

**§ 7 MIETE (OR 253-274)**Literatur:

G./M./K., p. 362-389; J. Guinard/F. Knoepfler, SJK, Nr. 357-361; C. Reymond, SPR VII/1, p. 201-256; E. Schmid, OR 253-274; P. Tercier, n. 970-1422; weitere Literatur unten Zif. VIII und XI BGB §§ 535-580

**I. Allgemeines**1. Begriff

Vertrag zur entgeltlichen Ueberlassung einer (beweglichen oder unbeweglichen) Sache zum Gebrauch auf Zeit.

Während Kauf/Tausch/Schenkung (sog. Veräußerungsverträge; oben §§ 3 - 6) auf definitive Sachübereignung ausgerichtet sind, betrifft Miete (ebenso wie Pacht/ unten § 8, Gebrauchsleihe/ unten § 9/II) vorübergehende Sachüberlassung ohne Veränderung der Eigentumsverhältnisse.

2. Abgrenzung

- gegenüber Pacht: vgl. unten § 8/II; BGE 103 II 252 E. 2;
- gegenüber Gebrauchsleihe (OR 305-311; unten § 9/II): Unterscheidungskriterium der Entgeltlichkeit: Miete per definitionem entgeltlich, Gebrauchsleihe unentgeltlich;
- gegenüber Leasing, vgl. oben § 2.

3. Vertragsnatur

- a) Dauerschuldverhältnis: Vertragserfüllung nicht in einem einmaligen Vorgang (z.B. Sachhingabe und Sachrückerstattung), sondern in der Zurverfügunghaltung der Sache und der Zahlung eines Preises pro rata temporis.
- b) Essentialia negotii (notwendiger Konsensinhalt):
  - Entgeltliche Ueberlassung einer Sache zum Gebrauch.
  - Bestimmung Mietsache; ähnlich wie beim Kauf nicht nur individuelle Bestimmung (entsprechend Stückkauf), sondern auch gattungsmässige Bestimmung möglich (Auto eines bestimmten Typs, Wohnung bestimmter Spezifikation in einem Block usw.). Im Falle dieser gattungsmässigen Bestimmung, die praktisch selten ist, wird eine Konzentration der Leistungspflicht des Vermieters im Moment der Einräumung des Mietbesitzes anzunehmen sein (vgl. auch unten Zif. VII/5).

Allenfalls entbehrlich:

- Bestimmung der Mietdauer (Miete auf unbestimmte Zeit VI/2);
- Bestimmung des Mietpreises; es gilt hier im übrigen das bei Kauf (oben § 3/I/4/b) und Werkvertrag (unten § 10/IV/2/d) Gesagte: Mangelnder Preis-Konsens kann nur vor Antritt der Mietsache geltend gemacht werden, während im nachhinein ein Mietzins für die bereits abgelaufene Mietdauer auch bei Fehlen einer Vereinbarung geschuldet ist (dh. Vertrags-, nicht Kondiktionsanspruch, daher Vertragsgültigkeit trotz Fehlens eines "essentiale"); so im Ergebnis BGE 108 II 113. - BGE 100 II 330 f. betrifft eine Zwischensituation (Bezug bereits erfolgt, jedoch künftiger Mietvertrag im Streit; angesichts des Bestehens einer ungefähren Berechnungsgrundlage wird Gültigkeit angenommen).

Variabler/erfolgsabhängiger Mietzins ist möglich und bei Miete von Geschäftsräumen nicht selten ("partiarische Miete"). Vgl. auch unten § 8/I/2 (Pacht) und unten § 9/IV ("partiarisches Darlehen").

- c) Formularverträge spielen bei der Wohnungsmiete eine entscheidende Rolle (regional begrenzte Geltung; oft von Mieter-/Vermieterverbänden ausgehandelt).
- d) Für Mietverträge (auch über Liegenschaften, Wohnungen) gilt (mangels Sondernorm) der Grundsatz der Formfreiheit, obwohl - bei bedeutenderen Objekten - die schriftliche Vertragsform (oft unter Verwendung von Formularverträgen) üblich ist. Haben die Parteien sich mündlich geeinigt, jedoch die Errichtung einer Urkunde vorbehalten, ist zu vermuten, dass sie bis zur Unterzeichnung nicht gebunden sein wollen (OR/AT § 10/I/2; § 11/VI; BGE 105 II 79, 100 II 21).

#### 4. Sachenrechtliche Lage

Miete als rein schuldrechtlicher Vertrag verändert die Eigentumsverhältnisse an der gemieteten Sache nicht. Mieter wird (i.S. von ZGB 920 unselbständiger) Besitzer, der als solcher gegenüber Dritten Besitzschutz (ZGB 926-929) genießt. Gegenüber dem Eigentumsherausgabeanspruch des vermietenden Eigentümers schützt ihn der Mietvertrag.

Miete hat nur obligatorische Wirkung; der Gebrauchsanspruch des Mieters kann demnach gestützt auf den Vertrag gegenüber Dritten (dh. allen anderen als dem Vermieter) nicht durchgesetzt werden. Vgl. dazu unten Zif. V. - Im englischen und amerikanischen Recht gibt es "hire" (Miete von beweglichen Sachen; verwandt mit "heuern") und "rent" (überwiegend für unbewegliche Sachen); beide entsprechen in ihrem Beschränktheit auf obligatorische Wirkungen unserer Miete. Als weitere Form der Sachüberlassung zum Gebrauch hat "lease" (von lat. laxare, franz. laisser; ursprünglich auf unbewegliche Sachen beschränkt!) seit alters grosse Bedeutung. Parteien: "lessor" (lease-Geber) - "lessee" (lease-Nehmer). Der Unterschied gegenüber "hire" und "rent", die bloss obligatorisch wirken, liegt hauptsächlich in der dinglichen Natur des Nutzungsrechts (z.B. Durchsetzung des Gebrauchsanspruchs im Konkurs des lessor oder bei Veräußerung des Grundstücks) und der erweiterten Unterhaltspflicht und Risikotragung des lessee. Die hiezulande abgeschlossenen "Leasing-Geschäfte" haben mit dem englischen Ursprung wenig gemein (vgl. oben § 2).

Vermietung setzt nicht Eigentum voraus; Vermieter kann selber Mieter sein ("Untermiete") oder aus anderem Grund (z.B. Nutzniessung) über die Sache verfügen.

#### 5. Miete und Untermiete

Der Vermieter muss nicht Eigentümer der vermieteten Sache sein, sondern kann auch eine fremde Sache vermieten, an der er eine Nutzungsbefugnis besitzt. Dies ist am häufigsten der Fall, wenn der Vermieter seinerseits die Sache gemietet hat; man spricht dann von Untermiete. (Zur Zulässigkeit der Untervermietung vgl. unten III/2/c).

Die beiden Rechtsbeziehungen (Eigentümer/Erstvermieter - Mieter; Mieter/Untervermieter - Untermieter) sind getrennt und unabhängig. So hat unter keinen Umständen der Untermieter ein über den Anspruch des Erstmieters hinausgehendes Nutzungsrecht (Becker, OR 264 N. 3). Bei vertraglich ausgeschlossener Untermiete einer unbeweglichen Sache hat der Erstvermieter sachenrechtlich die Möglichkeit, den ohne Rechtfertigungsgrund in der Sache befindlichen Untermieter aufgrund seines Eigentums-

oder bloss Besitzschutzanspruchs wegzuweisen (Becker, OR 264 N. 9, Schmid, OR 264 N. 15). Gegen die unberechtigte Ausweisung des Untermieters durch den Erstvermieter hat jener wohl nur die Möglichkeit, gestützt auf den Untermietvertrag den Untervermieter zur Hilfe gegen den Erstvermieter anzuhalten.

## 6. Revision des Mietrechts

Der 8. Titel des OR befindet sich seit langem in Revision. Die Neugestaltung des Mietvertragsrechts wurde durch eine bundesrätliche Expertenkommission unter Vorsitz von Prof. Soliva (Zürich) vorbereitet. Am 27. März 1985 legte der Bundesrat die Revisionsvorlage vor, welche vom Ständerat als Erstrat behandelt und am 8. Juni 1988 verabschiedet wurde. Das weitere Schicksal der Vorlage ist noch ungewiss. Hinweise zum Inhalt der in Beratung befindlichen Vorlage vgl. unten Zif. X. Mietrechtsrevision.

## **II. Die Pflichten des Vermieters (OR 254-258)**

### 1. Pflicht, Mietsache bei Mietantritt in vertragsgemäsem Zustand zu übergeben

#### a) Grundsatz

Um Gebrauch zu ermöglichen, muss der Vermieter dem Mieter die Sache übergeben (Besitz übertragen, dh. Fahrnis aushändigen, bei Grundstücken den Bezug zulassen). Wird die Sache nicht rechtzeitig zur Verfügung gestellt (oder nachträglich wiederum entzogen), so stehen die Behelfe von OR 97 (Klage auf Realexekution bzw. Schadenersatz) zur Verfügung (OR/AT § 20/I/1).

