als Geldforderungen" ergebe sich, dass sich das Recht der Konkursverwaltung zur Vertragserfüllung auf Verpflichtungen des Gemeinschuldners beschränke, die nicht auf eine Geldzahlung gerichtet seien; nachdem Absatz 1 des gleichen Artikels den allgemeinen Grundsatz aufstelle, dass Forderungen, die nicht eine Geldzahlung zum Gegenstand hätten, in Geldforderungen von entsprechendem Wert umgewandelt würden, sei Absatz 2 als eine Ausnahme von diesem Grundsatz zu verstehen. Aus dem Randtitel von Art. 211 SchKG kann zum vornherein nichts abgeleitet werden, da die amtliche Gesetzesausgabe gar keine solchen Titel enthält. Diese finden sich vielmehr nur in der in der Praxis häufig verwendeten privaten Gesetzesausgabe von JAEGER/DAENIKER. Art. 211 Abs. 2 SchKG stellt sodann insoweit tatsächlich eine Ausnahme vom Grundsatz der Umwandlung der nicht auf Geldzahlung gerichteten Forderungen in Geldforderungen dar, als diese Umwandlung unterbleibt, wenn die Konkursverwaltung vom Recht Gebrauch

macht, eine Verpflichtung des Gemeinschuldners, die keine Geldleistung zum Gegenstand hat, real zu erfüllen. Dieser Umstand muss indessen nicht zwingend dazu führen, dass das Recht der Konkursverwaltung zur realen Erfüllung der Verpflichtungen des Gemeinschuldners auf Verträge beschränkt bleibt, in denen sich dieser zu einer Sachleistung verpflichtet hat. Auch dort, wo der Gemeinschuldner nach dem Vertrag eine Geldleistung zu erbringen hat, kann es für die Konkursmasse vorteilhaft sein, wenn die Konkursverwaltung den Vertrag real erfüllt. So kann unter Umständen auf diese Weise eine für die Konkursmasse günstige Gegenleistung erlangt werden, die der Vertragspartner sonst zurückbehalten könnte. Oder wenn die Weiterführung des Geschäfts des Gemeinschuldners beschlossen wird, kann es notwendig werden, die Miete der Geschäftslokalitäten weiterzuführen. Es ist nicht einzusehen, weshalb das Vollstreckungsrecht die Vertragserfüllung in einem solchen Fall ausschliessen sollte. Eingriffe in die Vertragsabwicklung sind nur soweit gerechtfertigt, als sie zur Durchführung der Zwangsvollstreckung unumgänglich sind. Wo es für die Gläubigergesamtheit vorteilhafter ist, wenn ein vom Gemeinschuldner nicht oder noch nicht vollständig erfüllter Vertrag trotz des Konkurses abgewickelt wird, muss die Konkursverwaltung daher zur Erfüllung berechtigt sein, auch wenn die Verpflichtung des Gemeinschuldners in einer Geldleistung besteht. Aus diesem Grunde kann dem von der Vorinstanz aus der Gesetzessystematik abgeleiteten Schluss kein entscheidendes Gewicht zukommen. Wie die Entstehungsgeschichte des Gesetzes zeigt, bildete die in Art. 211 Abs. 2 SchKG enthaltene Vorschrift ursprünglich denn auch Gegenstand einer selbständigen Regelung. Erst in der letzten Phase der Gesetzgebung wurde sie zusammen

mit dem Grundsatz des Absatzes 1 zu einer einzigen Bestimmung verschmolzen (vgl. dazu insbes. E. BRAND, SJK No. 1003a, S. 1 ff.; TAILLENS, Des effets de la faillite sur les contrats du débiteur, Diss. Lausanne 1950, S. 129 ff.; WEYDMANN, Zweiseitige Verträge im Konkurs einer Vertragspartei, Diss. Zürich 1958, S. 26 ff.). Es kann nicht angenommen werden, dass die Tragweite dieser Vorschrift dadurch eingeschränkt werden wollte. Auch in der Literatur herrscht die Meinung vor, dass sich der Anwendungsbereich von Art. 211 Abs. 2 SchKG nicht auf Verträge beschränke, bei

