

Thomas Nagel / Michael Nagel

Die Auflösung von Mietzinsdepots in der Praxis

Eine materiellrechtliche sowie prozessrechtliche Auslegeordnung

In der Praxis wird bei Raummieten häufig die Leistung einer Sicherheit vereinbart. Solche Sicherheitsleistungen müssen von Gesetzes wegen auf ein Sparkonto oder ein Depot bei einer Bank übertragen werden. Die Auflösung eines Mietzinsdepots kann sowohl die Parteien des Mietverhältnisses als auch die Banken vor komplexe Rechtsfragen stellen. Der vorliegende Beitrag analysiert diese Rechtsprobleme und zeigt auf, wie sie korrekt und effizient gelöst werden können. Ausserdem geben die Autoren Hinweise darauf, wie die Auflösung eines Mietzinsdepots prozessual durchgesetzt werden kann.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Miet- und Pachtrecht; Wirtschaftsstrafrecht (UWG, Kartellgesetz, BankG, BEHG); Zivilprozessrecht

Zitiervorschlag: Thomas Nagel / Michael Nagel, Die Auflösung von Mietzinsdepots in der Praxis, in: Jusletter 5. September 2022

Inhaltsübersicht

1. Vorbemerkungen
2. Vertragsrechtliche Aspekte
3. Sachenrechtliche und konkursrechtliche Aspekte
4. Auflösungsgründe gemäss Art. 257e Abs. 3 OR
 - 4.1. Vorbemerkungen
 - 4.2. Grund 1: Zustimmung beider Parteien
 - 4.2.1. Formelles
 - 4.2.2. Inhaltliches
 - 4.3. Grund 2: Rechtskräftiger Zahlungsbefehl
 - 4.3.1. Formelles
 - 4.3.2. Exkurs: Praxis bestimmter Betreibungsämter
 - 4.3.3. Inhaltliches
 - 4.3.4. Zum Mietvertrag als potenzieller provisorischer Rechtsöffnungstitel
 - 4.4. Grund 3: Rechtskräftiges Gerichtsurteil
 - 4.4.1. Formelles
 - 4.4.2. Inhaltliches
 - 4.5. Grund 4: Keine Geltendmachung von Ansprüchen des Vermieters innert einem Jahr nach Beendigung des Mietverhältnisses
 - 4.5.1. Allgemeines
 - 4.5.2. Erbringung des Nachweises: Potenzielle Konflikte mit dem Bankkundengeheimnis
 - 4.5.3. Kontaktaufnahme mit dem Vermieter, Pfandhalterschaft der Bank
5. Änderungen im Verhältnis zwischen Mieter und Vermieter
 - 5.1. Wechsel des Vermieters
 - 5.2. Wechsel des Mieters
6. Prozessuales
7. Schlussbemerkungen

1. Vorbemerkungen

[1] Das Gesetz ermöglicht den Parteien eines Mietverhältnisses von Wohn- oder Geschäftsräumen die Vereinbarung einer durch den Mieter in Geld oder in Wertpapieren zu leistenden Sicherheit (auch «Kautions» genannt).¹ Eine solche Sicherheit ist nicht gesetzlich zwingend. Wollen die Parteien eine Sicherheit vereinbaren, so haben sie aber gewisse gesetzliche Schranken zu beachten: Bei der Miete von Wohnräumen darf der Vermieter höchstens drei Monatszinse als Sicherheit verlangen.² Als Sicherheitsleistung kann auch eine Bürgschaft, eine Bankgarantie oder ein Faustpfand vereinbart werden.³ Ist in einem Mietvertrag die Leistung einer Sicherheit vorgesehen, so muss der Vermieter die durch den Mieter geleistete Sicherheit bei einer Bank auf einem Sparkonto oder auf einem Depot, das auf den Namen des Mieters lautet, hinterlegen (nachfolgend verallgemeinernd «Mietzinsdepot» genannt).⁴

¹ Art. 257e Abs. 1 erster Teilsatz des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR; SR 220).

² Art. 257e Abs. 2 OR. Diese Bestimmung ist relativ zwingend. Es darf keine höhere Sicherheitsleistung verlangt werden, vgl. PETER HIGI/ANTON BÜHLMANN, Art. 257e N 4, in: Jörg Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Die Miete, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253–273c OR), Art. 253–265 OR, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019 (zit. ZK OR-BEARBEITER/IN, Art. x N y).

³ Urteil des BGer 4C.154/2003 vom 6. Oktober 2003, E. 6.

⁴ Art. 257e Abs. 1 zweiter Teilsatz OR. Wird eine Sicherheit geleistet, ist die Hinterlegung bei einer Bank absolut zwingendes Recht. Vgl. ZK OR-HIGI/BÜHLMANN (FN 2), Art. 257e N 4.

[2] Mietzinsdepots haben sich etabliert – es werden kaum Mietverträge über Wohn- und Geschäftsräume abgeschlossen, ohne dass eine Sicherheit vereinbart wird (wobei bei Mieten über Geschäftsräume auch häufig Bankgarantien als Sicherheit dienen).⁵ Ende 2020 lebten in der Schweiz 2,3 Millionen Haushalte (61%) in einer Miet- oder Genossenschaftswohnung.⁶ Jedes Jahr ziehen in der Schweiz über 450'000 Haushalte um – dies entspricht ungefähr 10% der Schweizer Bevölkerung.⁷ Da Wohneigentum i.d.R. längere Zeit bezogen wird, ist davon auszugehen, dass ein Grossteil der Umzüge auf Mietwohnungen entfallen. Zusätzlich gibt es in der Schweiz rund 390'000 vermietete Geschäftsflächen,⁸ welche ebenfalls in regelmässigen Abständen gekündigt und neu abgeschlossen werden (genaue Zahlen hierzu fehlen). Dies führt zum Schluss, dass in der Schweiz jährlich mehrere hunderttausend Mietzinsdepots für Mietwohnungen aufgelöst bzw. neu eröffnet werden. Die Anzahl der Fälle, welche täglich durch Schweizer Banken behandelt wird, ist somit beachtlich.

[3] In der Praxis zeigt sich, dass die Auflösung eines Mietzinsdepots in der Regel problemlos vorstattgeht. Teilweise, vor allem in Streitfällen, stellen sich jedoch komplexe Fragen, auf die es in der Literatur und der Rechtsprechung oftmals keine Antworten gibt. In der Praxis können sich Rechtsstreite über allfällige Schäden am Mietobjekt oder andere Forderungen aus dem Mietverhältnis über Jahre hinziehen, weshalb viele Konten längere Zeit nicht aufgelöst werden. Es kommt auch vor, dass Konten vergessen werden, ohne dass der Mieter oder der Vermieter Ansprüche geltend machen. Dieser Beitrag soll bei ausgewählten Fragen Klarheit schaffen und sowohl den Parteien des Mietverhältnisses als auch den Banken als Leitfaden in der Praxis dienen.

2. Vertragsrechtliche Aspekte

[4] Beim Vertrag über ein Mietzinsdepot mit einer Bank handelt es sich um eine «Hinterlegung sicherheitshalber».⁹ Da der Vermieter selbst keinen Hinterlegungsauftrag übernimmt, kommen die Regeln zum Hinterlegungsvertrag gemäss Art. 472 ff. OR zwischen den Parteien des Mietverhältnisses nicht zur Anwendung. Auch hat der Vermieter gegenüber dem Mieter keinerlei Rechte ausserhalb von Art. 257e Abs. 3 OR auf die Sicherheitsleistung als Objekt der Hinterlegung. In der Beziehung zur Bank erhält das Vertragskonstrukt jedoch Aspekte des Hinterlegungs- und

⁵ Mietzinsdepots haben an Bedeutung zugenommen, nachdem das Retentionsrecht bei der Wohnungsmiete im OR aufgehoben wurde. Vgl. diesbezüglich THEO GUHL/ALFRED KOLLER, § 44. Miete und Pacht, in: Theo Guhl et al. (Hrsg.), Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2000, 403–459, N 158; ARTHUR TRACHSEL, Leitfaden zum Mietrecht, Zürich 1991, 80. Bürgschaften, Bankgarantien und Faustpfänder als Sicherheiten sind bei der Miete von Wohnräumen eher unüblich.

⁶ Vgl. Erhebungen des Bundesamtes für Statistik: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bau-wohnungswesen/wohnungen/mietwohnungen.html> (zuletzt besucht am 12. August 2022).

⁷ Vgl. Umzugsstudie 2020 der Baloise Group <https://www.baloise.com/de/home/news-stories/news/medienmitteilungen/2021/umzugsstudie-2020-so-zieht-die-schweiz-um.html> (zuletzt besucht am 12. August 2022).

⁸ Vgl. Schätzung von Wüest Partner AG im Auftrag des Bundesamtes für Wohnungswesen <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/63141.pdf> (zuletzt besucht am 12. August 2022).

⁹ Vgl. BGE 102 Ia 229 E. 2 231 ff.; vgl. KURT HAEFELI, 11. Realsicherheiten, in: Philipp Abegg et al. (Hrsg.), Schweizerisches Bankenrecht: Handbuch für Finanzfachleute, 4. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2019, 185–265, 241 f.

Pfandvertrags,¹⁰ womit u.E. die entsprechenden gesetzlichen Vorschriften zum Hinterlegungs- und Pfandvertrag in der Beziehung zur Bank anwendbar sind.

3. Sachenrechtliche und konkursrechtliche Aspekte

[5] Das Vermögen auf dem Mietzinsdepot gehört zum Vermögen des Mieters¹¹ – das Konto bzw. Mietzinsdepot muss auf seinen Namen lauten. Die Leistung der Sicherheit durch den Mieter begründet ein Pfandrecht i.S.v. Art. 37 SchKG¹² zugunsten des Vermieters.¹³ Regelmässig enthalten die Verträge der Banken eine Klausel, wonach das Mietzinsdepot zur Sicherstellung aller aus dem Mietverhältnis und der Schlussabrechnung entstehenden Ansprüche an den Vermieter verpfändet ist. Dem Vermieter kommt aufgrund der Verpfändung in der Zwangsvollstreckung gegen den Mieter gemäss (wohl herrschender) Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein Privileg zu: Das Geld auf dem Mietzinsdepot fällt nicht in die Konkursmasse.¹⁴ Anderer Meinung ist ein Teil der Lehre, der darauf hinweist, dass das Mietzinsdepot zur Konkursmasse gezogen wird (Art. 198 SchKG), der Vermieter jedoch vorab befriedigt wird (Art. 219 SchKG).¹⁵

[6] Normadressat von Art. 257e Abs. 3 OR ist vordergründig die aufbewahrende Bank. Sie hat zu prüfen, ob die Voraussetzungen zur Herausgabe erfüllt sind.¹⁶ Art. 257e OR enthält keinen Vorbehalt zugunsten von Art. 197 f. SchKG. Weiter sind Pfandgegenstände im Eigentum Dritter nicht zur Konkursmasse zu ziehen (Art. 198 i.V.m. Art. 206 Abs. 1 Satz 2 SchKG).¹⁷ Das sich auf dem Konto bzw. Mietzinsdepot befindende Vermögen, welches zur Konkursmasse gezogen werden soll, steht nicht im Eigentum des Mieters,¹⁸ sondern der Bank.¹⁹ Pfandgegenstand ist auch nicht das sich auf dem Mietzinsdepot befindende Vermögen, sondern die an den Vermieter verpfändete Forderung des Mieters gegen die Bank. Die vorgenannten Punkte sprechen u.E. eher dafür, dass das Mietzinsdepot nicht in die Konkursmasse fällt. Auch für die gegenteilige Auffassung gibt es allerdings gute Argumente. Es wäre u.E. entsprechend wünschenswert, dass bezüglich die-

¹⁰ HANS GIGER, Art. 257e N 40, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walther (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, das Obligationenrecht, Die Miete, Art. 253–273c OR, Bern 2015 (zit. BK OR-GIGER, Art. 257e N x); HAEPFELI (FN 9), 241 f.