Die Sache muss sich bei Uebergabe in einem "zu dem vertragsmässigen Gebrauche geeigneten Zustande" befinden (OR 254/I). Für die zu stellenden Anforderungen ist aber trotz dieser objektivierenden Umschreibung primär der Vertrag massgebend; dem Mieter bei Vertragsschluss bekannte, selbst gravierende, Mängel müssen vom Vermieter nicht behoben werden. Anders, wenn der Mieter nach dem Vertrauensprinzip bei gegebenen Umständen eine Instandstellung erwarten darf, oder wenn die Mängel i.S. von OR 254/III ein Gesundheitsrisiko konstituieren.

Eine Prüfungspflicht des Mieters (in Analogie zum Kaufrecht, OR 201) besteht nicht (BGE 104 II 274).

#### b) Möglichkeiten des Mieters im Zeitpunkt des Antritts der Miete bei vertragswidrigem Zustand der Mietsache

Für den Fall der Mangelhaftigkeit der Mietsache räumt der Gesetzgeber dem Mieter bei Antritt der Mietsache Sonderrechtsbehelfe ein (OR 254/II). Macht der Mieter von ihnen keinen Gebrauch, dh. tritt er die Miete trotz der Mängel an, stehen ihm aber auch die bei erst nachträglichem Auftauchen der Mängel verfügbaren Behelfe zu (dazu unten Zif. 3; dies schon wegen der fehlenden Prüfungs- und Rügepflicht: dem Mieter kann bei den Behelfen gemäss unten Zif. 3 nicht entgegengehalten werden, die Mängel hätten schon bei Mietantritt bestanden).

aa) Rücktrittsbefugnis (OR 254/II): Unklar ist, ob der Rücktritt nach OR 254/II einen Anwendungsfall von OR 107/109 darstelle (bejahend Becker, OR 254/5 N. 24, verneinend Schmid, OR 254/5 N. 22 und BGE 104 II 274); Einigkeit herrscht aber über die Notwendigkeit der Einräumung einer angemessenen Frist für die Behebung der Mängel.

Die Nachfrist ist bei Antritt der Mietsache anzusetzen (vorher keine Pflicht

des Vermieters zur Instandhaltung). Fraglich ist, ob die werkvertragliche Möglichkeit des Rücktritts vom Vertrag vor Fälligkeit (OR 366/I) hier übertragene Anwendung finden kann. Nachfristansetzung bedeutet grundsätzlich Hinausschieben des Bezugs der Mietsache bis zum Ablauf der Nachfrist. Will oder kann der Mieter (bei Raummiete) den Bezug nicht hinausschieben und bezieht daher das Mietobjekt, muss während der Dauer der Nachfrist die Mietsache grundsätzlich als nicht bezogen gelten: falls der Mieter nach Ablauf der Nachfrist die Mietsache definitiv nicht übernimmt, befindet er sich in der gleichen Lage, wie wenn er nicht bezogen hätte (vgl. unten VII/1/a).

- bb) Schadenersatzansprüche des Mieters wegen Mangelhaftigkeit der (fristgerecht) angebotenen Sache beurteilen sich nach OR 97, wenn dem Mieter Sachübernahme nicht zuzumuten ist (oben lit. a). Sie können (unerachtet des Terminus "Rücktritt") nicht bloss auf das negative, sondern auch auf das positive Interesse gehen (Schmid, OR 254/5 N. 34f).
- cc) Bei Aufnahme des Mietverhältnisses trotz der Mängel kommt Mietzinsreduktion in betracht, OR 254/II, dh. im Ergebnis mit OR 255/I übereinstimmend; unten Zif. 3/c). Keine Fristansetzung notwendig (Schmid, OR 254/5 N. 27). Für das Mass der Reduktion gelten ähnliche Grundsätze wie bei der Preisminderung im Kaufrecht (SJZ 62, p. 329, Nr. 186). Vgl. oben § 4/VI/3.
- Rücktrittsbefugnis des Mieters sowie dessen Anspruch auf Mietzinsreduktion sind vom Verschulden des Vermieters unabhängig.

## 2. Pflicht, Mietsache zur Verfügung des Mieters zu halten

### a) Grundsatz

Während der Dauer des Mietverhältnisses hat der Mieter Anspruch auf Gebrauch der Mietsache und Mietbesitz; er muss das Mietobjekt vertragsgemäss gebrauchen können. Der Vermieter darf die Sache in der Regel selber nicht mehr nutzen und hat sich aller Einwirkungen zu enthalten, welche die vertragsgemässe Nutzung seitens des Mieters behindern können. Der Mieter hat Anspruch auf Besitzerschutz nach ZGB 926-929, welcher im summarischen Verfahren durchsetzbar ist (ZPO BE 326 Zif. 2; ZPO ZH § 222 Zif. 2).

### b) Störungen durch Dritte

"Rechtsgewährleistung" (OR 258) des Vermieters, dh. dessen Pflicht, im Prozess den Besitz der Mietsache zu verteidigen und bei Entzug dem Mieter Schadenersatz zu leisten. Bei Entzug durch Dritte Nichterfüllung; Schadenersatz nach OR 97 ff.

Der vermietende Eigentümer hat dem Mieter aber auch ausserhalb eines Prozesses gegen Störungen durch Dritte beizustehen: Vorgehen nach ZGB 684, wenn Störungen von einem Nachbargrundstück ausgehen, nach Mietrecht (OR 261/I und II), wenn ein anderer Mieter Störer ist. Daneben stehen dem, Mieter die gleichen Besitzerschutzansprüche gegenüber Dritten zu wie gegenüber dem Vermieter.

## 3. Pflicht, die Mietsache während der Mietdauer in vertragsgemässem Zustand zu erhalten (OR 255)

### a) Grundsatz

Durch Abnutzung wie auch durch äussere Einwirkungen verursachte Mängel müssen vom Vermieter behoben werden; lediglich der sog. "kleine Unterhalt" geht zu

Lasten des Mieters (unten Zif. III/3). - Die Pflicht der Mangelbeseitigung besteht theoretisch sogar auch dann, wenn die Mängel vom Mieter verschuldet sind (jedoch Schadenersatzpflicht des Mieters, Anspruch des Vermieters auf Sicherstellung der Kosten vor der Reparatur; ZGB 2).

b) Mangelbeseitigung durch den Mieter

Der Mieter kann bei Säumnis des Vermieters selber Mangelbeseitigung verwirklichen, vorerst auf eigene Rechnung, aber unter Kostenersatzpflicht des Vermieters. Zu unterscheiden sind:

aa) "Untergeordnete Mängel" i.S. von OR 256/II: Der Mieter kann dem Vermieter Frist zu deren Beseitigung ansetzen (OR 107/8 gelten analog) und bei Untätigkeit des Vermieters die Reparatur selber veranlassen; gesetzlicher Anspruch auf Kostenersatz.

bb) Schwere Mängel: Insbesondere bei solchen, die nicht ohne Eingriff in die Substanz der Mietsache zu beheben sind und die der Mieter, ohne die Eigentumsrechte des Vermieters zu verletzen, von sich aus gar nicht beheben darf, kommt bei Untätigkeit des Vermieters Klage auf Mangelbeseitigung in Frage. Realistischer erscheint jedoch ein Vorgehen nach OR 98/I, dh. Durchführung der Reparatur gestützt auf richterliche Ermächtigung, in welchem Fall der Anspruch auf Kostenersatz rechtlich gesichert ist und das Problem der Verletzung der Eigentumsrechte des Vermieters ausgeschaltet wird.

c) Möglichkeiten des Mieters bei Unterbleiben des Unterhalts

Kommt der Vermieter seiner Unterhaltspflicht nicht nach und will der Mieter nicht nach oben lit. b vorgehen, stehen ihm grundsätzlich dieselben Behelfe zur Verfügung wie bei anfänglicher Mangelhaftigkeit (vgl. oben Zif. 1/b); indessen sind folgende Besonderheiten zu beachten:

- "Rücktritt" im technischen Sinn kann hier nicht angenommen werden, da die dem Mieter zur Verfügung stehende Vertragsauflösung nicht rückwirkend, sondern ex nunc wirkt. Massgebend ist der Zeitpunkt der Erklärung der Vertragsauflösung (die hier auch "Kündigung" genannt werden kann) bzw. der Zeitpunkt der Rückgabe/Räumung der Mietsache, bis zu welchem Mieter (ev. gemindert) geschuldet wird.
- Mietzinsreduktion erfolgt bei gegebenen Voraussetzungen von Gesetzes wegen, setzt aber wohl auch eine entsprechende Erklärung des Mieters voraus (Stillschweigen wäre meist als Verzicht auf Reduktion für die Vergangenheit zu werten).
- Im übrigen besteht Schadenersatzpflicht des Vermieters nach OR 255/II, die dem Muster von OR 97 nachgebildet ist.

4. Schadenersatz bei Schädigung durch Mängel der Mietsache

Schädigung unmittelbar verursacht durch Mängel des Mietobjekts (Balkon stürzt ab, Mietauto verliert Rad). BGE 107 II 427 lässt den Skivermieter aus falscher Einstellung der Sicherheitsbindung haften. Unklar ist, ob Kausalhaftung vorliegt oder aber die Möglichkeit besteht, sich durch den Nachweis zu entlasten, dass man die Mängel unmöglich verhindern oder kennen konnte.

Erstreckung allfälliger Schadenersatzberechtigung auf Angehörige des Mieters durch die Annahme eines "Vertrages mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter" ermöglicht (dazu OR/AT § 26/III).