denen die Verpflichtung des Gemeinschuldners nicht in einer Geldleistung besteht (JAEGER, N. 5 zu Art. 211 SchKG, S. 87; E. BRAND, SJK No. 1003b, S. 14 sub Ziff. 5b; TAILLENS, a.a.O. S. 56 ff.; WEYDMANN, a.a.O. S. 28 ff.; SCHMID, N. 17 und 18 zu Art. 266 OR). Es ist hier deshalb davon auszugehen, dass Art. 211 Abs. 2 SchKG entgegen der Auffassung der Vorinstanz Anwendung findet, obwohl die Verpflichtung der Gemeinschuldnerin auf Geldzahlung gerichtet war. b) Es stellt sich somit die weitere Frage, welche Wirkung es auf das Vertragsverhältnis hatte, dass die Konkursverwaltung es ablehnte, in den Mietvertrag "einzutreten" bzw. die Verpflichtung der Gemeinschuldnerin zur Bezahlung des Mietzinses zu erfüllen. Die Beklagte hält an der von ihr im kantonalen Verfahren vertretenen Meinung fest, der Mietvertrag sei dadurch aufgelöst worden, dass die Konkursverwaltung dessen Erfüllung abgelehnt und die Mietlokalitäten geräumt habe. Sie geht davon aus, der Konkursverwaltung stehe das Recht zu, noch nicht erfüllte zweiseitige Verträge einseitig aufzuheben. Nachdem das OR dem Konkurs des Mieters nicht die Wirkung zulegt, dass der Mietvertrag dadurch aufgehoben wird, sondern lediglich dem Vermieter ein Recht zur Vertragsauflösung zuerkennt, fehlt es im materiellen Recht an einer Grundlage für das von der Beklagten beanspruchte Recht der Konkursverwaltung zur Vertragsaufhebung. Aber auch das Vollstreckungsrecht kennt keine Bestimmung, welche die Konkursverwaltung dazu berechtigen würde, vom Gemeinschuldner noch nicht erfüllte Verträge einseitig aufzuheben. Im Entwurf für das SchKG vom 11. November 1885 war in Art. 211 ein Recht der Konkursverwaltung zur Aufhebung gegenseitiger Verträge vorgesehen. Diese Regelung ist indessen nicht Gesetz geworden (vgl. dazu BRAND, SJK No. 1003a S. 1 ff. und S. 8; TAILLENS, a.a.O. S. 129 ff., insbes. S. 133; WEYDMANN, a.a.O. S. 27 ff. und S. 48/49). In Übereinstimmung mit den soeben zitierten Autoren kann nicht angenommen werden, das SchKG gewähre der Konkursverwaltung trotz Fehlens einer entsprechenden Bestimmung das Recht zur Vertragsauflösung (anderer Meinung GULDENER, in: FRITZSCHE, Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl., Bd. II, S. 68). Es ist vielmehr davon auszugehen, dass Art. 211 Abs. 2 SchKG keine materiellrechtliche Regelung enthält. Welches die Auswirkungen des Konkurses auf die Verträge des Gemeinschuldners sind, ist nicht in erster

Linie eine vollstreckungsrechtliche Frage, sondern eine solche des materiellen Rechts. Die Antwort darauf ist daher nicht im SchKG, sondern in den Bestimmungen des OR zu suchen (BRAND, a.a.O. S. 9; TAILLENS, a.a.O. S. 134). Das OR gibt dem Mieter nicht das Recht, den Mietvertrag im Falle seiner Zahlungsunfähigkeit einseitig aufzuheben. Der Konkursverwaltung standen hinsichtlich der Beendigung des Vertrages nicht mehr Rechte zu als der Gemeinschuldnerin selbst (WEYDMANN, a.a.O. S. 49 Anm. 6). Wenn die Konkursverwaltung von der Möglichkeit der Vertragserfüllung im Sinne von Art. 211 Abs. 2 SchKG nicht Gebrauch machte, bedeutete dies daher in keiner Weise, dass der Vertrag als solcher aufgelöst wurde. Die Folge der Erfüllungsablehnung bestand, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, einzig darin, dass die Verpflichtung der Gemeinschuldnerin nicht zur Massaschuld wurde und der Gläubiger dadurch nicht Anspruch auf vollständige Befriedigung erhielt (WEYDMANN, a.a.O. S. 41/42). Führte aber der Umstand, dass die Konkursverwaltung

es ablehnte, in den Mietvertrag einzutreten, d.h. die sich daraus ergebende Verpflichtung der Gemeinschuldnerin aus Massamitteln zu erfüllen, nicht zur Beendigung des Mietverhältnisses, so blieben die beidseitigen Vertragspflichten bestehen. Dem Kläger stand daher entgegen der Auffassung der Beklagten weiterhin eine Mietzinsforderung und nicht etwa bloss ein Schadenersatzanspruch zu (vgl. in diesem Sinne BGE 27 II 45; SCHMIED, N. 8 zu Art. 266 OR; TAILLENS, a.a.O. S. 177 N. 190; ROLF PETER, Zweiseitige Verträge im Konkurs, Diss. Zürich 1955, S. 52/53). Eine andere Frage ist es hingegen, für welche Zeitdauer der Kläger mit den ihm gemäss Vertrag geschuldeten Mietzinsen im Konkurs zuzulassen ist. Hierauf ist im folgenden näher einzugehen.