¹¹ ZK OR-HIGI/BÜHLMANN (FN 2), Art. 257e N 24 und N 37.

¹² Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG; SR 281.1).

¹³ BGE 129 III 360 E. 2 362 m.w.H.

¹⁴ BGE 127 III 273 E. 3a 275; BGE 61 III 74, E.1; ZINON KOUMBARAKIS, Sicherheitsleistungen in der Mietpraxis, *Fourniture de sûretés dans le cadre locatif*, MietRecht Aktuell 2021, 55–77, 67; DANIEL REUDT, Art. 257e N 15, in: SVIT Schweizer Schriften zur Immobilienwirtschaft (Hrsg.), Das Schweizerische Mietrecht: Kommentar, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. SVIT-Komm.-REUDT, Art. 257e N x); ZK OR-HIGI/BÜHLMANN (FN 2), Art. 257e N 24.

¹⁵ MARKUS WYTENBACH, Sicherheitsleistungen des Mieters, in: Mieterinnen- und Mieterverband Deutschschweiz (Hrsg.), *Mietrecht für die Praxis*, 10. Aufl., Zürich 2022, 421–436, N 15.3.12.2 mit Verweis auf FRANCO LORANDI, Mietverträge im Konkurs des Mieters, *mp* 1/98, 1–20, 19. Vgl. auch BEAT ROHRER, Mieterkautions-Sparkonto (Kommentar zum Beschluss des Bezirksgerichts Meilen als untere kantonale Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter vom 27. März 2007), *MRA* 2007, 106–110, 109. Ebenfalls in diese Richtung weist BGE 121 III 93 E. 1 95, ohne sich eindeutig festzulegen.

¹⁶ ZK OR-HIGI/BÜHLMANN (FN 2), Art. 257e N 35.

¹⁷ DANIEL HUNKELER, Art. 198 N 3, in: Daniel Staehelin/Thomas Bauer/Franco Lorandi (Hrsg.), *Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Band II, Art. 159–352 SchKG, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK SchKG II-BEARBEITER/IN, Art. x N y); BSK SchKG II-WOHLFART/MEYER HONEGGER, (FN 17), Art. 206 N 19.

¹⁸ Was nichts daran ändert, dass es zu seinem Vermögen zählt. Vgl. dazu unten, N 16.

¹⁹ Vgl. FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Art. 398 OR N 36, in: Peter Gauch/Hubert Stöckli (Hrsg.), *Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875–2020)*, 10. Auflage, Zürich 2021.

ser Frage höchstrichterliche Klärung geschaffen würde. Unabhängig von der Antwort auf diese Frage ist dem Vermieter zu empfehlen, seine ausstehende Forderung bei der Konkursverwaltung anzumelden (Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG).²⁰

4. Auflösungsgründe gemäss Art. 257e Abs. 3 OR

4.1. Vorbemerkungen

[7] Die Bank darf die Sicherheit nur mit Zustimmung beider Parteien (nachfolgend «Grund 1»), gestützt auf einen rechtskräftigen Zahlungsbefehl (nachfolgend «Grund 2») oder gestützt auf ein rechtskräftiges Gerichtsurteil (nachfolgend «Grund 3») herausgeben.²¹ Hat der Vermieter in- nert einem Jahr nach Beendigung des Mietverhältnisses keinen Anspruch gegenüber dem Mieter rechtlich geltend gemacht, so kann dieser von der Bank die Rückerstattung der Sicherheit verlan- gen (nachfolgend «Grund 4»).²² Die Voraussetzungen zur Herausgabe des Mietzinsdepots dürfen durch die Parteien nicht abweichend geregelt werden.²³

[8] Durch den Abschluss eines Konto- oder Depotvertrags erwirbt der Bankkunde einen An- spruch gegen die Bank auf Rückzahlung des Saldos gemäss den Kontobedingungen.²⁴ Führt eine Bank eine Zahlung (z.B. eine Auszahlung oder eine Überweisung) aus, leistet sie aus eigenen Mit- teln.²⁵ Führt eine Bank Weisungen eines unberechtigten Dritten bzw. eines Bevollmächtigten aus, der den Umfang der ihm erteilten Vollmacht überschreitet, kann sie die Aufwendungen aus ih- rem eigenen Vermögen nicht ersetzt erhalten.²⁶ Die Bank trägt somit grundsätzlich das Risiko einer Leistung an einen Unberechtigten und hat diesfalls ein zweites Mal zu erfüllen (sog. Dop- pelzahlungsrisiko). Anders verhält es sich einzig, wenn zwischen den Parteien eine Überwälzung dieses Risikos vereinbart wurde.²⁷ Löst eine Bank somit ein Mietzinsdepot auf, ohne dass einer der Gründe von Art. 257e Abs. 3 OR vorliegt, muss sie u.U. das Guthaben des Mietzinsdepots doppelt auszahlen (einmal an den Unberechtigten und anschliessend noch einmal an den Be- rechtigten). Aus diesem Grund ist das strikte Einhalten der Auflösungsgründe für Banken von hoher Relevanz.

[9] Die Auflösungsgründe werden nachfolgend in Ziff. 4.1–4.4 einzeln untersucht. Dabei sollen Rechtsfragen im Zusammenhang mit diesen Auflösungsgründen dargestellt und Lösungsmög- lichkeiten aufgezeigt werden.

²⁰ Dies unter Angabe der Höhe der Mietkaution und damit unter Geltendmachung des Pfandrechts. Je nach Vorgehen des Konkursamtes wird dieses die Forderung registrieren und kollozieren und die Bank anweisen, die Mietkaution im Umfang der kollozierten Forderung an den Vermieter auszuzahlen oder aber das Konkursamt wird die Miet- kaution zur Konkursmasse ziehen und die Bank anweisen, ihr das gesamte Mietzinsdepot zu überweisen und aus der Forderung den Vermieter vorab befriedigen. Das Vorgehen über das Konkursamt mit der Anmeldung der aus- stehenden Forderung ist für den Vermieter in den meisten Fällen günstiger als das Bestehen auf einer Pfandverwer- tung.

²¹ Art. 257e Abs. 3 erster Satz OR.

²² Art. 257e Abs. 3 zweiter Satz OR.

²³ Die Auflösungsgründe sind absolut zwingend. WYTENBACH (FN 15), N 15.3.14; ZK OR-HIGI/BÜHLMANN (FN 2), Art. 257e N 4.

²⁴ BGE 132 III 449 E. 2 451 f.; BGE 111 II 263 E. 1a 265; Urteil des BGer 4A_596/2013 vom 18. März 2014, E. 4.1.

²⁵ Urteil des BGer 4A_81/2018 vom 29. Mai 2018, E. 3; Urteil des BGer 4A_438/2007 vom 29. Januar 2008, E. 5.1.

²⁶ DANIEL GUGGENHEIM/ANATH GUGGENHEIM, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 5. Aufl., Bern 2014, N 351.

²⁷ Urteil des Handelsgerichts Zürich HG150071 vom 25. November 2016, E. IV 1.4; Urteil des Handelsgerichts Zürich HG140185 vom 23. November 2016, E. 7.2.

4.2. Grund 1: Zustimmung beider Parteien

4.2.1. Formelles

[10] Der erste in Art. 257e Abs. 3 OR genannte Auflösungsgrund ist die Herausgabe gestützt auf die Zustimmung beider Parteien. Die Zustimmung ist der Regelfall und wird gemäss Systematik von Art. 257e Abs. 3 OR als Grundsatz angesehen. Liegt keine Zustimmung vor, kann ein Mietzinsdepot ausnahmsweise aus den weiteren gesetzlichen Gründen aufgelöst werden.²⁸

[11] An die Zustimmung knüpft das Gesetz keine besonderen Anforderungen. Es ist deshalb u.E. davon auszugehen, dass die Zustimmung formfrei erfolgen kann.²⁹ Aus Gründen der Beweissicherheit bestehen Banken i.d.R. auf das Vorliegen einer schriftlichen Erklärung der Parteien des Mietverhältnisses, aus denen der übereinstimmende Wille der Parteien, das Mietzinsdepot aufzulösen, eindeutig hervorgeht,³⁰ was u.E. auch zu empfehlen ist. Zudem besteht die Möglichkeit, dass sich Banken die Einhaltung besonderer Formalien bereits beim Abschluss des Mietzinsdepots vorbehalten.³¹

[12] Eine Einigung kann u.E. auch durch Bevollmächtigte (z.B. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt) abgeschlossen werden, da es sich bei der Zustimmung zur Auflösung eines Mietzinsdepots nicht um ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft handelt und das Gesetz keine Vertretungsfeindlichkeit für solche Auflösungen vorsieht. Sofern es mehrere Mieter gibt, empfiehlt es sich, die Vereinbarung der Bank für das Mietzinsdepot zu konsultieren. Teilweise enthalten die Verträge mit den Banken konkrete Bestimmungen, ob Mieter gegenüber der Bank einzeln oder nur gemeinsam handeln können. Ist nichts in den Vertragsunterlagen geregelt, so gilt die gesetzliche Regelung: Das Mietzinsdepot gehört grundsätzlich allen Mietern gemeinsam. Eine Bank darf somit nicht annehmen, dass ein Mieter mehrere Mieter ohne eine ausdrückliche Vollmacht alleine vertreten darf. Hierfür gibt es u.E. keine gesetzliche Vermutung. An einer stillschweigenden Stellvertretung i.S.v. Art. 32 Abs. 2 OR fehlt es gemäss hier vertretener Ansicht. Entsprechend ist für eine Zustimmung seitens mehrerer Mieter i.S.v. Art. 257e Abs. 3 OR zwingend das Einverständnis aller Mieter erforderlich.

[13] Die Zustimmung kann auch Gegenstand einer vor einer Schlichtungsbehörde abgeschlossenen Einigung sein (vgl. Art. 208 Abs. 1 ZPO³²).³³ Eine solche Einigung muss sich ausdrücklich auf das Mietzinsdepot für ein bestimmtes Mietobjekt beziehen. Eine ausdrückliche Nennung der Bank bzw. des Bankkontos ist jedoch gemäss hier vertretener Ansicht nicht zwingend nötig.