Neben diesen vertraglichen Ansprüchen besteht bei Grundstücken dem Grundsatz nach eine konkurrierende Haftung des Vermieters aus OR 58 (Werkeigentümerhaftung, vgl. OR/AT § 20/II Anm. 42).

### III. Die Pflichten des Mieters (OR 253, 261/262)

#### 1. Pflicht zur Mietzinszahlung (OR 253, 262)

- a) Der Mietzins richtet sich primär nach Vertrag (bei Liegenschaften unter Vorbehalt der Mieterschutzgesetzgebung; vgl. unten Zif. XI). Der Mieter muss den Mietzins auch dann bezahlen, wenn er die Mietsache aus subjektiven Gründen nicht gebrauchen kann. Der Vermieter muss sich jedoch bei Nichtgebrauch der Mietsache seine Einsparungen anrechnen lassen (OR 257), bzw. sich um Ersatzvermietung bemühen: allgemeine Pflicht zur Schadenminderung. Vgl. z.B. SJZ 1982 p. 254 Nr. 45. Zum Zeitpunkt der Mietzinszahlung vgl. Art. 262 OR.
- b) Bei "Ueberdauern" des Mieters in der Mietsache nach Auflösung des Vertrages (Zeitablauf, Kündigung, Auflösung wegen Verzugs gemäss OR 265 etc.) ist der Mieter trotz fehlender Vertragsgrundlage zur Entrichtung einer dem vertraglichen Zins entsprechenden Entschädigung verpflichtet. BGB § 557, BGE 63 II 370 ff. Das Bundesgericht spricht von einem "mietvertragsähnlichen Verhältnis". Vgl. die Rechtsfigur der faktischen Vertragsverhältnisse (OR/AT § 16 II/2/b).
- c) Bei Verzug in der Mietzinszahlung gibt OR 265 dem Vermieter das Recht vorzeitiger Vertragsauflösung (dazu unten Zif. VII/2).

#### 2. Pflicht zum vertragsgemässen Gebrauch

##### a) Grundsatz

Pflicht, vertraglich nicht vorgesehenen und erlaubten Gebrauch zu unterlassen, folgt aus allgemeinen Prinzipien und indirekt aus OR 264/II; explizit so § 550 BGB. Die Pflicht zur sorgfältigen Erhaltung der Mietsache kann auch eine Benutzungs- und Bewirtschaftungspflicht beinhalten (BGE 103 II 254). Für den Verletzungsfall vgl. unten Zif. VII/1.

##### b) Sorgfaltspflicht und Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Hausgenossen (OR 261/I und II).

##### c) Verzicht auf Untermiete (bzw. "Abtretung" der Miete) bei vertraglichem Ausschluss

Ohne explizites vertragliches Verbot kann der Mieter den Gebrauch der Miete Dritten überlassen, insbesondere eine Untermiete vereinbaren (OR 264/I); dabei darf nicht "eine für den Vermieter nachteilige Veränderung bewirkt werden", was beispielsweise bei bedeutend erhöhter Benutzungsintensität der Fall wäre. Sachnutzung durch Dritte könnte ev. auch konkludent ausgeschlossen sein, wenn die persönliche Nutzung (z.B. Betrieb eines Restaurants) der Mietsache durch den Mieter Vertragsvoraussetzung darstellte.

OR 264/I ist dispositives Recht; Untermiete (oder auch sonstige Nutzung durch Dritte) kann im Mietvertrag ausgeschlossen werden. Ist dies geschehen, so ist zwar ein Untermietvertrag deshalb nicht ungültig (vgl. OR/AT § 9/VII), wohl aber verletzt der Mieter den Mietvertrag (zu den Folgen unten Zif. VII/1). - Die Praxis deutet eine Vertragsklausel, wonach "Untermiete nur mit Zustimmung des Vermieters" zulässig sei, dahin, dass die Zustimmung grundsätzlich zu erteilen

sei bzw. nur, falls durch sachliche Gründe gerechtfertigt, verweigert werden dürfe (Becker, OR 264 N. 4; Schmid, OR 264 N. 12; BGE 93 II 458; alle ohne hinreichende Begründung).

"Abtretung der Miete" im eigentlichen Wortsinn ist nicht möglich, da nur Forderungen, nicht aber gesamte Vertragsverhältnisse der Abtretung zugänglich sind (OR/AT § 31/II/1); Vertragsübernahme würde Zustimmung des Dritten (Vermieters) voraussetzen. Denken liesse sich allenfalls eine isolierte Abtretung des Nutzungsanspruchs des Mieters; eine derartige Variante dürfte isoliert nicht vorkommen, sondern einen parallelen Vertrag (Untermiete oder Kauf, Tausch, Schenkung, Auftrag, Gesellschaft, so Becker, OR 264 N. 2) voraussetzen. Allerdings mag "Abtretung" von den Parteien aber doch gelegentlich (vielleicht als falsa demonstratio für schlichte Untermiete) verabredet werden. Da Abtretung im Ergebnis für den Vermieter gleichbedeutend wie Untermiete ist, schliesst ein Verbot der Untermiete auch Abtretung aus (BGE 54 II 397, 67 II 141 E. 2, 81 II 350; Becker, OR 264 N. 4, Schmid, OR 264 N. 10 f., jedoch mit Einschränkung hinsichtlich Geschäftsräumen in N. 24) und umgekehrt, wie die nachträgliche Zustimmung des Vermieters zum einen auch das andere erfassen würde.

Entgegen obiger Feststellung über die mögliche Bedeutung einer "Abtretung" im eigentlichen Wortsinn hat das Bundesgericht (ohne hinreichende Begründung) angenommen, dass OR 264 eine Uebertragung der Miete als Vertragsverhältnis zulasse (BGE 81 II 349, 93 II 457 E. 2a; zustimmend anscheinend Schmid, OR 264 N. 23 ff. insb. 28; Reymond, S. 237; anders wohl Becker, OR 264 N. 2; G./M./K., § 44/IV/2), wobei allerdings der Erstmieter durch die "Abtretung der Miete" nicht aus seinen Mieterpflichten entlassen wird, ein echter Vertragsübergang daher nicht vorliegt (dieser erfolgt auch nach BGE 81 II 349 erst mit Zustimmung des Vermieters zum Mieterwechsel). In OR 264 mehr als eine zugunsten des Mieters wirkende Vermutung der Zulässigkeit der Untermiete und deren Varianten und Surrogate zu sehen, ist wohl im Ansatz verfehlt; ob ein praktisches Bedürfnis für diese von fundamentalen Vertragsgrundsätzen abweichende, unklare Konzeption besteht, ist offen (am ehesten wohl gegeben, wenn "Abtretung der Miete" im Zusammenhang mit Geschäftsübernahme i.S. von OR 181 erfolgt).

### 3. Beschränkte Unterhaltspflicht (OR 263/II)

Der sog. kleine Unterhalt, dh. die infolge der Benutzung laufend notwendig werdenden kleinen Ausbesserungen sind vom Mieter zu tragen. Bei der Grenzziehung ist der Ortsgebrauch zu berücksichtigen. Formularverträge enthalten regelmässig eine kasuistische Aufzählung der den Mieter treffenden Unterhaltspflichten.

### 4. Anzeigepflicht (OR 261/III)

Sind vom Vermieter vorzunehmende Reparaturen an der Mietsache notwendig, so muss der Mieter dies dem Vermieter sofort anzeigen. Ebenso, wenn sich ein Dritter Rechte an der Mietsache anmasset oder den Gebrauch stört (vgl. aber Möglichkeit des Mieters, direkt gegen Störer vorzugehen, oben II/2/a und b).

#### IV. Retentionsrecht des Vermieters zur Sicherung der Mietzinsforderung (OR 272-274 und SchKG 283/284)

##### 1. Gegenstand des Retentionsrechtes

a) Der Vermieter einer unbeweglichen Sache hat ein Retentionsrecht an den eingebrachten Gegenständen, die zur "Einrichtung oder Benutzung" der Mietsache gehören (OR 272/I). Das mietrechtliche Retentionsrecht stellt eine Variante zum allgemeinen Retentionsrecht (ZGB 895-898) dar und weitet dieses insofern aus, als dem Besitz des Gläubigers an den Retentionsobjekten deren Einbringung in das Mietobjekt gleichgestellt wird ("Konnexität" i.S. von ZGB 895/I entspricht "Einrichtung oder Benutzung" von OR 272/I). - Nach BGE 60 III 222 f. kein Retentionsrecht an Einrichtungsgegenständen eines möblierten untervermieteten Zimmers, wenn der Mieter den Untermietzins unumgänglich nötig hat.

Unpfändbare Gegenstände sind vom Retentionsrecht ausdrücklich ausgenommen (OR 272/III); massgebend ist die Umschreibung der unpfändbaren Objekte ("Kompetenzstücke") nach SchKG 92 (BGE 82 II 79).

b) Kasuistik

Retention zulässig hinsichtlich Möbeln, Teppichen, Betten, Bildern usw.; in einer Einzel- oder Sammelgarage eingestellten Autos (BGE 106 II 42 ff., SJZ 1988 Nr. 45, und zwar zur Sicherung der Gesamtmiete nicht bloss der Garagemiete), ausgeschlossen wohl aber der auf einem vermieteten offenen Parkplatz abgestellte Wagen.

