

#### [845] Ausserordentliche Kündigung der Wohnungs- und Geschäftsmiete wegen vertragswidrigen Verhaltens des Mieters

Ungeschriebene Kündigungstatbestände und Rechtsfolgen einer  
ausserordentlichen Kündigung

Alfred Koller, Dr. iur., Professor an der Universität St. Gallen\*

#### ▪ Résumé

*La loi traite de la résiliation extraordinaire des baux d'habitations et de locaux commerciaux suite à un comportement contraire au contrat du locataire aux art. 257d et 257f CO . Ces deux dispositions ne règlent cependant pas le problème de manière exhaustive. L'auteur examine dans la première partie de son exposé la question des cas de résiliation qui ne sont pas réglés (application de l' art. 266g CO ou création de droit jurisprudentiel en application de l' art. 1 al. 2 CC ?). Dans la deuxième partie, l'auteur aborde les conséquences juridiques d'une résiliation extraordinaire, dans un premier temps en cas de résiliation légale et ensuite en cas de résiliation illégale (le bailleur a par exemple résilié le bail en vertu de l' art. 257d CO sans que les conditions de cette disposition soient réunies ou il l'a résilié en violant l'obligation d'utiliser la formule officielle selon l' art. 266l al. 2 CO ). Il aborde notamment la question controversée dans la doctrine et la jurisprudence de savoir si un congé inefficace peut être converti (ou réinterprété) en un congé valable (voir récemment ATF 135 III 441 ).*

(trad. LT LAWANK, Berne)

#### ▪ INHALTSÜBERSICHT

I. Ungeschriebene Kündigungstatbestände: Problem und Lösungsansatz

II. Ungeschriebene Kündigungstatbestände: Ausgewählte neuere Bundesgerichtspraxis

1. Kündigung wegen vertragswidrigen Gebrauchs der Mietsache ( BGE 132 III 109 )
2. Kündigung wegen unzulässiger Untermiete ( BGE 134 III 300 und 134 III 446 )
3. Kündigung wegen Verletzung der Duldungspflicht i.S.v. Art. 257f OR (BGE 4C.306/2003)

### III. Die Rechtslage im Falle einer ausserordentlichen Kündigung

#### 1. Rechtslage im Falle einer rechtmässigen Kündigung

#### 2. Rechtslage im Falle einer unrechtmässigen Kündigung

Vertragswidriges Verhalten des Mieters kann den Vermieter unter bestimmten Voraussetzungen zur vorzeitigen Kündigung, also zur Vertragsauflösung ex nunc, in seltenen Fällen auch zum Rücktritt, also zur Vertragsauflösung ex tunc, berechtigen. Ein Rücktritt kommt, von Ausnahmen abgesehen, nur vor Mietantritt in Betracht<sup>1</sup>. Dass sich aber ein Mieter schon vor Mietantritt vertragswidrig verhält, ist ein praktisch unbedeutender Fall, der im Folgenden ausser Betracht bleibt. Nachstehend interessiert also nur die ausserordentliche *Kündigung* des Mietvertrags, und es interessiert nur die Kündigung wegen vertragswidrigen Verhaltens des Mieters *nach Mietantritt*. Damit befassen sich die Art. 257d und 257f OR. Freilich regeln sie die Thematik längst nicht umfassend. Die Frage, wie sich die Rechtslage in nicht geregelten Fällen präsentiert, bildet den Hauptgegenstand des vorliegenden Beitrags. Daneben interessieren die *Rechtsfolgen* einer ausserordentlichen Kündigung. Hingegen soll es nicht darum gehen, die erwähnten beiden Bestimmungen eingehend darzustellen.