[14] Die Zustimmung beider Parteien kann jederzeit, d.h. auch während des Mietverhältnisses, abgegeben werden.³⁴ Während der Dauer des Mietverhältnisses ist es den Parteien jedoch nicht möglich, einzeln (d.h. ohne Mitwirkung der anderen Partei des Mietverhältnisses) auf die Sicher-

²⁸ TRACHSEL (FN 5), 79.

²⁹ Urteil des Obergerichts Zürich LF120052 vom 21. September 2012, E. 6.3.3.; BK OR-GIGER (FN 10), Art. 257e N 55; ZK OR-HIGI/BÜHLMANN (FN 2), Art. 257e N 36.

³⁰ BK OR-GIGER (FN 10), Art. 257e N 55.

³¹ ZK OR-HIGI/BÜHLMANN (FN 2), Art. 257e N 36.

³² Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272).

³³ ZK OR-HIGI/BÜHLMANN (FN 2), Art. 257e N 36, welche eine solche Einigung jedoch (in Übereinstimmung mit Art. 208 Abs. 2 ZPO) korrekterweise als Entscheid (Grund 3) ansehen.

³⁴ BK OR-GIGER (FN 10), Art. 257e N 55.

heit zu greifen und sie können auch keine Ansprüche verrechnen.³⁵ Idealerweise einigen sich die Parteien nach dem Ende des Mietverhältnisses und der Übergabe der gemieteten Wohn- oder Geschäftsräume zügig über die Auflösung des Mietzinsdepots.³⁶

[15] Ein durch beide Parteien unterzeichnetes Übergabeprotokoll kann gemäss hier vertretener Ansicht nur dann als Zustimmung für eine ganze oder teilweise Auszahlung des Mietzinsdepots gelten, wenn das Übergabeprotokoll dies klar bestimmt. Genügend sind u.E. z.B. Regelungen, wonach das ganze Mietzinsdepot zugunsten einer Partei ausbezahlt ist, oder wenn das Übergabeprotokoll für gewisse Schäden klare Beträge zugunsten des Vermieters festsetzt (z.B. «Füllen von Löchern im Wohnzimmer und streichen einer Wand, CHF 500») und der Rest gemäss Übergabeprotokoll an den Mieter ausbezahlt ist. Wird bezüglich der Auszahlung des Mietzinsdepots nichts geregelt, kann nicht von einer Zustimmung zur Herausgabe ausgegangen werden, das Übergabeprotokoll erfüllt jedoch u.U. die Anforderungen an einen provisorischen Rechtstitel.³⁷

4.2.2. Inhaltliches

[16] Die Erklärung der Parteien muss sich auf die Auflösung des Mietzinsdepots beziehen. Es ist u.E. genügend, wenn sich die Einigung eindeutig auf das konkrete Mietobjekt bezieht (dieses somit bestimmbar ist) – eine Angabe der Kontonummer oder der Bank ist nicht zwingend nötig. Die Parteien richten i.d.R. eine Erklärung an die Bank, in der sie diese instruieren, an wen das Mietzinsdepot auszuschütten ist.³⁸ Für diese Zwecke verfügen die Banken i.d.R. über Formulare, deren Verwendung zu empfehlen ist, da viele Banken erst bei Ausfüllen dieser Formulare bereit sind, eine Einigung zu akzeptieren.³⁹ Teilen die Parteien der Bank lediglich übereinstimmend mit, dass das Mietzinsdepot aufzulösen ist, ohne anzugeben, an wen das Mietzinsdepot auszuschütten ist, darf die Bank das Vermögen an den Mieter übertragen, da die Sicherheitsleistung zum Vermögen des Mieters zählt.⁴⁰ Geben die Parteien lediglich an, welcher Teil dem Mieter zu überweisen ist (ohne Nennung des Teils des Vermieters), ist Vorsicht geboten: Die Bank darf (da das Mietzinsdepot dem Mieter zusteht) u.E. nicht ohne Weiteres davon ausgehen, dass der nicht erwähnte Teil des Mietzinsdepots an den Vermieter ausgeschüttet werden darf.⁴¹ Ein allfälliger Überschuss (d.h. der Teil, welcher gemäss der Vereinbarung der Parteien nicht an den Vermieter ausgeschüttet werden soll) darf jedoch u.E. von der Bank an den Mieter übertragen werden.⁴²

[17] Können sich die Parteien des Mietverhältnisses nicht über die Aufteilung des Mietzinsdepots einigen, so ist insbesondere dem Vermieter⁴³ die Beschreitung des Rechtswegs (Einleitung eines Schlichtungsverfahrens und/oder einer Betreibung) zu empfehlen. Der Mieter kann dagegen auch zuwarten: Unternimmt der Vermieter innert Jahresfrist nach Beendigung des Mietverhält-

³⁵ WYTTENBACH (FN 15), N 15.3.13.1.

³⁶ BK OR-GIGER (FN 10), Art. 257e N 55.

³⁷ Vgl. hierzu unten, N 34 f.

³⁸ ZK OR-HIGI/BÜHLMANN (FN 2), Art. 257e N 36.

³⁹ KOUMBARAKIS (FN 14), 65.

⁴⁰ ZK OR-HIGI/BÜHLMANN (FN 2), Art. 257e N 37.

⁴¹ A.M. ZK OR-HIGI/BÜHLMANN (FN 2), Art. 257e N 37.

⁴² ZK OR-HIGI/BÜHLMANN (FN 2), Art. 257e N 37.

⁴³ TRACHSEL (FN 5), 80.

nisses keine Anstrengungen, eine Forderung aus dem Mietverhältnis gegen den Mieter geltend zu machen, kann der Mieter ohnehin die vollständige Rückerstattung der Sicherheit an sich verlangen («Grund 4»),⁴⁴

[18] Der Vermieter muss ebenfalls zustimmen, wenn die Auszahlung an ihn selbst erfolgen soll. Tätigt die Bank eine Auszahlung an den Vermieter, ohne dass dieser seine Zustimmung abgegeben hat, muss der Vermieter die Zahlung zurückweisen und die Vermögenswerte erneut bei der Bank hinterlegen lassen. Tut er dies nicht, so muss er sich die Verrechnung (Art. 86 OR) des Mieters für offene Forderungen aus dem Mietverhältnis entgegenhalten lassen.⁴⁵ Weist umgekehrt ein Mieter seine Bank (ohne Einwilligung des Vermieters) an, die Vermögenswerte des Mietzinsdepots an den Vermieter zu übertragen, so wird der Mieter beweispflichtig, wenn er gegenüber dem Vermieter Gegenansprüche geltend machen will (z.B. weil die ausbezahlten Mittel des Mietzinsdepots die tatsächlich bestehenden Forderungen des Vermieters gegenüber dem Mieter übersteigen). Der Mieter kann in einer solchen Konstellation nicht gegen die Bank vorgehen, sondern muss seine Forderung (ggfs. gestützt auf ungerechtfertigte Bereicherung) direkt gegenüber dem Vermieter geltend machen.

4.3. Grund 2: Rechtskräftiger Zahlungsbefehl

4.3.1. Formelles

[19] Liegt keine Einigung der Parteien vor, darf eine Bank eine Sicherheit auf einem Mietzinsdepot gestützt auf einen rechtskräftigen Zahlungsbefehl herausgeben (Art. 257e Abs. 3 zweiter Teilsatz OR). Der Zahlungsbefehl muss «rechtskräftig» sein. Das bedeutet, dass gegen ihn innert Frist kein Rechtsvorschlag erhoben⁴⁶ sowie keine Aufhebung oder Einstellung der Betreibung verfügt wurde (Art. 85 f. SchKG) und die Jahresfrist nach Art. 88 Abs. 2 SchKG noch nicht abgelaufen ist.⁴⁷

[20] Eine betreibungsrechtliche Beschwerde (statt eines Rechtsvorschlages) genügt nicht, um die Rechtskraft des Zahlungsbefehls zu beseitigen.⁴⁸ Bei einer provisorischen Rechtsöffnung, auf die keine Aberkennungsklage folgt oder eine solche rechtskräftig abgewiesen wird, stellt der Rechtsöffnungsentscheid einen Entscheid (Grund 3⁴⁹) dar, gestützt auf den die Herausgabe des Mietzinsdepots verlangt werden kann.⁵⁰ Wird ein Rechtsöffnungsentscheid vorgelegt, so muss die Bank eine Bestätigung verlangen, dass keine Aberkennungsklage erhoben oder diese rechtskräftig

⁴⁴ Vgl. zum Ganzen: WYTENBACH (FN 15), N 15.3.13.3. Vgl. zudem unten, N 41 ff.

⁴⁵ GUHL/KOLLER (FN 5), § 44 N 157.

⁴⁶ Ein verspäteter Rechtsvorschlag ist in seiner Wirkung einem nicht erhobenen Rechtsvorschlag gleichzusetzen: ZK OR-HIGI/BÜHLMANN (FN 2), Art. 257e N 40.

⁴⁷ Vgl. Urteil des Kantonsgerichts Wallis TCV C3 19 82 vom 19. August 2019, E. 3.1 (= RVJ/ZWR 2020, 202 ff.); BK OR-GIGER (FN 10), Art. 257e N 56; ZK OR-HIGI/BÜHLMANN (FN 2), Art. 257e N 40; GUHL/KOLLER (FN 5), § 44 N 156; SVIT-Komm.-REUDT (FN 14), Art. 257e N 24.

⁴⁸ PETER ZIHLMANN, Das Mietrecht: Leitfaden des schweizerischen Mietrechts für den Praktiker, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 1995, 63; ZK OR-HIGI/BÜHLMANN (FN 2), Art. 257e N 40.

⁴⁹ Vgl. hierzu sogleich unten, N 36 ff.

⁵⁰ BK OR-GIGER (FN 10), Art. 257e N 56; ROLF WEBER, Art. 257e N 10, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK OR-BEARBEITER/IN, Art. x N y); WYTENBACH (FN 15), N 15.3.13.2 sowie dort FN 64.

tig abgewiesen bzw. gegen den Rechtsöffnungsentscheid kein Rechtsmittel ergriffen wurde (sog. Rechtskraftbescheinigung).