Retention ausgeschlossen hinsichtlich Kleidern, Wertpapieren, Schmuck, Skis und anderen Sportartikeln sowie Reisekoffern (dazu BGE 79 III 77 E. 2), tragbaren Musikinstrumenten (BGE 59 III 68 f.); Automobile, die nur kurzfristig in einer Garage eingestellt sind bzw. ein Ersatzwagen, der nur vorübergehend in der dauernd gemieteten Garage steht (so ZR 79/142); Sachen, die nur vorübergehend (z.B. zum Reparieren) in die Mieträume verbracht werden (ZR 24/131: ~ Möbel, die dem Mieter zum Polieren übergeben worden sind).

c) Das Retentionsrecht erfasst auch Gegenstände, die nicht dem Mieter gehören, ausser der Vermieter habe vom Dritteigentum Kenntnis gehabt oder haben müssen oder sie wären dem Dritteigentümer i.S. von ZGB 934 abhandengekommen (OR 273/I). Bei Verkauf unter Eigentumsvorbehalt genügt daher die Eintragung im Eigentumsvorbehaltsregister nicht (vgl. oben § 3/V/5), weshalb hier, wie auch bei der Vermietung von Mobilien, eine Mitteilung an den Wohnungsvermieter angezeigt ist (vgl. BGE 42 II 578 ff.).

d) Der Mieter kann die Retention durch Sicherstellung abwenden; die hinterlegte Summe wird in der Betreuung Wie ein Retentionsgegenstand behandelt (BGE 61 III 75 E. 1).

##### 2. Bereich der durch das Retentionsrecht gesicherten Forderungen

Das Retentionsrecht sichert Ansprüche des Vermieters auf Mietzins wie auch mietzinsähnliche Forderungen; im einzelnen:

- einen fälligen Jahreszins und den laufenden Halbjahreszins (OR 272/I); dabei ist für die Berechnung massgebend der letzte Zinstermin vor Stellung des Verwertungsbegehrens oder der Konkurseröffnung (BGE 72 II 368 f.). Hinsichtlich Retention für nicht verfallene Zinsen fordert Praxis und Doktrin (BGE 83 III 114 E. 2

mit Hinweisen), dass die Gefährdung der Forderung glaubhaft gemacht wird. Zum Umfang der Retentions-Sicherung im Konkurs des Mieters vgl. BGE 104 III 87 ff.); - den Anspruch des Vermieters aus "Ueberdauern" (oben Zif. III/1/b, BGE 63 II 373 E. 8 und 9); im Umfang analog OR 272/I;

- die Heizkosten (BGE 63 II 381 E. 10, 72 III 37, 75 III 32 E. 3), umfangmässig analog OR 272/I;
- die Instandstellungsentschädigung (seit BGE 80 III 128 ff., allerdings wohl nur, sofern vertraglich zum voraus ziffernmässig bestimmt);
- die Betriebs- und Retentionskosten (BGE 63 II 382 E. 11).

Nicht gesichert durch das Retentionsrecht sind:

- Schadenersatzansprüche wegen Vertragsverletzung und Ersatzansprüche nach OR 269 (BGE 61 II 264, 86 III 38 f., 104 III 87);
- Kosten des Ausweisungsverfahrens (BGE 85 III 54 ff.);
- die im Mietvertrag vorgesehene Sicherheitsleistung des Mieters (BGE 111 II 71).

### 3. Die Geltendmachung des Retentionsrechtes

Das Retentionsrecht besteht nur solange, als sich die Sachen in den vermieteten Räumlichkeiten befinden (BGE 68 III 3 ff.). Will der Mieter die dem Retentionsrecht unterliegenden Gegenstände wegschaffen, so kann sie der Vermieter mit Amtshilfe zurückbehalten (OR 274/I). Im Falle heimlicher oder gewaltsamer Wegschaffung (vgl. BGE 101 II 94 E. 2) hat indessen der Vermieter während 10 Tagen ein Rückschaffungsrecht (OR 274/II; SchKG 284). Pfändung und ev. amtliche Verwahrung bzw. Veräusserung des Retentionsobjektes lassen das Retentionsrecht nicht untergehen (Wegschaffung durch das Betreibungsamt ist kein Tatbestand von OR 274/II; SchKG 284); so BGE 75 III 30, 48 III 146.

Das Betreibungsamt nimmt auf Verlangen des Vermieters ein Retentionsverzeichnis auf und setzt ihm eine Frist zur Anhebung der Betreibung auf Pfandverwertung (SchKG 283/II). "Die Aufnahme des Retentionsverzeichnisses hat zur Folge, dass der Retentionsbeschlagnahme bestehen bleibt, auch wenn die retinierten Gegenstände aus den Mieträumen entfernt werden". BGE 104 III 26.

## **V. Rechtslage bei Veräusserung der Mietsache während der Mietdauer (OR 259)**

### 1. Hintergrund und Tragweite der Regel "Kauf bricht Miete"

Es entspricht Wesen und Begriff des Vertrages, dass durch ihn vertragsfremde Dritte nicht verpflichtet werden. Bei der Miete heisst dies, dass der Mieter seinen Mietanspruch nur gegenüber dem Vermieter, nicht jedoch einem dritten Eigentümer gegenüber durchsetzen kann. Der Mieter könnte daher dem Grundsatz nach um den Gebrauch der Mietsache gebracht werden, wenn der Vermieter bereits bei Vertragsschluss nicht Eigentümer der Mietsache ist (und auch nicht aus sonstigem Titel - Miete, Nutzniessungsrecht - über den Sachbesitz verfügen darf) oder während der Mietdauer die Mietsache veräussert (verkauft oder verschenkt) und den Erwerber zum Eigentümer macht. Das missverständliche Dictum "Kauf bricht Miete" (in der Revision von 1911 unglücklicherweise als Marginale hinzugesetzt) nimmt auf den fraglichen Grundsatz Bezug, dass im Falle einer Uebertragung des Eigentums auf Dritte der Mieteranspruch nicht durchgesetzt werden könne, nicht um ihn (der bereits aus allgemeinen Grundsätzen folgt), im Gesetz niederzulegen, sondern um dessen Abschwächung einzuführen (folgend Zif. 2).

## 2. Die Abschwächung des Grundsatzes bei Miete unbeweglicher Sachen

Ist der Mietgegenstand eine unbewegliche Sache (z.B. Wohnungsmiete), so wird der Grundsatz abgeschwächt: Der neue Eigentümer hat den Mieter bis zum nächsten gesetzlichen Kündigungstermin (vgl. OR 267) im Mietbesitz zu belassen, es sei denn, der Mietvertrag sei auf einen früheren Zeitpunkt hin kündbar (OR 259/II; BGE 108 II 190). Durch diese Vorschrift werden die Mieter in Verträgen mit Kündigungsfristen, die den gesetzlichen entsprechen oder kürzer sind, voll geschützt.

Unterlässt der Erwerber die Kündigung, so gilt er kraft unwiderlegbarer gesetzlicher Vermutung als in das Mietverhältnis eingetreten (OR 259/II i.f.).

NOTA: Auch bei einer Kündigung nach OR 259 ist in Härtefällen eine richterliche Erstreckung des Mietverhältnisses möglich (OR 267a/I).

Bei einem Mietvertrag mit längerer als der gesetzlichen Kündigungsfrist, kann sich der Mieter, der durch OR 259 nicht voll geschützt wird, dadurch sichern, dass er die Miete im Grundbuch vormerken lässt (OR 260), was allerdings eine entsprechende vertragliche Absprache bzw. Zustimmung des Vermieters voraussetzt. - Vgl. dazu die Hinweise oben § 5/III/8.

KRITIK: OR 259 (wie bereits aOR 281) stellt eine erstrangige Fehlleistung des Gesetzgebers dar. Die sachlich einzig angemessene Lösung ist jene wie in BGB § 571: Bei der Grundstücksmiete gehen die Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag ex lege vom Vermieter auf den Erwerber über, wenn der Mieter das Mietobjekt im Zeitpunkt der Veräußerung bereits bezogen hatte (unter einer Weiterhaftung des ursprünglichen Vermieters in einer Uebergangszeit; dies im durch die gesetzlichen Kündigungsfristen vorgezeichneten Rahmen). In gleichem Sinn bereits frCC art. 1743. Im englisch-amerikanischen Rechtskreis verleiht die weitgehend die Funktion unserer Grundstücksmiete übernehmende "lease" dem lessee einen dinglichen Nutzungsanspruch (oben Zif. I/4), so dass das Problem schon gar nicht aufkommt.

In der Revisionsvorlage zum Mietrecht ist nun der Grundsatz "Kauf bricht Miete" aufgegeben worden. Das Mietverhältnis geht auf den neuen Eigentümer über, wobei diesem ein Kündigungsrecht auf den nächsten gesetzlichen Termin zusteht (vgl. unten Zif. X).

## 3. Die Uebernahme des Mietvertrages durch den Erwerber (OR 259/I)

Verpflichtet sich der Erwerber gegenüber dem Verkäufer (Vermieter), den bestehenden Mietvertrag zu "übernehmen", dh. das Mietverhältnis mit dem Mieter fortzusetzen, so kann der Mieter direkt vom Erwerber Erfüllung verlangen (OR 259/II). Echter Vertrag zugunsten Dritter mit direktem Forderungsrecht.