#### I. Ungeschriebene Kündigungstatbestände: Problem und Lösungsansatz

1. Wer sich mit der im Titel genannten Thematik befasst, hat von der lex scripta auszugehen, also von den gesetzlichen Bestimmungen, welche vertragswidriges Verhalten des Mieters – unter bestimmten Voraussetzungen – mit einem Kündigungsrecht des Vermieters sanktionieren. Das sind – wie bereits gesagt – die [Art. 257d OR](#) und [Art. 257f OR](#).

a) [Art. 257d OR](#) betrifft den Fall, dass der Mieter nach Mietantritt mit der Zahlung von Zinsen oder Nebenkosten in Rückstand gerät. Er sieht vor, dass der Vermieter dem Mieter schriftlich eine Zahlungsfrist von mindestens 30 Tagen setzen kann, mit der Androhung, dass bei unbenützttem Ablauf der Frist das Mietverhältnis gekündigt werde. Bleibt die fristgemässe Zahlung aus, kann der Vermieter mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen<sup>2</sup>.

[846] b) [Art. 257f OR](#) betrifft den Fall, dass der Mieter die Mietsache unsorgfältig gebraucht oder die nötige Rücksichtnahme auf Hausbewohner oder Nachbarn vermissen lässt<sup>3</sup>. Er sieht vor, dass der Vermieter den Mieter schriftlich abmahnen und ihm mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen kann, falls sich der Mieter trotz der Abmahnung weiterhin vertragswidrig verhält und dem Vermieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht mehr zuzumuten ist.

Dieses zweite Erfordernis, dass nämlich dem Vermieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht mehr zumutbar ist, findet sich beim Tatbestand von [Art. 257d OR](#) nicht. Wenn also der Mieter mit der Zahlung von Mietzinsen in Rückstand gerät und eine ihm gemäss [Art. 257d Abs. 1 OR](#) gesetzte Nachfrist ungenutzt verstreichen lässt, so darf der Vermieter kündigen, ohne dass noch speziell zu prüfen wäre, ob ihm die Fortsetzung des Mietverhältnisses weiter zugemutet werden kann. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass mit Ablauf der Nachfrist Unzumutbarkeit ohne Weiteres gegeben ist. Die Unzumutbarkeit wird vom Gesetz fingiert.

2. Die Frage, nach welchen Regeln *vertragswidriges Verhalten* des Mieters zu beurteilen ist, das *keine spezielle Kündigungsregelung erfahren hat*, wird in Lehre und Rechtsprechung unterschiedlich beantwortet. Zwei Auffassungen stehen sich gegenüber:

Nach der einen Auffassung kommt *Art. 266g OR* zum Zuge, also die allgemeine Bestimmung über die vorzeitige Beendigung des Mietvertrags<sup>4</sup>. *Art. 266g OR* bestimmt:

<sup>1</sup> Aus wichtigen Gründen, welche die Vertragserfüllung für sie unzumutbar machen, können die Parteien das Mietverhältnis mit der gesetzlichen Frist auf einen beliebigen Zeitpunkt kündigen.

<sup>2</sup> Der Richter bestimmt die vermögensrechtlichen Folgen der vorzeitigen Kündigung unter Würdigung aller Umstände.

*Art. 266g OR* erfasst nach seinem Wortlaut beliebige Gründe, welche die Fortsetzung des Mietverhältnisses unzumutbar machen. Vertragswidriges Verhalten der Parteien ist nicht ausgeschlossen.

Trotzdem gehen einzelne davon aus, dass *Art. 266g OR* auf vertragswidriges Verhalten des Mieters – entgegen dem Gesetzeswortlaut – nicht zur Anwendung kommt<sup>5</sup>. Stattdessen hat der Richter nach dieser zweiten Auffassung dort, wo eine gesetzliche Sonderregel fehlt, *modo legislatoris* solche Sonderregeln zu schaffen (*Art. 1 Abs. 2 ZGB*)<sup>6</sup>. In Frage kommt insoweit eine (einzel-)analoge Anwendung von Bestimmungen, welche vertragswidriges Verhalten des Mieters regeln, insbesondere also von *Art. 257d* oder *257f OR*, dann aber auch die Schaffung eigenständiger Regeln, freilich soweit möglich in Anlehnung an bestehendes Recht und unter Heranziehung der im Gesetz zum Ausdruck kommenden Wertungen.