[21] Verfügt der Vermieter über einen definitiven Rechtsöffnungstitel in Form eines vollstreckbaren gerichtlichen Entscheids, kann er sich i.d.R. auf das Vorliegen eines Urteils (Grund 3⁵¹) berufen und eine Betreuung mit anschliessender Beseitigung des Rechtsvorschlags kann unterbleiben.⁵² In den anderen Fällen (z.B. wenn ein definitiver Rechtsöffnungstitel nach Art. 80 Abs. 2 SchKG vorliegt oder der gerichtliche Entscheid nicht die Anforderungen erfüllt, um gestützt darauf die Ausschüttung des Mietzinsdepots zu verlangen⁵³), sollte der Vermieter betreiben und definitive Rechtsöffnung verlangen. Der Rechtsöffnungsentscheid stellt wiederum einen Entscheid (Grund 3) dar, gestützt auf den die Herausgabe des Mietzinsdepots verlangt werden kann.⁵⁴

[22] Die blossе Geltendmachung einer Forderung gegenüber dem Mieter mittels eingeschriebenen zugestellten Briefs genügt nicht, um die Anforderungen von Art. 257e Abs. 3 OR zu erfüllen.⁵⁵

[23] Da das Vermögen auf dem Mietzinsdepot dem Mieter zusteht, argumentieren HIGI/BÜHLMANN, dass der Mieter gegenüber dem Vermieter über keine betreibbare Forderung bzw. keinen betreibbaren Anspruch auf Freigabe der Sicherheitsleistung verfügt. Ebenso wenig habe er einen solchen Anspruch gegen die Bank. Beim rechtskräftigen Zahlungsbefehl könne es sich deshalb nur um einen vom Vermieter gegen den Mieter angestregten Zahlungsbefehl handeln, dem erkennbarerweise eine Forderung aus dem Mietverhältnis zugrunde liege.⁵⁶ Für den Vermieter trifft diese Feststellung u.E. zu, da der Mieter gegenüber dem Vermieter eine Herausgabe der Sicherheit nicht mittels der Durchsetzung einer Forderung auf Geldleistung erreichen kann, sondern gerichtlich diesen höchstens zu einem Tun (Erteilen der Zustimmung zur Herausgabe) verpflichten könnte.⁵⁷ Hinsichtlich der Forderungen bzw. Ansprüche gegen die Bank ist die Ansicht von HIGI/BÜHLMANN jedoch zu absolut. Das sich auf dem Konto bzw. Mietzinsdepot befindende Vermögen steht nicht im Eigentum des Mieters, sondern der Bank⁵⁸ und der Mieter hat gegenüber der Bank eine Forderung auf Rückzahlung des Saldos gemäss den Kontobedingungen.⁵⁹ Entsprechend ist es u.E. denkbar, dass ein Mieter die Bank auf den Betrag des Mietzinsdepots betreiben und die Rückerstattung der Sicherheit verlangen kann. Hierfür wäre jedoch wiederum vorausgesetzt, dass der Mieter gemäss den Vertragsbedingungen und gemäss Art. 257e Abs. 3 OR auch tatsächlich über einen Anspruch auf Auszahlung des Mietzinsdepots verfügt und ihm die Bank die Auszahlung verweigert.

4.3.2. Exkurs: Praxis bestimmter Betreibungsämter

[24] Um herauszufinden, ob ein Schuldner gegen einen Zahlungsbefehl Rechtsvorschlag erhoben hat, sollte eine Bank, welche zur Auflösung eines Mietzinsdepots unter Vorlage eines Zahlungs-

⁵¹ Vgl. hierzu sogleich unten, N 36 ff.

⁵² BSK OR-WEBER (FN 50), Art. 257e N 10.

⁵³ Vgl. hierzu sogleich unten, N 39 f.

⁵⁴ ZK OR-HIGI/BÜHLMANN (FN 2), Art. 257e N 40.

⁵⁵ ROHRER (FN 15), 109.

⁵⁶ Vgl. zum Ganzen: ZK OR-HIGI/BÜHLMANN (FN 2), Art. 257e N 40.

⁵⁷ Vgl. zu den denkbaren Klagen unten, N 53.

⁵⁸ Vgl. KRAUSKOPF (FN 19), Art. 398 N 36.

⁵⁹ BGE 132 III 449 E. 2 451 f.; BGE 111 II 263 E. 1a 265; Urteil des BGer 4A_596/2013 vom 18. März 2014, E. 4.1.

befehls aufgefordert wird, beim Betreibungsamt eine diesbezügliche Bestätigung einholen lassen (z.B. durch den Vermieter), sofern der vorgelegte Zahlungsbefehl keine solche Bestätigung enthält. Die meisten kantonalen Betreibungsämter stellen solche Bestätigungen ohne Weiteres schriftlich aus bzw. vermerken von sich aus auf dem Zahlungsbefehl, dass kein Rechtsvorschlag erhoben wurde. Die Betreibungsämter bringen dafür einen Stempel auf dem Zahlungsbefehl an, welcher bestätigt, dass kein Rechtsvorschlag erhoben wurde. Dies sieht wie folgt aus:

Rechtsvorschlag / Opposition

Der Adressat kann **unmittelbar** bei der Zustellung gegenüber dem Überbringer dieses Zahlungsbefehls oder **innert 10 Tagen** nach dessen Zustellung gegenüber dem Betreibungsamt mündlich oder schriftlich **Rechtsvorschlag** erheben und damit die Forderung oder einen Teil derselben, bzw. das Recht, sie auf dem Betreibungsweg geltend zu machen, bestreiten. Wurde die Betreibung nach einem **Konkurs** des Betriebenen eingeleitet und will dieser geltend machen, er sei nicht zu neuem Vermögen gekommen, so hat er dies in der Begründung des Rechtsvorschlags (Bemerkungen) ausdrücklich festzuhalten. Der Schuldner kann bei der kantonalen Aufsichtsbehörde Beschwerde wegen Missachtung der Bestimmungen des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs führen. Ein Informationsblatt mit weiteren Erläuterungen kann beim Betreibungsamt und im Internet unter www.betreibungsschalter.ch bezogen werden.

Kein Rechtsvorschlag

12. DEZ. 2019

- Rechtsvorschlag (gesamte Forderung)
 Teilrechtsvorschlag

Bestrittener Betrag **CHF**

Bemerkungen

Datum

Unterschrift

2 / 2

[25] Leider weigern sich diverse Betreibungsämter (gemäss unserer Kenntnis sind es das Betreibungs- und Konkursamt Bern-Mittelland sowie das Betreibungs- und Konkursamt Basel-Landschaft), diesen Stempel anzubringen bzw. schriftlich zu bestätigen, dass kein Rechtsvorschlag erhoben wurde. Begründet wird diese Weigerung mit einem zu hohen Aufwand, welchen das Ausstellen solcher schriftlichen Bestätigungen verursachen würde. Dies führt für die Banken, welche Mietzinsdepots anbieten, zu Rechtsunsicherheit und zu einem völlig unnötigen Doppelzahlungsrisiko.⁶⁰ Zudem entsteht auch Rechtsunsicherheit für den betreibenden Vermieter, welcher aus dem Inhalt des Zahlungsbefehls das weitere Vorgehen bestimmen muss (Beseitigung des Rechtsvorschlags oder Fortsetzung der Betreibung). Betreibenden Vermietern und Banken bleibt in solchen Fällen nichts anderes übrig, als sich bei den Betreibungsämtern telefonisch zu erkundigen. Es könnte u.U. gar erforderlich sein, anschliessend ein Einschreiben oder eine E-Mail an das Betreibungsamt zu schicken, in dem der Inhalt des Gesprächs (bzw. die Bestätigung des Betreibungsamtes) schriftlich wiedergegeben wird. Das Betreibungsamt wäre in einer solchen Mitteilung aufzufordern, sich innert einer angemessenen Frist zu melden, falls doch Rechtsvorschlag erhoben worden sein sollte. Das Schreiben wäre rechtssicher gemäss den Vorschriften der GebüV aufzubewahren, da es sich um eine rechtsrelevante Tatsache in einem potenziellen Forderungstreit (und damit um ein zu den Geschäftsbüchern zählendes Dokument i.S.v. Art. 958f OR) handelt. Abhilfe schaffen kann auch eine mit eingeschriebenem Brief zuzustellende Aufforderung der Bank bzw. des Vermieters an den betriebenen Mieter/Schuldner, innert einer angemessenen Frist den Nachweis für die Erhebung des Rechtsvorschlags gegen einen Zahlungsbefehl zu erbringen. Jeder betriebene Schuldner kann nämlich vom Betreibungsamt gebührenfrei die Ausstellung

⁶⁰ Vgl. hierzu oben, N 8.

einer Bescheinigung über die Erhebung des Rechtsvorschlags verlangen (Art. 74 Abs. 3 SchKG). Ohne Vorlegen einer entsprechenden Bestätigung innert der angesetzten Frist kann die Bank das Mietzinsdepot auflösen und an den betreibenden Gläubiger überweisen, sofern die übrigen Voraussetzungen hierfür gegeben sind.

[26] Bedauerlicherweise kursieren in gewissen Regionen zusätzlich von den Standard-Formularen für Zahlungsbefehle (Formulare 3/3a/3b/3c/3d) abweichende Zahlungsbefehle. Das Betreibungsamt Basel-Landschaft sieht bspw. in seinen eigenen Zahlungsbefehlen vor, mangels einer Anmerkung auf dem Zahlungsbefehl könne davon ausgegangen werden, dass kein Rechtsvorschlag erhoben wurde. Der vom Betreibungsamt ergänzte Wortlaut (unten gelb hervorgehoben) ist wie folgt:

Rechtsvorschlag / Opposition (ohne Vermerk gilt immer: KEIN RECHTSVORSCHLAG)

Der Adressat kann **unmittelbar** bei der Zustellung gegenüber dem Überbringer dieses Zahlungsbefehls oder **innert 10 Tagen** nach dessen Zustellung gegenüber dem Betreibungsamt mündlich oder schriftlich **Rechtsvorschlag** erheben und damit die Forderung oder einen Teil derselben, bzw. das Recht, sie auf dem Betreibungsweg geltend zu machen, bestreiten. Wurde die Betreibung nach einem **Konkurs** des Betriebenen eingeleitet und will dieser geltend machen, er sei nicht zu neuem Vermögen gekommen, so hat er dies in der Begründung des Rechtsvorschlags (Bemerkungen) ausdrücklich festzuhalten. Der Schuldner kann bei der kantonalen Aufsichtsbehörde Beschwerde wegen Missachtung der Bestimmungen des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs führen. Ein Informationsblatt mit weiteren Erläuterungen kann beim Betreibungsamt und im Internet unter www.betreibungsschalter.ch bezogen werden.

- Rechtsvorschlag (gesamte Forderung)
- Teilrechtsvorschlag

Bestrittener Betrag	CHF	Bemerkungen
Datum		Unterschrift

2 / 2

[27] Dies ist allerdings nicht besonders hilfreich: Wurde insbesondere bei Zustellung des Zahlungsbefehls noch kein Rechtsvorschlag erhoben, so könnte ein bösgläubiger Gläubiger eine entsprechende Kopie des Zahlungsbefehls einreichen und damit die Ausschüttung des Mietzinsdepots bewirken, auch wenn der Schuldner zu einem späteren Zeitpunkt den Rechtsvorschlag erhebt (z.B. schriftlich).