Der Vermieter wird durch die Ueberbindung des Mietvertrages an den Erwerber von seinen Vermieterpflichten nicht befreit, es sei denn, der Mieter entlasse ihn -ausdrücklich oder stillschweigend - aus dem Schuldverhältnis. Aus der vorbehaltlosen Mietzinszahlung an den Erwerber der Mietsache allein darf nicht auf eine stillschweigende Entlassung des Veräußerers geschlossen werden (BGE 82 II 530). Tatbestand kumulativer Schuldübernahme. Der Vermieter hat, falls er nicht vom Mieter ausdrücklich oder stillschweigend aus dem Vertrag entlassen wurde, für die Vertragsverletzungen des Erwerbers bis zu dem Zeitpunkt einzustehen, auf den er den Mietvertrag kündigen kann und es auch tatsächlich tut (BGE 82 II 525 ff. und 79 II 384 E. 1 und 2).

#### 4. Das Verhältnis Vermieter (Verkäufer) - Mieter

"Kauf bricht Miete" heisst natürlich nicht, dass der Vermieter durch den Verkauf der Mietsache das Mietverhältnis beenden könne. Er bleibt vielmehr in jedem Fall an den Vertrag gebunden; wenn er infolge Verkaufs nicht mehr erfüllen kann, so wird er schadenersatzpflichtig (so deklaratorisch OR 259/I i.f.).

#### 5. Ausschluss des Grundsatzes "Kauf bricht Miete" bei Fahrnis durch ZGB 924/III

Das mit der Parömie "Tauf bricht Miete" umschriebene Problem entsteht nur dann, wenn Eigentümer- und Vermieterstellung infolge eines Verkaufes der Mietsache auseinanderfallen. Erfolgt die Veräusserung während der eigentlichen Mietdauer, dh. nach Ueberlassung der Mietsache an den Mieter, ist m.E. der Mieter nicht gefährdet: ZGB 924/III schliesst einen Herausgabeanspruch des Erwerbers aus.

In der Literatur wird im Zusammenhang mit ZGB 924/III durchwegs die der obigen entgegengesetzte Auffassung vertreten und argumentiert, nur dingliche Rechtfertigungsgründe könnten dem durch Besitzanweisung ermächtigten Erwerber entgegengehalten werden (Stark, ZGB 924 N. 37; Wieland, Komm. (1909) ZGB 924 N. 3; Ostertag, ZGB 924 N. 12; Homberger, ZGB 924 N. 10). Die hier vertretene Lesart von ZGB 924 findet ihre Bestätigung jedoch in den Verhandlungen des Nationalrates (Sten. Bull. NR 15.11.1906, Rossi als Berichterstatter; "... l'art. 962 [heute 924] règle avec plus de netteté l'hypothèse du constitut possessoire, et il ajoute que le tiers, demeuré en possession en vertu d'un titre spécial, bail, commodat, etc., peut refuser la délivrance à l'acquéreur pour les motifs qui l'y auraient autorisé envers l'aliénateur."). Folglich ist ZGB 924/III so zu verstehen, dass der Mieter der Mietsache seinen obligatorischen Anspruch auf Benutzung derselben dem Erwerber entgegenhalten kann; dies trotz der zu allgemeinen Formulierung von OR 259/I, die wörtlich aOR 281/I entspricht, wobei bei Annahme eines Widerspruchs ZGB 924/III als neueres Recht vorginge. - Keinem Zweifel kann unterliegen, dass eine sachliche Würdigung der praktischen Auswirkungen für die hier vertretene Lesart spricht.

### **VI. Vertragsdauer und ordentliche Beendigung des Mietvertrages**

Vgl. auch OR/AT § 21

#### 1. Bei Verträgen mit vorausbestimmter fester Vertragsdauer

- a) Ist das Mietverhältnis auf eine bestimmte Dauer abgeschlossen worden, so endet es ohne weiteres mit Ablauf der vereinbarten Mietzeit.
- b) Wird das Mietverhältnis über den Endtermin hinaus stillschweigend fortgesetzt, so wird der Vertrag künftig wie ein solcher mit unbestimmter Dauer behandelt (OR 268; dazu die folgende Zif. 2). Vgl. auch die analoge Regelung im Arbeitsvertragsrecht (OR 335/II) und P. Gauch, "Stillschweigende Erneuerung" des Mietvertrages, in *Mélanges H. Deschenaux*, Fribourg 1977, p. 363-385.

#### 2. Bei Verträgen mit unbestimmter Vertragsdauer (Kündigungsregeln)

- a) Ist der Mietvertrag nicht zum vornherein auf eine bestimmte feste Dauer abgeschlossen worden (oder ist eine vereinbarte Minimal-Vertragsdauer abgelaufen), so kann jede der Parteien den Vertrag durch Kündigung beenden. Kündigung ist

einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft (vgl. OR/AT § 21/III/1; wird im Vertrag Fristwahrung durch Uebergabe an Post verabredet, soll nach SJZ 1978, S. 24/25, Empfangsbedürftigkeit entfallen); im übrigen ist Kündigung nur im Rahmen der im folgenden genannten Kündigungsbefugnisse möglich/wirksam. (Durch beidseitiges Einverständnis/Vertrag können die Parteien jede Miete in beliebiger Weise terminieren).

- b) Die Kündigungsmöglichkeit ist in folgenden drei Dimensionen zeitlich zu bestimmen:
- Kündigungsfrist: Mit welchen Fristen hat die Kündigung zu erfolgen (dh. wie lange vor Wirksamwerden muss die Erklärung beim Vertragspartner eintreffen)?
  - Kündigungstermin: Auf welche Daten kann die Kündigung erfolgen? (Zum Beispiel: jederzeit/auf jedes Monatsende/nur am 1. April und 1. Oktober).
  - Da oft feste Vertrags-Mindestdauer (i.S. von oben Zif. 1) auch bei Verträgen mit grundsätzlich unbestimmter Dauer vereinbart wird, kommt zu den oben genannten Fragen die weitere: auf welchen frühesten Termin kann gekündigt werden?
- c) Fristen und Termine richten sich primär nach Vertrag. Kunstgerechte Vertragsgestaltung enthält immer eine Bestimmung der Kündigungsmöglichkeiten in allen drei Punkten gemäss oben lit. b. Die Kündigungsfristen können m.E. auch für die Parteien verschieden festgesetzt werden, wenn dies durch entsprechende Interessenlage gerechtfertigt ist; jedenfalls Möglichkeit längerer Fristen für Kündigung des Vermieters an den Mieter (direkte Analogie zu OR 336/II Arbeitsvertrag nicht möglich, da unterschiedliche Ausgangslage).
- d) Gesetzliche Kündigungsfristen gemäss OR 267  
 Das OR stellt für den Fall, dass die Parteien die Kündigungsfristen nicht genügend bestimmt haben, Vorschriften auf (OR 267). Diese waren als dispositive Regeln gedacht. Durch BB vom 30. Juni 1972 über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (BMM; SR 221.213.1) werden jedoch diese Fristen zu gesetzlichen Minimalfristen, die zwar verlängert, nicht aber verkürzt werden können (Art. 12/I, betrifft jedoch nur Zif. 1 und 2 von OR 267).
- aa) unmöblierte Häuser, Wohnungen, Geschäftslokale usw.: 3 Monate
  - bb) möblierte Wohnungen, Zimmer usw.: 2 Wochen  
 analoge Anwendung auf Kündigung von Aufstellplätzen für Spielautomaten (BGE 110 II 476)
  - cc) bewegliche Sachen: 3 Tage
- e) Kündigungstermine
- aa) unmöblierte Häuser, Wohnungen, Geschäftslokale usw.  
 Weder bundesrechtliche noch kantonrechtliche Regelung, sondern in OR 267/II Zif. 1 Verweisung auf Ortsgebrauch (z.B. Stadt Zürich: 31. März und 30. September, vgl. ZR 70 Nr. 121; Stadt Bern: 30. April und 30. Oktober). Die Parteien sind auch heute noch in der vertraglichen Bestimmung der Termine völlig frei; Formularverträge enthalten meist eine Regelung.  
 Nur wenn weder Parteivereinbarung noch Ortsgebrauch, gilt gesetzlicher Termin "je Ende einer halbjährlichen Mietdauer" (dh. Kündigung auf das Kalenderdatum des Mietbeginns und zusätzlich das dazwischen liegende Datum).
  - bb) möblierte Wohnungen/Zimmer usw.  
 Termin je Montag des Mietantritts (OR 267/II Zif. 2: "Ende einer monatlichen Mietsdauer"). Bei einem zufälligen Mietbeginn irgendwann im Monat wird

es oft die unausgesprochene Meinung der Parteien sein, dass auf ortsübliche Termine bzw. Beginn/Ende Kalendermonat zu kündigen sei.

- cc) bewegliche Sachen  
Kündigungstermin jederzeit (OR 267/II Zif. 3)

f) Form der Kündigung

In Abwesenheit gesetzlicher Formvorschriften ist die Kündigung grundsätzlich formfrei, dh. auch mündlich, ev. sogar konkludent, gültig.

Die Formularverträge für Wohnungsmieten statuieren regelmässig Formvorschriften (Schriftlichkeit, ev. eingeschriebener Brief), welche vertragliche Formrequisiten echte Gültigkeitsvoraussetzungen darstellen (OR/AT § 11/VI/3). Seit 1. Oktober 1987 ist Schriftlichkeit nun auch nach gesetzlicher Vorschrift Gültigkeitserfordernis für Kündigungen von Wohn- und Geschäftsräumen (BMM 13, ursprünglich nur auf Mietverhältnisse in Gemeinden mit Wohnungsnot anwendbar, seit 1. Oktober 1987 auf ganze Schweiz ausgedehnt; zum BMM vgl. unten Zif. XI).