4. Das Bundesgericht hat in einem Urteil aus dem Jahre 1901 zur Frage Stellung genommen, ob der Vermieter im Konkurs des Mieters berechtigt sei, gemäss Art. 208 SchKG auch die erst in Zukunft fällig werdenden Mietzinse als Konkursforderung geltend zu machen (BGE 27 II 44 ff, insbesondere E. 6). Es führte dort aus, der Mietzins für die noch nicht abgelaufene Vertragsdauer sei nicht eine bereits existente Schuldverpflichtung, die vor der Konkurseröffnung bloss noch nicht fällig gewesen sei. Auch handle es sich dabei weder um eine

betagte noch um eine bedingte, sondern um eine Verpflichtung, welche erst in Zukunft zur Entstehung gelange. Die Mietzinsforderung entstehe nämlich nicht bereits mit Abschluss des Mietvertrags, sondern erst mit der Erbringung der Gegenleistung durch den Vermieter. Die logische Konsequenz aus dieser Rechtslage könne aber nicht streng durchgeführt werden. Sie müsste eigentlich dazu führen, dass der Vermieter für seine noch offenen Mietzinsforderungen nur insoweit als Konkursgläubiger auftreten könnte, als diese sich auf die Zeit bis zum Tage der Konkurseröffnung bezögen. Das Gesetz regle indessen das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung beim Mietvertrag nicht in der Weise, dass diese sich gegenseitig von Moment zu Moment bedingen würden, sondern gehe davon aus, dass Leistung und Gegenleistung in ihrem Verhältnis zueinander nach gewissen Zeitperioden bemessen werden müssten. Daraus folge, dass jedenfalls die Mietzinsforderung für das Halbjahr, das bei der Konkurseröffnung im Gange gewesen sei, als Konkursforderung anerkannt werden müsse. In einem Urteil vom 16. Juni 1916 knüpfte das Bundesgericht an den soeben erwähnten Entscheid an. Es ging unter Bezugnahme auf eine hier nicht wiedergegebene Erwägung des früheren Urteils davon aus, dass Mietzinsforderungen des Vermieters im Konkurs des Mieters soweit müssten geltend gemacht werden können, als dafür nach den massgebenden Bestimmungen des OR ein Retentionsrecht bestehe; denn ein Retentionsrecht ohne Forderung sei undenkbar. Nach Art. 272 OR stehe dem Vermieter für einen verfallenen Jahres- und für den laufenden Halbjahreszins ein Retentionsrecht zu; in diesem Umfange sei daher die Mietzinsforderung im Konkurs zuzulassen (BGE 42 III 282 f). Diese Rechtsprechung ist in der Literatur zum Teil auf Kritik gestossen. Es wurde dagegen eingewendet, die Frage, in welchem Umfang eine Mietzinsforderung Konkursforderung sei, könne sich logischerweise nicht danach richten, wie weit diese Forderung retentionsgesichert sei, sondern nur danach, wie lange der Mietzins bis zum nächsten vertraglichen Zinstermin über den Zeitpunkt der Konkurseröffnung hinaus laufe (PETER, a.a.O. S. 51/52; OSER-SCHÖNENBERGER, N. 2 zu Art. 266 OR, je mit Zitaten). Die meisten Autoren führen indessen die bundesgerichtliche Praxis an, ohne sie zu beanstanden (vgl. insbes. BECKER, N. 4 zu Art. 266 OR; SCHMID, N. 8

zu Art. 266 OR; JAEGER, N. 5b zu Art. 211 SchKG, S. 89; TAILLENS, a.a.O. S. 177 Anm. 190). Anderseits weist GULDENER gegenüber der zitierten Rechtsprechung darauf hin, dass sich der Ausschluss von