[28] Die oben umschriebene Praxis in der Ausgestaltung der Zahlungsbefehle ist u.E. bundesrechtswidrig. Im Betreibungs- und Konkursverfahren sind die für eine einheitliche Durchführung der Vorschriften des SchKG sowie der zugehörigen Verordnung⁶¹ erforderlichen Formulare zu verwenden (Art. 15 Abs. 2 SchKG i.V.m. Art. 1 ff. VFRR).⁶² Wie unschwer erkennbar ist, ist der Aufwand für den Gläubiger bzw. die Bank ohne schriftliche Bestätigung der Konkurs- und Betreibungsämter unverhältnismässig hoch. Es wäre wünschenswert, wenn der Bund hier korrigierend eingreifen und die Kantone auffordern würde, ihre Praxis lückenlos konform mit dem Bundesrecht auszugestalten und weiterhin einheitlich schriftliche Bestätigungen bzw. Stempel auf Zahlungsbefehlen anzubringen, welche die Nichterhebung eines Rechtsvorschlags bestätigen.

⁶¹ Verordnung über die im Betreibungs- und Konkursverfahren zu verwendenden Formulare und Register sowie die Rechnungsführung vom 5. Juni 1996 (VFRR; SR 281.31).

⁶² Die Musterformulare sind im Internet abrufbar: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/schkg/musterformulare.html> (zuletzt besucht am 12. August 2022).

4.3.3. Inhaltliches

[29] Eine Betreibung auf Verwertung einer Sicherheit i.S.v. Art. 257e Abs. 3 OR verlangt gemäss hier vertretener Ansicht grundsätzlich eine Betreibung auf Pfandverwertung, da ein Pfandrecht zugunsten des Vermieters besteht.⁶³ Entspringt der Zahlungsbefehl einer ordentlichen Betreibung,⁶⁴ so kann der Mieter gegen die ordentliche Betreibung Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG erheben und fordern, dass vorerst das Pfand in Anspruch genommen wird (sog. *beneficium excussionis realis*, Art. 41 Abs. 1^{bis} SchKG), sofern die Parteien diese Einrede nicht bereits im Voraus vertraglich ausgeschlossen haben.⁶⁵ Die Beschwerdefrist beträgt zehn Tage (Art. 17 Abs. 2 SchKG)⁶⁶ und läuft ab Zustellung des Zahlungsbefehls.⁶⁷ Eine Geltendmachung der Einrede durch Rechtsvorschlag ist nicht möglich.⁶⁸ Es besteht die Möglichkeit, dass sich ein Vermieter von der Aufsichtsbehörde⁶⁹ bestätigen lässt, dass gegen die Betreibung auf Pfändung keine Beschwerde eingereicht wurde.

[30] Im Betreibungsbegehren muss die Forderung aus dem Mietvertrag angegeben sein, und zwar auch dann, wenn die Forderung den Wert des Mietzinsdepots übersteigen sollte.⁷⁰ Im Zahlungsbefehl muss es sich erkennbar um Forderungen aus dem Mietverhältnis bzw. Ansprüche aus Mietrecht handeln.⁷¹ Ist dies nicht der Fall, darf keine Auszahlung erfolgen. In dieser Hinsicht genügt es allerdings, wenn der mietrechtliche Charakter der Forderung aus dem Zahlungsbefehl hervorgeht.⁷² Eine ausdrückliche Nennung des Mietzinsdepots ist gemäss hier vertretener Ansicht nicht erforderlich – es reicht entsprechend aus, wenn ein Zusammenhang der im Zahlungsbefehl genannten Forderung zum Mietverhältnis besteht. Dieser Zusammenhang ist weit auszulegen: So sollen u.E. nicht nur offene Mietzinsforderungen, sondern jegliche Forderungen aus dem Mietverhältnis, inklusive Schäden am Mietobjekt, Räumungskosten sowie Prozesskostenansprüche geltend gemacht werden können, damit der Vermieter sich am Mietzinsdepot bedienen darf. Eine enge Auslegung wäre nicht durch den Gesetzeswortlaut gedeckt und auch sinnwidrig.

⁶³ Ebenso BGE 129 III 360 E. 2 362; BK OR-GIGER (FN 10), Art. 257e N 56; SVIT-Komm.-REUDT (FN 14), Art. 257e N 24; KOUMBARAKIS (FN 14), 65. An dieser Stelle ist anzumerken, dass die vorgenannten Quellen sich nicht ausdrücklich zur Frage äussern, ob auch ein Zahlungsbefehl aus einer ordentlichen Betreibung unter Art. 257e Abs. 3 OR subsumiert werden kann. Gemäss hier vertretener Ansicht muss das möglich sein, da das Mietzinsdepot dazu dienen soll, dass die Parteien jegliche Forderung aus dem Mietverhältnis aus dem Mietzinsdepot befriedigen können. Dies ist nicht eingeschränkt auf Forderungen, welche mittels Pfandverwertung geltend gemacht werden. Aus diesem Grund sollte u.E. jeder rechtskräftige Zahlungsbefehl, der sich auf eine mietrechtliche Forderung für das betreffende Mietobjekt bezieht, zu einer Auszahlung berechtigen.

⁶⁴ PETER HEINRICH, Art. 257e N 11, in: Markus Müller-Chen et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184–318 OR, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. CHK OR-HEINRICH, Art. 257e N x; WYTENBACH (FN 15), N 15.3.13.2.

⁶⁵ Beschluss des Bezirksgerichts Meilen als untere kantonale Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter vom 27. März 2007, E. 4, in: MRA 2007, 106 ff.; BK OR-GIGER (FN 10), Art. 257e N 56; KOUMBARAKIS (FN 14), 65.

⁶⁶ BGE 120 III 105 E. 1 106.

⁶⁷ DOMENICO ACOCELLA, Art. 41 N 46, in: Daniel Staehelin/Thomas Bauer/Franco Lorandi (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band I, Art. 1–158 SchKG, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK SchKG I-BEARBEITER/IN, Art. x N y).

⁶⁸ BSK SchKG I-ACOCCELLA, (FN 67), Art. 41 N 43 m.w.H.

⁶⁹ Welche Instanz Aufsichtsbehörde ist, bestimmt das jeweils anwendbare kantonale Recht.

⁷⁰ Vgl. BK OR-GIGER (FN 10), Art. 257e N 56.

⁷¹ BK OR-GIGER (FN 10), Art. 257e N 56; BSK OR-WEBER (FN 50), Art. 257e N 10.

⁷² BSK OR-WEBER (FN 50), Art. 257e N 10; CHK OR-HEINRICH (FN 64), Art. 257e N 11; SVIT-Komm.-REUDT (FN 14), Art. 257e N 24; KOUMBARAKIS (FN 14), 65.

[31] Mit einem Pfandausfallschein kann der Vermieter die Betreuung auf Pfändung sowie die Betreuung auf Konkurs i.S.v. Art. 158 Abs. 2 SchKG durchführen.⁷³ Der Pfandausfallschein gilt als Schuldanerkennung i.S.v. Art. 82 SchKG (Art. 158 Abs. 3 SchKG).

[32] Kann ein Zahlungsbefehl nicht an den Mieter zugestellt werden, ist dieser nicht «rechtskräftig» i.S.v. Art. 257e Abs. 3 OR. Die Zustellung ist nämlich Voraussetzung dafür, dass der Betreibende das Betreibungsverfahren gegenüber dem Betriebenen fortsetzen kann (vgl. Art. 88 SchKG).

[33] Hat sich ein Mieter ins Ausland abgesetzt, was in der Praxis hin und wieder vorkommt, so ist dem Vermieter zu empfehlen, am Ort der Hinterlegung des Mietzinsdepots (d.h. am Sitz der Bank), die Betreuung auf Pfandverwertung einzuleiten (Art. 51 Abs. 1 SchKG). Ist der neue Wohnort des Mieters unbekannt (Art. 66 Abs. 4 Ziff. 1 SchKG) oder die Zustellung ins Ausland nicht innert angemessener Frist möglich (Art. 66 Abs. 4 Ziff. 3 SchKG), erfolgt die Zustellung des Zahlungsbefehls mittels öffentlicher Bekanntmachung im Schweizerischen Handelsamtsblatt und im betreffenden kantonalen Amtsblatt (Art. 35 SchKG). Unterbleibt ein Rechtsvorschlag innert der angesetzten Frist, so erwächst der Zahlungsbefehl in Rechtskraft und der Vermieter kann die Auszahlung des Mietzinsdepots verlangen.⁷⁴

4.3.4. Zum Mietvertrag als potenzieller provisorischer Rechtsöffnungstitel

[34] Möchte der Vermieter ein Gesuch um provisorische Rechtsöffnung stellen, so stellt sich die Frage, ob der Mietvertrag bzw. ein Abnahmeprotokoll provisorische Rechtsöffnungstitel darstellen können. Gemäss der weitgehend anerkannten «Basler Rechtsöffnungspraxis» kann bei Vorliegen eines zweiseitigen Vertrages unter gewissen Umständen provisorische Rechtsöffnung erteilt werden.⁷⁵ Ein Mietvertrag, welcher den monatlichen Mietzins festhält,⁷⁶ qualifiziert gemäss dieser Praxis als provisorischer Rechtsöffnungstitel, gestützt auf den bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen⁷⁷ provisorische Rechtsöffnung erteilt werden kann.⁷⁸ Dies hat auch für im Mietvertrag vereinbarte und bezifferte Nebenkosten zu gelten.⁷⁹ U.E. handelt es sich auch bei einem durch alle Parteien unterzeichneten Abnahmeprotokoll um einen provisorischen Rechtsöffnungstitel, sofern darin ein Mangel festgehalten und pauschal beziffert sowie vermerkt wird, dass der Mieter die Kosten übernimmt.⁸⁰

[35] Bei der Betreuung auf Pfandverwertung muss bei der provisorischen Rechtsöffnung sowohl ein Titel für die Forderung als auch für das Pfandrecht vorgelegt werden.⁸¹ Für die Forderung (Mietzins, Nebenkosten, Schäden etc.) kann dabei auf die vorstehenden Ausführungen verwie-

⁷³ BK OR-GIGER (FN 10), Art. 257e N 56.

⁷⁴ KOUMBARAKIS (FN 14), 65 f.

⁷⁵ BSK SchKG I-STAEHELIN, (FN 67), Art. 82 N 98 f.

⁷⁶ Die Forderung muss klar beziffert sein. Vgl. Urteil des BGer 5A_867/2012 vom 7. März 2013, E. 4.1; BSK SchKG I-STAEHELIN, (FN 67), Art. 82 N 25.

⁷⁷ Vgl. BSK SchKG I-STAEHELIN, (FN 67), Art. 82 N 99.

⁷⁸ BGE 137 III 267 E. 2 271 f. Vgl. dazu detailliert u.a. mit Ausführungen zu einem indexierten Mietzins oder einer Mietzinserhöhung BSK SchKG I-STAEHELIN, (FN 67), Art. 82 N 114 ff.

⁷⁹ Vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich RT170074-O/U vom 6. September 2017, E. 4.1.1.

⁸⁰ Beispielsweise wenn folgendes festgehalten wird: «Wand in der Küche muss aufgrund von Flecken neu gestrichen werden. Malerarbeiten werden pauschal mit CHF 300 veranschlagt. Mieter verpflichtet sich, die Pauschale zu bezahlen.».