NOTA: Kündigung ist materiell voraussetzungslos; es besteht daher keine Pflicht zur Grundangabe.

g) Kündigung des Mieters: Erfordernis der Zustimmung von dessen Ehegatten (rev. ZGB 169)

Literatur:

R.Th. Ruoss, Der Einfluss des neuen Eherechts auf Mietverhältnisse an Wohnräumen, ZSR 1988, Bd. 107 1, S. 75-101; E. Bucher, Die Wohnung der Familie im neuen Recht (insbesondere zur Problematik des Zustimmungserfordernisses gemäss ZGB 169), in: Das neue Ehe- und Erbrecht des ZGB mit seiner Uebergangsordnung, Berner Tage für die juristische Praxis 1987

Botschaft über die Aenderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht), vom 11. Juli 1979, BB1 1979 II S. 119 ff., insb. S. 1263 ff.

Mit Wirkung ab 1.1.1988 statuiert neu ZGB 169 das Erfordernis der Zustimmung des Ehegatten zur Kündigung (wie auch zum Verkauf der Wohnung, Einräumung einer Untermiete). Es liegt nicht bloss eine an die Adresse der Eheleute gerichtete Vorschrift des "internen Eherechts" vor, vielmehr echte Gültigkeitsvoraussetzung.

Damit die Kündigung fristgerecht wirksam wird, muss nicht bloss die Zustimmung intern vorhanden sein, sondern deren Vorliegen dem Adressaten nachgewiesen werden (folgt aus allgemeinen Grundsätzen betr. einseitige Rechtsgeschäfte: Diese sind nicht nur bedingungsfeindlich, sondern dürfen keinerlei Zweifel an der Wirksamkeit der Erklärung lassen); mindestens im Falle der Vereinbarung der Schriftform für die Kündigung muss auch die Zustimmung schriftlich dokumentiert sein (durch Unterschrift auf dem Kündigungsschreiben oder mit separater Erklärung).

Unklar ist, ob der Vermieter eine nicht-zustimmungsbegleitete Kündigung "zurückweisen", dh. den Mieter auf den Mangel aufmerksam machen muss, was aber jedenfalls nur eine Mangelbehebung bei lange vor Fristablauf zugehender Kündigung erlauben würde.

KRITIK: Mit neu ZGB 169 hat der Gesetzgeber ohne hinreichenden Grund (Missbräuche haben bisher praktisch keine grosse Rolle gespielt) eine Komplizierung der Verhältnisse eingeführt, welche insbesondere für den Mieter das Risiko der Vereitelung beabsichtigter Kündigung schafft (der Ehepartner

kann wegen Krankheit, Auslandabwesenheit oder dgl. an der Erteilung schriftlicher Zustimmung gehindert sein, oder die Mieter haben einfach keine Kenntnis von dieser singulären Norm). Die Möglichkeit der "Anrufung des Richters" (neu ZGB 169/II) kann die Probleme keineswegs beseitigen.

Für alle Beteiligten empfiehlt es sich, zur Vermeidung der durch neu ZGB 169 geschaffenen Nachteile, bereits bei Vertragsschluss die Zustimmung des Ehepartners zu einer vom Mieter allenfalls auszusprechenden Kündigung festzuschreiben; vorausgehende Zustimmung ist einerseits ohne weiteres möglich, andererseits kann die Zustimmung bis zur tatsächlichen Aussprechung der Kündigung jederzeit widerrufen werden, sodass die Schutzanliegen gewahrt sind.

h) Kündigung seitens des Vermieters: Erklärung ist nicht nur an Vertragspartner/ Mieter, sondern auch an dessen Ehegatten zu richten (rev. OR 271a/I,II)

Separate Zustellung erforderlich für Erklärungen, die die Beendigung des Mietverhältnisses bezwecken (ord. Kündigung, aber auch sofortige Auflösung des Mietvertrages wegen Verletzung von Mieterpflichten u.ä., vgl. ZSR S. 95).

.Zweck: Der Ehegatte erhält die Möglichkeit und Befugnis, die Rechte des Mieters selbständig auszuüben, insb. wichtig für Mieterstreckung nach OR 276a ff.

## VII. Die ausserordentlichen Beendigungsgründe

### 1. Rücktritt wegen Vertragsverletzung

a) Rücktritt des Mieters (OR 254/II und III, 255/I)

Befindet sich die Mietsache in einem "Zustand, der den vertragsgemässen Gebrauch ausschliesst oder in erheblicher Weise schmälert", so kann der Mieter als letzte Massnahme vom Vertrag zurücktreten. Bestand der Mangel bereits bei Antritt der Miete, wird der Vertrag ex tunc, mit Wirkung von Anfang an, aufgelöst (sogar, wenn während der Nachfrist ein Bezug erfolgte). Bei während der Mietdauer auftretenden Mängeln wirkt der Rücktritt ex nunc (zur Mangelbehebung und Nachfristansetzung vgl. oben Zif. II/1b und 3).

b) Rücktritt des Vermieters (OR 261/II)

Zum Rücktritt nach OR 261/II (dh. ausserordentliche Vertragsauflösung mit Wirkung ex nunc) ist der Vermieter berechtigt, wenn der Mieter seine Sorgfalts- und Rücksichtnahmepflichten nach OR 261/I verletzt. Jeder Verstoss gegen vertragliche Absprachen betr. die Art der Nutzung der Mietsache stellt, falls von erheblicher Bedeutung, einen Grund ausserordentlicher Vertragsauflösung dar (so eine vertragswidrige Nutzung, z.B. in Missachtung eines Untermiet-Verbotes; oben Zif. III/2/c).

Ausserordentliche Auflösung setzt "Abmahnung" und deren "andauernde" Missachtung während einer bestimmten (je nach der Tragweite des Verstosses kürzer oder länger zu bemessenden) Frist voraus.

### 2. Auflösung bei Zahlungsverzug des Mieters (OR 265)

#### Literatur:

H. Giger, Der zahlungsunwillige Mieter, Zürich 1987

Ist der Mieter mit der Mietzinszahlung im Rückstand, so kann ihm der Vermieter eine Nachfrist ansetzen mit der Androhung, bei Nichtzahlung sei der Mietvertrag nach

Ablauf der Frist aufgelöst. Diese Androhung ist an keine bestimmte Form gebunden, sie kann jedoch in den Zahlungsbefehl aufgenommen werden (SchKG 282). Je nach Vertragsdauer beträgt die Nachfrist 6 oder 30 Tage (OR 265/I). Die Ausweisung (Exmission) des Mieters erfolgt nach kantonalem Recht. Seit BGE 103 II 249 E. 1 kann der Ausweisungsentscheid mit Berufung an das Bundesgericht angefochten werden.

### 3. Auflösung bei Konkurs des Mieters (OR 266)

Wird dem Vermieter nicht Sicherheit geleistet, so kann er beim Konkurs des Mieters den Mietvertrag auflösen.

### 4. Rücktritt (recte: Kündigung) aus wichtigen Gründen (OR 269)

OR 269/I räumt jedem Vertragspartner das Recht ein, einen Mietvertrag über eine unbewegliche Sache unter Einhaltung der gesetzlichen (OR 267) Fristen zu kündigen, wenn wichtige Gründe vorliegen, die ihm die Weiterführung unerträglich machen. Dieser Auflösungsgrund spielt nach dem Gesetzeswortlaut nur bei Mietverträgen mit bestimmter Dauer, wird nach Lehre und Rechtsprechung (ZBGR 29 1948 p. 190) jedoch auch auf Verträge mit unbestimmter Dauer angewendet, wenn die vertraglichen Kündigungsfristen länger sind als die gesetzlichen.

Zur Frage, wann ein wichtiger Grund vorliegt, vgl. BGE 60 II 209 (bejaht bei einer tiefgreifenden Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse; Miete des Restaurant "Börse" in Zürich).

Folgen dieser Kündigung: Grundsätzlich Ersatz des positiven Vertragsinteresses, wobei jedoch der wichtige Grund bei der Schadenersatzbemessung als Herabsetzungsgrund zu berücksichtigen ist (BGE 61 II 261). Bei für ein Jahr oder länger geschlossenen Mieten ist ein halber Jahreszins Minimum des Ersatzes (OR 269/II).

### 5. Untergang der Mietsache

Miete ist im Normalfall auf eine individualisierte, als einmalig gedachte Sache bezogen; selbst bei der an sich möglichen ursprünglich gattungsmässigen Bestimmung (vgl. oben Zif. I/3/b) konzentriert sich die Leistungspflicht des Vermieters auf die dem Mieter übergebene Mietsache. Bei Untergang der vermieteten Sache wird Unmöglichkeit der Erfüllung angenommen und Leistungspflicht des Vermieters erlischt (OR 119), da ihn grundsätzlich keinerlei über den Begriff des Unterhalts hinausgehende Pflichten der Instand- bzw. Wiederherstellung treffen (vgl. SJZ 1985, S. 215, ZR 84, Nr. 142: keine Wiederaufbaupflicht nach Brand); bei Verschulden des Vermieters Ersatzpflicht.