Mietzinsforderungen für künftige Mietperioden von der Teilnahme am Konkurs kaum damit erklären lasse, dass diese im Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch nicht zur Entstehung gelangt seien. Er führt zutreffend aus, dass auch die suspensiv bedingten Forderungen erst mit dem Eintritt der Bedingung entstehen (Art. 151 Abs. 2 OR), trotzdem aber im Konkurs vollumfänglich zugelassen werden, dies allerdings mit der Einschränkung, dass die auf sie entfallende Konkursdividende erst nach dem Eintritt der Bedingung bezogen werden kann (Art. 210 Abs. 1 SchKG). GULDENER vertritt die Auffassung, die Teilnahmeberechtigung künftiger Forderungen im Konkurs dürfe nur beim Vorliegen besonderer Gründe verneint werden. Einen solchen Grund erblickt er hinsichtlich der Nichtzulassung von Mietzinsforderungen für künftige Mietperioden darin, dass der Gemeinschuldner nur dann im Genuss des Mietobjektes bleiben könne, wenn er den vollen Mietzins aus seinem künftigen Erwerb bezahle; aus der Konkursmasse eine Dividende für künftige Mietzinsforderungen auszurichten, würde darauf hinauslaufen, einen Beitrag an den künftigen Unterhalt oder die künftige Erwerbstätigkeit des Gemeinschuldners zu leisten (GULDENER, a.a.O. S. 69f. sub Ziff. 5). Diese letzte Überlegung GULDENERS ist auf die Miete von Wohnungen zugeschnitten. In einem Fall wie dem vorliegenden, wo es um die Miete von Geschäftslokalitäten geht, fällt eine Weiterführung des Mietverhältnisses durch den Gemeinschuldner praktisch ausser Betracht. Die Zulassung künftiger Mietzinsforderungen im Konkurs kommt somit nicht einer Beitragsleistung an dessen künftige Existenz gleich. Dieser Grund für die Nichtzulassung solcher Forderungen fällt daher weg. Beizupflichten ist GULDENER sodann darin, dass sich der Ausschluss künftiger Mietzinsforderungen von der Teilnahme am Konkurs nicht mit der Begründung rechtfertigen lässt, es handle sich dabei um noch nicht entstandene Forderungen, wenn das Gesetz anderseits aufschiebend bedingte Forderungen im Konkurs vollumfänglich zulässt (Art. 210 Abs. 1 SchKG). Für die Zulassung von Mietzinsforderungen für künftige Mietperioden muss es genügen, dass der Vermieter

auf Grund des Mietvertrags einen festen Anspruch auf den von ihm geltend gemachten Mietzins hat sowie dass er am Vertrag festhält und bereit ist, seine eigene Leistung weiterhin zu erbringen. Eine Kürzung der Mietzinsforderung kann sich allenfalls daraus ergeben, dass auch dem am Vertrag festhaltenden Vermieter zugemutet werden kann, sich rechtzeitig um eine Weitervermietung der betreffenden Räumlichkeiten zu bemühen, sofern diese sonst unbenützt bleiben würden. Vom Zeitpunkt einer anderweitigen Verwendung der Mietlokalitäten an entfällt selbstverständlich jeglicher Mietzinsanspruch; es stellt sich höchstens die Frage;ob dem Vermieter darüber hinaus noch ein Schadenersatzanspruch zustehe. Analog zu aufschiebend bedingten Forderungen kann das Recht des Vermieters zum Bezug der Konkursdividende davon abhängig gemacht werden, dass die Mieträumlichkeiten während der Zeit, für die eine künftige Mietzinsforderung zugelassen wurde, nicht anderweitig benützt werden. Es ist kein stichhaltiger Grund ersichtlich, der es rechtfertigen würde, den Vermieter in einem Fall wie dem vorliegenden nicht insoweit mit einer künftigen Mietzinsforderung im Konkurs zuzulassen, als ihm das gesetzliche Retentionsrecht zusteht. Zwar fehlt im Konkursrecht eine Bestimmung, welche die Möglichkeit der Geltendmachung einer künftigen Mietzinsforderung im Umfang der Retentionssicherung ausdrücklich vorsieht. Für die Zulassung einer solchen Forderung spricht aber neben dem Umstand, dass Art. 272 Abs. 1 OR dem Vermieter für den laufenden Halbjahreszins ein Retentionsrecht zuerkennt, die von GULDENER angestellte Überlegung, dass eine künftige Mietzinsforderung im Konkurs nicht weniger berücksichtigt zu werden verdient als eine aufschiebend bedingte Forderung. Der von GULDENER angeführte Grund für die Nichtzulassung künftiger Mietzinsforderungen, nämlich die sich daraus ergebende Beitragsleistung an den künftigen Unterhalt des Gemeinschuldners, fällt im vorliegenden Fall weg und muss deshalb nicht auf seine Stichhaltigkeit geprüft werden. Diese Überlegungen führen zum Ergebnis, dass die Vorinstanz dem Kläger zu Recht eine Mietzinsforderung für die Zeitdauer zuerkannt hat, für die ihm ein Retentionsrecht zusteht. Ihrer Höhe nach wird die Forderung von der Beklagten im übrigen nicht bestritten. Die Kollokationsklage erweist

sich damit als begründet, und das angefochtene Urteil ist zu bestätigen.