⁸¹ BGE 138 III 132 E. 4.2.1 135; BSK SchKG I-STAEHELIN, (FN 67), Art. 82 N 166.

sen werden. Betreffend das Pfandrecht muss der Vermieter den unterzeichneten Mietvertrag, in welchem die Sicherheit erwähnt ist, sowie die Hinterlegung der Sicherheit (z.B. mittels eines Kontoauszugs) belegen.⁸²

4.4. Grund 3: Rechtskräftiges Gerichtsurteil

4.4.1. Formelles

[36] Als dritten möglichen Auflösungsgrund nennt Art. 257e Abs. 3 OR die Auflösung gestützt auf ein rechtskräftiges Gerichtsurteil. Das Urteil muss formell rechtskräftig und damit vollstreckbar sein. Gegen das Urteil dürfen damit keine ordentlichen Rechtsmittel mehr bestehen.⁸³ Ein Gerichtsurteil kann durch einen Sachentscheid, eine Anerkennung, einen Rückzug oder einen Vergleich (Art. 236 Abs. 1 und 241 Abs. 2 ZPO) erwirkt werden.⁸⁴ Ein rechtskräftiger Entscheid einer Schlichtungsbehörde (Art. 212 ZPO), ein rechtskräftiger Urteilsvorschlag einer Schlichtungsbehörde (Art. 210 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 211 Abs. 1 ZPO) sowie eine vor einer Schlichtungsbehörde getroffene Einigung (Art. 208 Abs. 1 ZPO, der gemäss Art. 208 Abs. 2 ZPO die Rechtswirkungen eines Entscheids zukommen) sind einem Urteil gleichzusetzen.⁸⁵ Auch einem Schiedsspruch kommt die Wirkung eines rechtskräftigen und vollstreckbaren gerichtlichen Entscheids zu (Art. 387 ZPO), wobei in Angelegenheiten der Wohnraummiete die Parteien einzig die Schlichtungsbehörde als Schiedsgericht einsetzen können (Art. 361 Abs. 4 ZPO). Rechtsöffnungsentscheide, welche in Rechtskraft erwachsen sind, sind ebenfalls rechtskräftige Gerichtsurteile i.S.v. Art. 257e Abs. 3 OR.⁸⁶

[37] Kein rechtskräftiges Gerichtsurteil i.S.v. Art. 257e Abs. 3 OR sind Entscheide nicht-zivilrechtlicher Instanzen (wie z.B. Verwaltungsbehörden).⁸⁷ Gemäss hier vertretener Ansicht wäre für Strafgerichte bzw. Strafbehörden eine Ausnahme zu machen, sofern über die Zivilklage adhäsionsweise entschieden und diesbezüglich ein rechtskräftiges Urteil gefällt wurde.⁸⁸

[38] Aus rechtlicher Sicht ist u.E. mangels gegenteilig lautendem Gesetzeswortlaut sowie der zwingenden Widerklagemöglichkeit von Art. 224 Abs. 1 ZPO völlig unerheblich, ob der Entscheid durch den Mieter oder den Vermieter veranlasst wurde.⁸⁹ Die wohl teilweise vertretene Ansicht, wonach das Urteil zwingend durch den Vermieter angestrengt werden müsse,⁹⁰ ist widersinnig, da dies einen unerwünschten Wettlauf zur Beschreitung des Rechtswegs zwischen den Parteien des Mietverhältnisses zur Folge hätte.⁹¹

⁸² BSK SchKG I-STAEHELIN, (FN 67), Art. 82 N 170a.

⁸³ BK OR-GIGER (FN 10), Art. 257e N 57.

⁸⁴ BK OR-Giger (FN 10), Art. 257e N 57; WYTENBACH (FN 15), N 153.13.2.

⁸⁵ ZK OR-HIGI/BÜHLMANN (FN 2), Art. 257e N 38.

⁸⁶ ZIHLMANN (FN 48), 63; ZK OR-HIGI/BÜHLMANN (FN 2), Art. 257e N 40.

⁸⁷ ZK OR-HIGI/BÜHLMANN (FN 2), Art. 257e N 39.

⁸⁸ Beim adhäsionsweisen Urteil des Strafgerichts i.S.v. Art. 126 Abs. 1 StPO handelt es sich um einen materiellen Entscheid in der Zivilsache. Vgl. ANNETTE DOLGE, Art. 126, N 13 ff., in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung (StPO/JStPO), 2. Aufl., Basel 2014.

⁸⁹ So bereits: BK OR-GIGER (FN 10), Art. 257e N 57; ZK OR-HIGI/BÜHLMANN (FN 2), Art. 257e N 38.

⁹⁰ WYTENBACH (FN 15), N 153.13.2; undeutlich, jedoch lediglich «Vorgehen des Vermieters» erwähnt BSK OR-WEBER (FN 50), Art 257e N 11.

⁹¹ In diesem Sinne: BK OR-GIGER (FN 10), Art. 257e N 57.

4.4.2. Inhaltliches

[39] Gemäss der hier vertretenen Ansicht genügt es, wenn sich aus einem Gerichtsurteil klar ergibt, dass die darin geregelte Forderung einen Bezug zum Mietverhältnis aufweist, für welches das fragliche Mietzinsdepot errichtet wurde. Eine ausdrückliche Regelung des Schicksals des Mietzinsdepots im Entscheid ist demgegenüber nicht erforderlich.⁹² Dennoch ist ein Vermieter, der gerichtlich gegen den Mieter vorgeht, gut beraten, die Herausgabe der Sicherheitsleistung zum Gegenstand eines ausdrücklichen Begehrens zu machen.⁹³

[40] Äussert sich ein Urteil lediglich dahingehend, dass das Mietzinsdepot aufzulösen ist, ohne dass angegeben wird, an wen das Mietzinsdepot auszuschütten ist, darf die Bank das Vermögen an den Mieter übertragen, da die Sicherheitsleistung zum Vermögen des Mieters zählt.⁹⁴ Wird im Urteil lediglich angegeben, welcher Teil einer Partei zu überweisen ist (ohne Nennung des Teils der anderen Partei), darf die Bank davon ausgehen, dass der nicht erwähnte Teil des Mietzinsdepots an die andere Partei ausgeschüttet werden darf. Ein allfälliger Überschuss (d.h. der Teil, welcher gemäss dem vorliegenden Gerichtsurteil nicht an den Vermieter ausgeschüttet werden soll) darf von der Bank ebenso ohne Weiteres an den Mieter übertragen werden.⁹⁵

4.5. Grund 4: Keine Geltendmachung von Ansprüchen des Vermieters innert einem Jahr nach Beendigung des Mietverhältnisses

4.5.1. Allgemeines

[41] Unternimmt der Vermieter innert Jahresfrist nach Beendigung des Mietverhältnisses keine Anstrengungen, eine Forderung aus dem Mietverhältnis gegen den Mieter geltend zu machen, kann der Mieter gemäss Art. 257e Abs. 3 zweiter Satz OR die vollständige Herausgabe der Sicherheit an sich verlangen.⁹⁶ Die vorgenannte Jahresfrist kann neben der Kündigung auch durch die vorzeitige Rückgabe der Sache i.S.v. Art. 264 OR ausgelöst werden.

[42] Damit die Bank das Mietzinsdepot auszahlen kann, muss zweifelsfrei feststehen, wann das Mietverhältnis beendet wurde. Die Jahresfrist beginnt mit dem Beendigungstermin und damit an jenem Tag, auf welchen das Mietverhältnis beendet worden ist und die Rückgabe der Mietsache (spätestens) zu erfolgen hat. Die Fristberechnung richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen.⁹⁷ Für die Auszahlung des Mietzinsdepots ist es irrelevant, aus welchem Grund das Mietver-

⁹² Gl.M. CHK OR-HEINRICH (FN 64), Art. 257e N 11; KOUMBARAKIS (FN 14), 66; zumindest implizit auch BK OR-GIGER (FN 10), Art. 257e N 57 a.M. ZK OR-HIGI/BÜHLMANN (FN 2), Art. 257e N 39, welche verlangen, dass die Verwendung des Mietzinsdepots direkt oder sinngemäss geregelt wird. Relativierend, jedoch in der Konsequenz ebenfalls der hier vertretenen Meinung («um jeden Zweifel zu beseitigen, sollte das Urteil festhalten, dass der Vermieter berechtigt ist, die festgestellte Schuld aus der gestellten Sicherheit zu begleichen»): WYTENBACH (FN 15), N 15.3.13.2; sowie in diesem Sinne auch SVIT-Komm.-REUDT (FN 14), Art. 257e N 26.

⁹³ Als Beispiel: «Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF [■] nebst Zins von 5% p.a. seit dem [Datum] zu bezahlen. Zudem sei die Bank [■] anzuweisen, den Saldo des Mietzinsdepots Nr. [■] des Beklagten auf Anrechnung an den eingeklagten Betrag nach Eintritt der Rechtskraft dem Kläger auszubezahlen.»

⁹⁴ Vgl. dazu oben, N 16.

⁹⁵ Vgl. zu den vorliegenden Konstellationen ZK OR-HIGI/BÜHLMANN (FN 2), Art. 257e N 37 letzter Satz.

⁹⁶ Vgl. zum Ganzen: Entscheid des Mietgerichts Zürich vom 2. April 2015, in: mp 2015, 172 ff.; BSK OR-WEBER (FN 50), Art. 257e N 11; WYTENBACH (FN 15), N 15.3.13.3; TRACHSEL (FN 5), 79; ZK OR-HIGI/BÜHLMANN (FN 2), Art. 257e N 38.

⁹⁷ BK OR-GIGER (FN 10), Art. 257e N 58; ZK OR-HIGI/BÜHLMANN (FN 2), Art. 257e N 47.

hältnis beendet wurde. Die Beendigung muss jedoch rechtskräftig bzw. nicht durch den Mieter angefochten worden sein (Kündigungsschutz, Erstreckung).⁹⁸ Verzögert sich also die Rückgabe der Mietsache, so beginnt die Frist an demjenigen Tag zu laufen, an welchem die Rückgabe der Mietsache effektiv erfolgt.⁹⁹ Macht der Vermieter die Beendigung des Mietverhältnisses geltend, so muss sich die Bank erkundigen, ob der Mieter die Kündigung angefochten hat. I.d.R. wird eine Bank die Parteien des Mietverhältnisses auffordern, die Beendigung des Mietverhältnisses mit beidseitig unterzeichnetem Übergabeprotokoll oder einem Kündigungsschreiben inklusive Zustellungsnachweis zu belegen.