Ausnahmsweise kann ein Mietvertrag i.S. einer "Gattungsmiete" eine Gewährleistung der Nutzungsmöglichkeit implizieren (z.B. Vermietung einer bestimmten Ausstellungsfläche für die Dauer einer Ausstellung, eine bestimmte Kubatur Lagerraum, Mietauto), so dass der Vermieter zur Stellung eines Ersatzobjektes verpflichtet ist.

### 6. Tod des Mieters (OR 270)

Stirbt der Mieter bei auf ein Jahr oder länger abgeschlossenen Verträgen, so kann der Vermieter, wie auch die Erben des Mieters, nach den Regeln von OR 267 kündigen. Eine solche Vertragsauflösung zieht keine Entschädigungsansprüche nach sich. Demgegenüber ist der Tod des Vermieters ohne Einfluss; dessen Erben sind in vollem Umfang an den Vertrag gebunden.

## VIII. Erstreckung des Mietverhältnisses (OR 267a-f)

### Literatur:

Ch.A. Egger, Les justes motifs de la prolongation judiciaire du bail, Thèse Fribourg, Zürich 1984; R. Hunziker, Das Verfahren in Mietsachen gemäss Art. 267a-f des Obligationenrechts und gemäss Bundesbeschluss über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 30. Juni 1972, Diss. Zürich 1977; M. Moser, Die Erstreckung des Mietverhältnisses nach Art. 267a-f des Obligationenrechts, Diss. Freiburg, Zürich 1975

### 1. Einleitung

Die Art. 267a-f wurden 1970 durch das BG über die Aenderung des Obligationenrechts (Kündigungsbeschränkung im Mietrecht) ins OR eingefügt. Bis dahin waren notrechtliche Schutzmassnahmen in Kraft, die 1936 aus Anlass der Abwertung des Schweizer Frankens eingeführt worden waren. Sie stützten sich vorerst auf ausserordentliche Vollmachten des Bundesrates, später auf befristete Verfassungszusätze, deren letzte Befristung Ende 1969 ablief, worauf die genannte Aenderung des Obligationenrechts eingeführt wurde. Zur Ergänzung wurde eine sog. Missbrauchsgesetzgebung geschaffen, die sich auf den neuen BV 34septies stützte und 1972 in Kraft trat; näheres zum Miet-Sonderrecht (BMM) unten Zif. XI.

### 2. Geltungsbereich

Erstreckt werden können nur Mietverhältnisse für Wohn- und Geschäftsräume (OR 267a/I); ausgeschlossen sind Mobilien, aber auch Abstellplätze und separat vermietete Garagen (BGE 110 II 51). Erstreckung für Untermiete im Verhältnis zum Untervermieter ist möglich (OR 267/d/I).

### 3. Voraussetzungen

#### a) Gültige Kündigung des Vermieters

Der Mieter kann Mieterstreckung durch die zuständige richterliche Behörde nur verlangen, wenn der Vermieter gekündigt hat, nicht aber, wenn er selber gekündigt hat und aus irgendeinem Grund länger in der Wohnung bleiben möchte (aus OR 267a/III; Schmid OR 267a N.8).

Die Kündigung muss gültig sein und kann entweder eine ordentliche Kündigung nach OR 267 oder eine ausserordentliche nach OR 270 oder OR 259 darstellen, was bedeutet, dass auch gegenüber der Kündigung des Erwerbers einer Mietliegenschaft, der den Mietvertrag nicht übernommen hat, Erstreckung verlangt werden kann.

#### b) "nicht zu rechtfertigende Härte"

Um Mieterstreckung zu erlangen, muss die Kündigung für den Mieter eine Härte zur Folge haben, die sich auch unter Würdigung der Interessen des Vermieters nicht rechtfertigen lassen (OR 267a/I).

### 4. Wirkung

Durch Mieterstreckung bleibt die Kündigung gültig, jedoch wird das Mietverhältnis durch richterlichen Entscheid über den Kündigungstermin hinaus auf begrenzte Zeit erstreckt: bei Wohnräumen um höchstens 1 Jahr, bei Geschäftsräumen um höchstens 2 Jahre (OR 267a/I). Nach Ablauf dieser Frist besteht Möglichkeit einer nochmaligen Erstreckung (höchstens weitere 2 bzw. 3 Jahre, OR 267a/II).

### 5. Unzulässigkeit der Erstreckung (OR 267c)

Ausgeschlossen ist die Erstreckung u.a. bei Vertragsverletzung des Mieters (OR 267c lit. a) und bei Eigenbedarf des Vermieters (OR 267c lit. c).

## **IX. Die Rückgabe der Mietsache bei Beendigung des Mietverhältnisses (OR 271)**

1. Am Ende des Mietverhältnisses muss der Mieter den Mietgegenstand dem Vermieter zurückgeben (OR 271/I; Gegenstück zu OR 254/I, oben Zif. II/1). Er haftet für den Bestand der Sache; wenn er sie nicht oder bloss beschädigt zurückgeben kann, haftet er unter Vorbehalt der Exkulpation (OR 97).
2. Die normale Abnutzung geht zulasten des Vermieters (OR 271/II), eine weitergehende Abnutzung zulasten des Mieters.
3. OR 271/III stellt die für den Mieter gefährliche Vermutung auf, das Mietobjekt in gutem Zustand (dh. mängelfrei) erhalten zu haben, woraus folgt, dass bei Rückgabe vorhandene Mängel als von ihm verursacht gelten. Daher Notwendigkeit, die bei Antritt angetroffenen Mängel in einem vom Vermieter anerkannten Uebnahmeprotokoll festzuhalten; ev. hilft auch einseitige, in tunlicher Frist abzugebende Erklärung, die Mängel festhält, um Vermutung von OR 271/III zu zerstören; die ortsgebräuchlichen oder vertraglich festgelegten Rügefristen sind sehr unterschiedlich (Basler Mietvertrag "innert Monatsfrist", Neuenburg 2 Tage).

## **X. Mietrechtsrevision**

### 1. Stand der Revision

Am 7.12.1986 haben Volk und Stände dem neuen Verfassungsartikel 34<sup>septies</sup> zugestimmt, welcher dem Bund die Kompetenz einräumt, Vorschriften gegen Missbräuche im Mietwesen zu erlassen. Bereits am 27.3.85 hat der Bundesrat eine Revisionsvorlage (BB1 85.015), welche eine Aenderung des 8. Titels OR sowie die Schaffung eines BG über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (anstelle des bisherigen BMM) vorsieht, zuhanden des Parlaments verabschiedet.

Inzwischen wurde die Vorlage im Ständerat als Erstrat behandelt und am 8.6.1988 verabschiedet. Eine definitive Verabschiedung wird nicht vor Frühling 1989 zu erwarten sein.

### 2. Die einzelnen Revisionspunkte

Nach Behandlung im Ständerat sehen die wichtigsten Revisionspunkte wie folgt aus:

- BMM: der bisherige BMM soll nach Meinung des Ständerates direkt in den 8. Titel des OR integriert werden (Entwurf sah dafür ein eigenes Bundesgesetz vor: BGMM).
- Antritt der Miete: Der neue Mieter hat Anrecht auf Einsicht ins Rückgabeprotokoll des Vorgängers sowie auf Bekanntgabe des früheren Mietzinses.
- Sicherheit: Die vom Mieter zu leistende Sicherheit darf drei Monatsmietzinse nicht übersteigen und muss auf einem Sparkonto angelegt werden.

- Vorzeitige Auflösung: Nach Ablauf der 30-tägigen Zahlungsfrist zur Begleichung ausstehender Mietzinse (bisher OR 265) muss neu eine zusätzliche Kündigungsfrist von 30 Tagen gewährt werden. Gleiches gilt für die Auflösung des Mietverhältnisses infolge Verletzung der Sorgfaltspflicht durch den Mieter.
- Hinterlegung des Mietzinses: Als Druckmittel zur raschen Mangelbehebung wird dem Mieter das Recht eingeräumt, beim Auftreten von Mängeln an der Mietsache den Mietzins bei einer kantonalen Stelle zu hinterlegen, womit der Mietzins als bezahlt gilt und keine Verzugswirkungen eintreten.
- "Kauf bricht Miete nicht": Das Mietverhältnis geht von Gesetzes wegen auf den neuen Eigentümer über, wobei diesem im Falle von längerfristigen Verträgen ein Kündigungsrecht auf den nächsten gesetzlichen Termin zusteht.
- "Abtretung" des Mietverhältnisses nur noch bei Geschäftsräumen möglich: Mit schriftlicher Zustimmung des Vermieters, die dieser nur aus wichtigem Grund verweigern darf, kann bei Geschäftsräumen das Mietverhältnis auf einen Dritten übertragen werden.
- Vorzeitige Rückgabe der Sache: Ausser Termin kann der Mieter sich aus dem Vertrag lösen, wenn er einen zahlungsfähigen und zumutbaren Ersatzmieter stellt, was der heutigen Gerichtspraxis entspricht.
- Mangel der Sache bei Rückgabe: die Vermutung des Empfanges der Sache in gutem Zustand (bisher OR 271/III) fällt weg.
- Anfechtung des Anfangsmietzinses: Es kann der Anfangsmietzins innert 30 Tagen nach Uebergabe der Sache wegen Missbräuchlichkeit angefochten werden, wenn sich der Mieter bei Vertragsabschluss in einer Notlage befand oder neu, wenn der Vermieter den Mietzins gegenüber dem früheren Mietverhältnis erheblich erhöht hat (Voraussetzung der Notlage war im Entwurf fallengelassen, im Ständerat wieder hinzugenommen und durch diejenige der erheblichen Mietzinserhöhung ergänzt worden).
- Anfechtbarkeit der Kündigung: Eine Kündigung ist anfechtbar, wenn sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Generalklausel analog dem UWG) verstösst. Eine Begründungspflicht für Kündigungen besteht aber nicht.
- Kündigung auf Formular: Wohn- und Geschäftsräume können durch den Vermieter nur noch mit amtlichem Formular, welches über die Mieterrechte Aufschluss gibt, gekündigt werden.
- Erstreckung: Ein Mietverhältnis für Wohnräume kann neu um höchstens vier, für Geschäftsräume um sechs Jahre erstreckt werden, wobei im Rahmen dieser Höchstdauer eine oder zwei Erstreckungen gewährt werden können.
- Schlichtungsbehörden: Die Kantone haben Schlichtungsbehörden einzurichten, welche die Parteien beraten, zu einigen versuchen und auch erste Entscheide fällen sollen.
- Retentionsrecht des Vermieters: Der Vermieter von Geschäftsräumen hat für einen verfallenen und den laufenden Halbjahreszins ein Retentionsrecht an den beweglichen Sachen, die sich in den vermieteten Räumen befinden und zu deren Einrichtung oder Benutzung gehören. (Im Entwurf fallengelassen, ist das RR vom Ständerat beschränkt auf Vermietung von Geschäftsräumen wieder aufgenommen worden.)