[43] Behauptet ein Vermieter, er habe innert Jahresfrist nach Beendigung des Mietverhältnisses eine Forderung aus dem Mietverhältnis gegen den Mieter geltend gemacht, so ist auch dies zu belegen. Dieser Aufforderung kann er nachkommen, indem er bspw. ein Schlichtungsgesuch, eine Klage, ein Gesuch um provisorische oder definitive Rechtsöffnung oder einen rechtskräftigen Zahlungsbefehl einreicht. Bleibt der Vermieter innert der dazu nach dem üblichen Geschäftsgang erforderlichen Zeit (es empfiehlt sich ein Einschreiben mit Fristansetzung durch die Bank¹⁰⁰) eine entsprechende Bestätigung schuldig oder wurde innert der Jahresfrist tatsächlich kein rechtliches Verfahren angestrengt, steht der Herausgabe des Mietzinsdepots an den Mieter (vorausgesetzt, dass der Beendigungsnachweis vom Mieter zwischenzeitlich beigebracht oder die Beendigung vom Vermieter bestätigt wurde) nichts mehr entgegen. Um sicherzustellen, dass nicht bereits abschlägig über die geltend gemachte Forderung entschieden wurde, wäre anschliessend wiederum der Mieter aufzufordern, einen allfälligen Entscheid diesbezüglich einzureichen. Liegt eine Solidarmiete vor, ist eine Geltendmachung der Forderung gegen einen der Solidarmieten ausreichend, um eine Auszahlung an die Mieter zu verhindern.

[44] U.E. steht eine blosser Betreibung, die nach erfolgtem Rechtsvorschlag nicht weiterverfolgt wird, einer Herausgabe des Mietzinsdepots an den Mieter nicht entgegen. Gleiches gilt, wenn der Vermieter zwar im Rahmen eines Schlichtungsverfahrens eine Klagebewilligung erwirkt hat, es aber versäumt hat gemäss Art. 209 Abs. 4 ZPO innert 30 Tagen gestützt auf die ausgestellte Klagebewilligung eine Klage einzureichen. In einem derartigen Fall ist kein Verfahren mehr hängig und es steht der Herausgabe des Mietzinsdepots an den Mieter, unter Vorbehalt anderer Gründe, nichts entgegen.¹⁰¹ Das Mietgericht Zürich hat in diesem Zusammenhang festgehalten, dass der Mieter bei gegenteiliger Annahme keine Möglichkeit mehr hätte, ohne die Zustimmung des Vermieters bzw. ohne Einleitung einer Klage gegen den Vermieter an die geleistete Sicherheit zu kommen.¹⁰² Es entspreche nicht dem Willen des Gesetzgebers, dass der Mieter rechtlich gegen den Vermieter vorgehen müsste.¹⁰³ Dem ist u.E. zuzustimmen. Würden die blosser Betreibung bzw. die nicht genutzte Klagebewilligung ausreichen, um die Ausschüttung des Mietzinsdepots an den Mieter zu verhindern, hätte dies zur Folge, dass der Vermieter die Auszahlung an den

⁹⁸ So auch ZK OR-HIGI/BÜHLMANN (FN 2), Art. 257e N 47.

⁹⁹ ZK OR-HIGI/BÜHLMANN (FN 2), Art. 257e N 47.

¹⁰⁰ Es besteht indessen keine gesetzliche Formvorschrift.

¹⁰¹ Wenn der Vermieter an die Schlichtungsbehörde gelangt und die Frist für die Erhebung seiner Klage aus der Klagebewilligung unbenutzt verstreichen lässt, kann er erneut schlichten und dann Klage einleiten. Das ungenutzte Verstreichenlassen der Klagebewilligung aus einem Schlichtungsverfahren hat keine *res iudicata* Wirkung (es besteht keine Fortführungslast). Sofern ein Vermieter innert der Jahresfrist ein zweites Schlichtungsgesuch stellt, kann das Mietzinsdepot nicht an den Mieter überwiesen werden.

¹⁰² Entscheid des Mietgerichts Zürich vom 2. April 2015, E. 2.4, in: mp 2015, 172 ff.

¹⁰³ Entscheid des Mietgerichts Zürich vom 2. April 2015, E. 2.5, in: mp 2015, 172 ff.

Mieter faktisch beliebig blockieren könnte. M.a.W. hat der Vermieter eine Betreuung oder eine Klagebewilligung zu prosequieren.

4.5.2. Erbringung des Nachweises: Potenzielle Konflikte mit dem Bankkundengeheimnis

[45] Macht der Mieter Grund 4 geltend, so trifft die Bank die Sorgfaltspflicht, durch Verlangen entsprechender Originalunterlagen vom Mieter (Bestätigung von Gerichten sowie dem zuständigen Betreibungsamt) und Erkundigung beim Vermieter herauszufinden, ob seitens des Vermieters tatsächlich keine Ansprüche geltend gemacht wurden.¹⁰⁴ Gewisse Vermieter verweigern Auskünfte gestützt auf das DSGVO¹⁰⁵. Dies ist jedoch nicht zielführend: Im Rahmen der Mietzinsdepot-Eröffnung akzeptieren Vermieter i.d.R. die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, welche es Banken regelmässig erlauben, gewisse Daten zu erfragen und Dritten offenzulegen, insbesondere wenn die Legitimation an den bei der Bank eingebuchten Vermögenswerten nicht geklärt ist. Ein Vermieter, der keine Auskunft gibt, ist u.E. darauf hinzuweisen, dass bei Verweigerung von Auskünften nach Ablauf einer angemessenen Frist davon ausgegangen wird, dass er keine Ansprüche gegen den Mieter geltend gemacht hat.

[46] Grundsätzlich ist jede Kontaktaufnahme der Bank mit Drittpersonen (d.h. weder Mieter noch Vermieter) unter Nennung der Person, auf welche das Konto lautet, mit dem Risiko einer Bankkundengeheimnisverletzung verbunden. Aufgrund der Freizeichnungsklauseln in den Bedingungen von Banken ist es diesen jedoch erlaubt, mit Dritten in Kontakt zu treten und den Namen des Inhabers des Kontos (d.h. des Mieters) offenzulegen. Häufig ist die Bank z.B. ausdrücklich berechtigt, dem Vermieter Auskunft über die Eröffnung des Mietzinsdepots, die Höhe der einbezahlten Summe sowie über den jährlichen Zinsertrag zu erteilen.

[47] Die Bank sollte aufgrund des Bankkundengeheimnisses dennoch möglichst darauf verzichten, ohne ausdrücklichen Verzicht des Mieters auf das Bankkundengeheimnis direkt bei Dritten Nachforschungen zu tätigen.

4.5.3. Kontaktaufnahme mit dem Vermieter, Pfandhalterschaft der Bank

[48] Eine Nachfrage direkt beim Vermieter ist gemäss hier vertretener Ansicht auch ohne ausdrücklichen Verzicht durch den Mieter möglich, da der Vermieter ohnehin Kenntnis von der Beziehung zwischen der Bank und dem Mieter hat: Es ist gemäss Art. 257e Abs. 1 OR der Vermieter, der die Sicherheit auf einem Sparkonto bzw. Mietzinsdepot, lautend auf den Mieter, hinterlegt. Die Rechtsstellung der Bank als Aufbewahrer ist gemäss der hier vertretenen Ansicht ähnlich derjenigen eines Pfandhalters. Eine Pfandhalterschaft zeichnet sich dadurch aus, dass der unmittelbare Besitz dem Pfandhalter (vorliegend: der Bank) zusteht, während der Pfandgläubiger (vorliegend: der Vermieter) und der Verpfänder (vorliegend: der Mieter) bloss mittelbaren Besitz haben.¹⁰⁶ Obwohl – wie bereits in dieser Abhandlung ausgeführt¹⁰⁷ – das Eigentum an die Bank

¹⁰⁴ TRACHSEL (FN 5), 79. Eine entsprechende Sorgfaltspflicht der Banken erwähnt auch BK OR-GIGER (FN 10), Art. 257e N 58.

¹⁰⁵ Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG; SR 235.1).

¹⁰⁶ DIETER ZOBL/CHRISTOPH THURNHERR, Art. 884 N 502 und N 558 ff., in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walther (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Systematischer Teil und Art. 884–887 ZGB: Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand, 3. Aufl., Bern 2010.

¹⁰⁷ Vgl. dazu oben, N 4.

übergegangen ist und der Mieter lediglich einen Anspruch auf Rückzahlung gemäss den vertraglichen Bedingungen hat, übt die Bank u.E. eine Pfandhalterschaft aus. Die Rechte und Pflichten der Bank richten sich beim Hinterlegungsvertrag sicherheitshalber in erster Linie nach den Vorschriften über das Pfandrecht¹⁰⁸ und subsidiär nach den Regeln über den Hinterlegungsvertrag (namentlich Art. 472 ff. sowie Art. 481 OR).¹⁰⁹

[49] Als Pfandgläubiger ist der Vermieter in Bezug auf Werte auskunftsberechtigt, für welche die Bank eine Pfandhalterschaft ausübt.¹¹⁰ Sie ist deshalb u.E. zur Auskunft an den Vermieter berechtigt. Gegenüber Dritten ist Banken jedoch – wie oben bereits erläutert¹¹¹ – von einer Kontaktaufnahme dringend abzuraten, sofern der Mieter die Bank nicht vorgängig vom Bankkundengeheimnis entbindet.

5. Änderungen im Verhältnis zwischen Mieter und Vermieter

[50] Im Laufe der Mietdauer können sich auf Seite der Parteien Änderungen ergeben. Diese Änderungen und deren Handhabung durch Banken bei der Auflösung von Mietzinsdepots werden nachfolgend kurz und übersichtlich dargestellt.

5.1. Wechsel des Vermieters

[51] Veräussert der Vermieter die Mietsache, so stellt sich die Frage, was mit dem Mietzinsdepot geschieht. Gemäss Art. 261 OR geht mit Veräusserung der Mietsache auch das Mietverhältnis über und der Käufer tritt von Gesetzes wegen mit allen Rechten und Pflichten in den Mietvertrag ein.¹¹² Zwar erfolgt der Eintritt nicht rückwirkend und der Mieter kann gegen den neuen Vermieter nicht sämtliche Ansprüche geltend machen, welche er gegen den ehemaligen Vermieter hatte.¹¹³ Wurde jedoch die Kautionserbracht und korrekt hinterlegt,¹¹⁴ geht u.E. das Pfandrecht des ehemaligen Vermieters am Mietzinsdepot von Gesetzes wegen auf den neuen Vermieter über.¹¹⁵ Bei der Veräusserung von Liegenschaften, für die Mietverhältnisse bestehen, ist es üblich, dass der Verkäufer dem Käufer einen aktuellen Mieterspiegel übergibt, in welchem auch die Höhe der

¹⁰⁸ THEO GUHL/ANTON SCHNYDER, § 55. Der Hinterlegungsvertrag, in: Theo Guhl et al. (Hrsg.), Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2000, 609–617, §55 N 1.

¹⁰⁹ KARL OFTINGER/ROLF BÄR, Das Fahrnispfand, Art. 884–918 ZGB, mit ergänzender Darstellung der im Gesetz nicht geordneten Arten dinglicher Sicherung mittels Fahrnis, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, ZK – Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/2c, 3. Aufl., Zürich 1981, vor Art. 884 ZGB N 225.

¹¹⁰ BEAT KLEINER/RENATE SCHWOB/CHRISTOPH WINZELER, Art. 47 N 58, in: Dieter Zobl et al. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 sowie zu der Verordnung vom 17. Mai 1972 (V) und der Vollziehungsverordnung (VV) vom 30. August 1961 – mit Hinweisen auf das Bankenrecht der Europäischen Union, auf das Allgemeine Dienstleistungsabkommen (GATS) und mit Erläuterungen zu den Massnahmen gegen die Geldwäscherei, 23. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015.