## XI. "Missbrauchsgesetzgebung"

### Literatur:

J.F. Egli, Aperçu de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral en application de l'AF sur les mesures contre les abus dans le secteur locatif, in: ZBJV 1988, S. 5269; Th. Egli, Kündigungsbeschränkungen im Mietrecht, Zürich: Schweizerischer Hauseigentümerverband, 1986; R. Gmür/W. Caviezel, Mietrecht - Mieterschutz, Leitfaden für die Praxis, Zürich, Schweizerischer Mieterverband, 1979; Gmür/Prerost/Trümpy, Mietrecht für die Praxis, hg. vom Schweizerischen Mieterverband, Basel 1986; H. Hauri, Der missbräuchliche Mietzins, Zürich 1979; B.L. Meyer, Mietrecht im Alltag, 2. A., Zürich, Verlag Mieterverband, 1980; W. Raissig/U. Schwander, Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen, hg. vom Schweizerischen Hauseigentümerverband, 4. A., Zürich 1984

### 1. Gesetzliche Grundlagen

BB vom 30. Juni 1972 über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (BMM, SR 221.213.1); ursprünglich befristet bis 31.12.82, ein erstes Mal verlängert bis 31.12.87, ein zweites Mal verlängert bis zum Inkrafttreten eines ihn ersetzenden Bundesgesetzes, längstens aber bis zum 31.12.92.

V vom 10. Juli 1972 über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (SR 221.213.11)

### 2. Allgemeines

Der BMM bezweckt, den Mieter vor "missbräuchlichen Mietzinsen und anderen missbräuchlichen Forderungen der Vermieter zu schützen" (BMM 1). Ursprünglich war der Geltungsbereich eingeschränkt auf (vom Bundesrat bezeichnete) Gemeinden mit "Wohnungsnot" (BMM 2/I). Seit der zweiten Verlängerung längstens bis zum 31.12.92 gilt der BMM nun in der ganzen Schweiz.

Unterstellt sind "Mietverhältnisse über die entgeltliche Ueberlassung von Wohn- und Geschäftsräumen zum Gebrauch" (VMM 1). Auf nichtlandwirtschaftliche Pacht- und "andere Vertragsverhältnisse, deren wesentlicher Inhalt in der entgeltlichen Ueberlassung von Wohn- und Geschäftsräumen besteht" werden die Massnahmen sinngemäss angewendet (BMM 2/III).

### 3. Massnahmen

Als wichtigste Massnahmen seien erwähnt:

- BMM 5 erklärt einzelne Artikel des Mietrechts (OR 254/I und II, 255, 256/II, 257/II, 258, 271/II) für relativ zwingendes Recht, dh. "sie dürfen weder vertraglich wegbedungen noch zuungunsten des Mieters abgeändert werden".
- Nach BMM 13 müssen Kündigungen schriftlich erfolgen.
- Mietzinserhöhungen sind dem Mieter mindestens 10 Tage vor Beginn der Kündigungsfrist mit einem vom Kanton genehmigten Formular mitzuteilen (BMM 18), andernfalls sie absolut nichtig sind. Nichtigkeit kann vom Mieter jederzeit geltend gemacht werden, auch nach Bezahlung der erhöhten Miete (Praxis 1988, Nr. 171).
- BMM 17, 18/II und 19 räumen dem Mieter das Recht ein, missbräuchliche Mietzinse bzw. Mietzinserhöhungen bei einer Schlichtungsstelle anzufechten. Zur Frage, wann eine Mietzins missbräuchlich sei, vgl. BMM 14/15, BGE 112 II 149 ff.

NOTA: Nach BMM 17 ist auch der vertraglich vereinbarte Mietzins sofort nach Vertragsschluss anfechtbar, sofern sich der Mieter "wegen einer Notlage zum Vertragsabschluss gezwungen sah". Nach BGer liegt eine solche vor, wenn ein Mieter in einer Stadt mit extremem Wohnungsmangel (in casu: Genf) eine Wohnung sucht (Sem. jud. 1988, no 23, p. 369 ff.; vgl. weiterhin a.a.O. p. 513 ff.).

- Während der Dauer des Schlichtungsverfahrens sowie in den folgenden zwei Jahren ist eine Kündigung durch den Vermieter nichtig, sofern eine Einigung zustande kam oder der Vermieter unterlegen war (BMM 24 und 28/III). Das zweijährige Kündigungsverbot von BMM 28/III bezieht sich nur auf die Folgen eines Verfahrens vor der Schlichtungsstelle oder vor dem Richter, nicht aber auf aussergerichtlichen Vergleich oder Verzicht des Vermieters (BGE 113 II 70). Ausserdem muss der Streit die Frage betroffen haben, ob ein Missbrauch im Sinne des BMM vorliege (BGE 109 II 153). Die Schutzfrist gilt auch gegenüber dem Erwerber der Mietliegenschaft (BGE 110 II 309).

#### 4. Entwurf zu einem Bundesgesetz über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen, BGMM

Botschaft vom 27. März 1985 zum Bundesgesetz über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (BB1. 1985 I S. 1479 ff. und 1526 ff.)

Die Botschaft zum BGMM, das die Massnahmen des Missbrauchsbeschlusses ins ordentliche Recht überführen soll, erschien zusammen mit der Botschaft für eine Revision des Miet- und Pachtrechts (vgl. oben X). Die beiden Vorlagen wurden bisher vom Ständerat als Erstrat behandelt und am 8.6.88 verabschiedet. Als wichtigste Aenderung ist die Missbrauchsgesetzgebung direkt in den 8. Titel des OR aufgenommen worden, stellt somit kein Sonderrecht mehr dar. Weitere Neuerungen sind:

- Auch der Mieter von Geschäftsräumen erhält das Recht zur Anfechtung missbräuchlicher Mietzinse (BGMM 13-15).
- Die Frist von 30 Tagen für Anfechtung des Anfangsmietzinses läuft ab Uebergabe der Mietsache (BGMM 13; nach BMM ab Vertragsschluss).
- Der Anfangsmietzins kann auch angefochten werden, wenn er gegenüber dem früheren Mietverhältnis erheblich erhöht worden ist (nach BMM nur, wenn sich der Mieter bei Vertragsabschluss in einer Notlage befunden hat (BMM 17); im Entwurf wurde diese Voraussetzung fallengelassen, im Ständerat wieder hinzugenommen und durch oben erwähnte Voraussetzung ergänzt).
- Im Anfechtungsverfahren bestimmt nicht mehr der Richter, von welchem Zeitpunkt an die Forderungen zulässig sind. Diese Frage wird jetzt durch das Gesetz geregelt: Herabsetzung des Anfangsmietzinses gilt ab Mietbeginn; Aenderung des Mietzinses während der Mietdauer gilt ab nächstmöglichem Kündigungstermin (BGMM 14).
- Sicherheiten in Geld, die der Mieter zu leisten hat, müssen vom Vermieter auf einem Sparkonto, das auf den Namen des Mieters lautet, angelegt werden (BGMM 6/I). Der Mieter kann die Sicherheitsleistung nach Ablauf eines Jahres seit

Beendigung des Mietverhältnisses direkt von der Bank herausverlangen, wenn der Vermieter bis dahin keinen Anspruch gegen ihn rechtlich geltend gemacht hat (BGMM 6/III).

Für Wohnräume dürfen als Sicherheit höchstens drei Monatszinse verlangt werden; für Geschäftsräume bestehen keine Schranken (BGMM 6/II).

- Indexierte Mietzinse: als zugrundeliegender Index ist nur der Landesindex der Konsumentenpreise zulässig (BGMM 8).