¹¹¹ Vgl. dazu oben, N 46 f.

¹¹² BGE 127 III 273 E. 4c 277; ZK OR-HIGI/WILDISEN (FN 2), Art. 260/261a N 22.

¹¹³ BGE 127 III 273 E. 4c 277 m.w.H.

¹¹⁴ Vgl. für die Fälle, in denen das nicht so ist und ein Vermieterwechsel erfolgt BGE 127 III 273 E. 4c 277 m.w.H.

¹¹⁵ I.d.S. auch BGE 127 III 273 E. 4a 276.

Kautionsbank und die Bank, bei welcher diese hinterlegt ist, aufgeführt ist. Gegenüber der Bank kann sich der neue Vermieter durch Vorlage eines Grundbuchsauszugs ausweisen.

5.2. Wechsel des Mieters

[52] Wechselt der Mieter, so ist es grundsätzlich nicht vorgesehen, dass das Mietzinsdepot auf den neuen Mieter übertragen wird, zumal das Mietzinsdepot gemäss der Regelung von Art. 257e Abs. 1 OR auf den Namen des Mieters lauten muss. Diese klare Regelung würde umgangen und die aufgrund des bestehenden Dreiparteienverhältnisses bereits anspruchsvolle rechtliche Situation zusätzlich verkompliziert, wenn noch ein Nachmieter einbezogen wird. Um Streitigkeiten bei der Auflösung zu vermeiden, ist Banken deshalb zu empfehlen, bei einem Wechsel des Mieters die Eröffnung eines neuen Mietzinsdepots für den Nachmieter zu verlangen und das bereits bestehende Mietzinsdepot gemäss den allgemeingültigen Regeln von Art. 257e Abs. 3 OR zeitnah aufzulösen.

6. Prozessuales

[53] Entsprechend den Gründen für die Herausgabe der Sicherheit gemäss Art. 257e Abs. 3 OR und weil es die Bank ist, welche die Sicherheit herausgeben muss (Art. 257e Abs. 3 erster Satz OR), sind unterschiedliche Verfahren mit unterschiedlichen Parteien möglich, die im Zusammenhang mit der Herausgabe der Sicherheit auf einem Mietzinsdepot geführt werden könnten. Es liegt auf der Hand, dass der Vermieter gegen den Mieter eine Forderungsklage führen kann, in welcher der Mieter zu einer Geldzahlung an den Vermieter verurteilt werden soll. Gestützt auf dieses Urteil kann er dann bei der Bank die Herausgabe verlangen. Verfügt der Vermieter über einen definitiven oder provisorischen Rechtsöffnungstitel, kann er beim Gericht ein Gesuch um definitive oder provisorische Rechtsöffnung stellen. Eine Leistungsklage auf eine Geldzahlung des Mieters gegen den Vermieter ist u.E. im Zusammenhang mit der Herausgabe der Sicherheit nur in zwei Fällen relevant: Erstens, wenn der Vermieter ebenfalls einen Anspruch gegen den Mieter geltend macht und der Mieter seinen Anspruch mit demjenigen des Vermieters verrechnen und den Anspruch gegenüber einer Bank ausweisen will, damit die Bank dem Vermieter nicht seine volle Forderungssumme gestützt auf ein Urteil oder einen rechtskräftigen Zahlungsbefehl ausbezahlt. Zweitens, wenn der Mieter mit einer Klage gegen den Vermieter unterliegt und diesem eine Parteientschädigung zugesprochen wird, womit der Vermieter über ein rechtskräftiges Urteil verfügt, mit welchem er sich die Sicherheit ausbezahlen lassen könnte (Grund 3).¹¹⁶ Macht der Vermieter gegenüber dem Mieter keine Forderungen geltend, wird dem Mieter ohnehin seine Sicherheit nach einem Jahr zurückbezahlt unabhängig davon, ob er noch Ansprüche gegen den Vermieter geltend macht. Denkbar ist u.E. auch eine Klage des Mieters gegen den Vermieter, dass letzterer der Herausgabe der Sicherheit zustimmt (Leistungsklage auf Abgabe einer Wil-

¹¹⁶ U.E. ist es der Bank nicht erlaubt, die Herausgabe der Sicherheit nach Ablauf der Jahresfrist zu verweigern, weil der Mieter gegen den Vermieter einen Prozess führt, welchen er theoretisch verlieren könnte. Der Wortlaut von Art. 257e Abs. 3 OR besagt klar, dass der Vermieter Ansprüche gestützt auf das Mietverhältnis gegen den Mieter geltend machen muss, damit die Auszahlung nach Ablauf der Jahresfrist verweigert werden kann.

lenserklärung).¹¹⁷ Weiter könnten Mieter vom Gericht verlangen, dass festzustellen sei, dass der Vermieter innert einem Jahr nach Beendigung des Mietverhältnisses keinen Anspruch gegenüber dem Mieter rechtlich geltend gemacht hat und ihm die Sicherheit entsprechend herauszugeben ist.¹¹⁸ Theoretisch könnte der Mieter gegen den diesen betreibenden Vermieter auch eine negative Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG anhängig machen. Wie vorstehend ausgeführt, hat der Vermieter jedoch eine Betreuung zu prosequieren, andernfalls kann die Bank die Sicherheit herausgeben,¹¹⁹ weshalb sich ein solches Vorgehen kaum lohnen wird. Schliesslich ist auch denkbar, dass Vermieter oder Mieter gegen die Bank eine Klage auf Herausgabe der Sicherheit führen, wenn diese die Herausgabe verweigert, obwohl einer der drei Herausgabegründe von Art. 257e Abs. 3 OR vorliegt.

[54] Geht der Vermieter gegen die Mieter vor, hat er insbesondere zu beachten, ob diese für seine Ansprüche solidarisch haften und der Vermieter gegenüber einem Mieter die gesamte Forderung geltend machen kann (Art. 144 Abs. 1 OR).¹²⁰ Besteht eine solidarische Haftung und dringt der Vermieter mit seiner Forderung gegen einen solidarisch haftenden Mieter gerichtlich durch, kann u.E. die Bank die Sicherheit herausgeben, auch wenn das Mietzinskonto auf alle Mieter lautet, im Urteil aber nicht alle Mieter zu einer Zahlung verpflichtet werden. Es ist an den Mietern, sich im Innenverhältnis auseinanderzusetzen (Art. 148 f. OR). Lautet das Mietzinsdepot auf alle Mieter, bilden sie eine notwendige Streitgenossenschaft (vgl. Art. 70 ZPO) und müssen gemeinsam auf Herausgabe des Mietzinsdepots klagen, ansonsten die Klage wegen fehlender Sachlegitimation des einzelnen Mieters abzuweisen ist.¹²¹

[55] Getrennt von der obenstehenden Fragestellung ist die Frage zu behandeln, wie sich das Verhältnis zwischen mehreren Mietern gestaltet und wie sie ihre Gemeinschaft gegen aussen vertreten. Diesbezüglich wird auf die obenstehenden Ausführungen verwiesen.¹²²

¹¹⁷ Eine solche Klage dürfte jedoch i.d.R. vor Ablauf der Jahresfrist nicht gutgeheissen werden, da u.E. i.d.R. kein schützenswertes Interesse bestehen würde, weil für die Rechtsdurchsetzung kein Gerichtsurteil erforderlich ist (vgl. zum Rechtsschutzinteresse SOPHIE DORSCHNER, Art. 84 N 9, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-BEARBEITER/IN, Art. x N y)). Der Mieter kann nach Ablauf eines Jahres die Sicherheit herausverlangen. Ein Gerichtsurteil ist für die Rechtsdurchsetzung also nicht notwendig. Vor Ablauf der Jahresfrist wird es sich für den Mieter zudem ohnehin nicht lohnen, ein solches Verfahren anzustrengen, da vor Ablauf der Jahresfrist ggfs. noch gar kein rechtskräftiges Urteil vorliegt. Sollte die Klage gutgeheissen werden, ersetzt die Verurteilung zur Abgabe der Willenserklärung die Erklärung durch den Vermieter (vgl. BSK ZPO-DORSCHNER (FN 117), Art. 84 N 13) und die Bank darf die Sicherheit herausgeben.

¹¹⁸ Eine solche Konstellation ist u.E. aber eher unwahrscheinlich, da es der Vermieter ist, der geltend machen muss, dass er innert Jahresfrist eine Forderung aus dem Mietverhältnis gegen den Mieter geltend gemacht hat und die Bank ansonsten die Sicherheit nach Ablauf der Jahresfrist herausgeben wird. Zudem wäre eine solche Klage u.E. gegenüber der Leistungsklage auf Zustimmung zur Herausgabe durch den Mieter subsidiär (vgl. BALTHASAR BESSENICH/LUKAS BOPP, Art. 88 N 7, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. ZPO Komm.-BEARBEITER/IN, Art. x N y)).

¹¹⁹ Vgl. dazu oben, N 44.

¹²⁰ In den meisten Fällen dürften die Mieter solidarisch haften (Art. 143 Abs. 1 OR, vgl. BSK OR-GRABER (FN 50), Art. 143 N 6).

¹²¹ ZMP 2/2006, 16. Es ergeht ein Prozessurteil ohne res iudicata Wirkung gegenüber einer von allen oder gegen alle notwendigen Streitgenossen erhobenen Klage, vgl. BSK ZPO-RUGGLE (FN 117), Art. 70 N 23; ZPO Komm.-STAHELIN/SCHWEIZER (FN 118), Art. 70 N 56.

¹²² Vgl. dazu oben, N 12.

7. **Schlussbemerkungen**

[56] Die vorliegende Abhandlung zeigt, dass sich bei der Auflösung von Mietzinsdepots eine Vielzahl rechtlicher Probleme stellen können. Diese berühren das Zivilrecht, das Zivilprozessrecht, das Bankenrecht (insbesondere dessen strafrechtlich bewehrtes Bankkundengeheimnis) sowie das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht. Selbst wenn die Auflösung von Mietzinsdepots für Banken ein Massengeschäft darstellt, braucht es in Einzelfällen somit den Rat eines findigen Juristen mit einem breiten Wissen in den vorgenannten Rechtsgebieten. Die Autoren hoffen, dass diese Juristen im vorliegenden Beitrag eine Hilfestellung finden.

Dr. iur. THOMAS NAGEL, Rechtsanwalt, Associate bei Walder Wyss AG, Zürich, sowie Dozent für Financial Market Compliance and Corporate Governance an der Fernfachhochschule Schweiz (FFHS), Zürich.

MLaw MICHAEL NAGEL, Rechtsanwalt und Notar, Associate Partner bei schochauer AG, St. Gallen.

Die Autoren danken MLaw Viktoriya Chernaya und MLaw Maximilian Schwarzenberger für die genaue Prüfung des Entwurfs und die hilfreichen Hinweise.

Die Autoren äussern in diesem Beitrag ausschliesslich ihre eigenen Ansichten.