Die zweite Auffassung beruht auf der Vorstellung, dass das Gesetz das vertragswidrige Verhalten des Mieters nicht umfassend regelt, also lückenhaft ist. Demgegenüber nimmt die erste Auffassung an, dass solche Lücken nicht bestehen, weil bei Fehlen einer gesetzlichen Regel *Art. 266g OR* zum Zuge kommt.

3. Welche Auffassung verdient den Vorzug? Das *Bundesgericht* hat sich in BGE *4C.255/2004* vom 17. November 2004 – unter Berufung auf *HIGI*<sup>7</sup> – für die Anwendung von *Art. 266g OR* ausgesprochen<sup>8</sup>. Die massgebliche Passage lautet wie folgt (E. 5.3):

"Für den Vermieter kann die Fortführung des Mietvertrages unzumutbar werden, wenn der Mieter seine vertraglichen Pflichten nicht einhält. Das Gesetz sieht insoweit Spezialregelungen vor. So bestimmt *Art. 257d OR* die Kündigungsmöglichkeit, wenn der Mieter mit der Zahlung der Mietzinse und Nebenkosten in Rückstand ist. *Art. 257f OR* betrifft die Verletzung der Pflicht zum sorgfältigen Gebrauch der Mietsache und der Rücksichtnahme auf Hausbewohner und Nachbarn. *Bei anderen Vertragsverletzungen durch den Mieter ist die Kündigungsmöglichkeit dagegen nach Art. 266g Abs. 1 OR zu beurteilen.*"<sup>9</sup>

M.E. passt *Art. 266g OR* für Vertragsverletzungstatbestände nicht, vorab wegen der darin vorgesehenen Rechtsfolgeordnung. *Art. 266g OR* bestimmt, wie gesehen, dass der Richter über die vermögensrechtlichen Folgen der vorzeitigen Kündigung unter Würdigung aller Umstände zu bestimmen hat. Er hat also einen Ermessensentscheid zu fällen. Das jedoch ist den hier interessierenden Kündigungstatbeständen nicht angemessen. Hat nämlich eine Vertragspartei durch vertragswidriges Verhalten die Kündigung provoziert, so ist die angemessene Rechtsfolge von

Rechts wegen die, dass der Kündigungsgegner für Ersatz des positiven Vertragsinteresses [847] haftet. So verhält es sich dort, wo der Gesetzgeber vertragswidriges Verhalten des Mieters als Kündigungsgrund geregelt hat, also bei den Tatbeständen von Art. 257d und 257f OR (s. hinten III. /1./Ziff. 2/a), gleich muss es sich generell verhalten, wo vertragswidriges Verhalten einen Kündigungsgrund abgibt. Für diese Ansicht spricht auch die Tatsache, dass der Gesetzgeber im Arbeitsvertragsrecht die hier für das Mietrecht propagierte Auffassung ausdrücklich festgehalten hat, nämlich in Art. 337b OR. Hier ist für den Fall, dass der Arbeitsvertrag vorzeitig beendet wird, Folgendes vorgesehen:

<sup>1</sup> Liegt der wichtige Grund zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses im vertragswidrigen Verhalten einer Vertragspartei, so hat diese vollen Schadenersatz zu leisten, unter Berücksichtigung aller aus dem Arbeitsverhältnis entstehenden Forderungen.

<sup>2</sup> In den andern Fällen bestimmt der Richter die vermögensrechtlichen Folgen der fristlosen Auflösung unter Würdigung aller Umstände nach seinem Ermessen.

Der Richter hat also über die vermögensrechtlichen Folgen einer vorzeitigen (fristlosen) Kündigung eines Arbeitsvertrages nur dort nach seinem Ermessen zu bestimmen, wo der Vertrag aus anderen Gründen als vertragswidrigem Verhalten einer Partei vorzeitig aufgelöst wurde. Wurde er wegen vertragswidrigen Verhaltens aufgelöst, so ist der kündigenden Partei ohne Weiteres Schadenersatz, gemeint ist: Ersatz des positiven Vertragsinteresses, zuzusprechen.

Für die Nichtanwendung von Art. 266g OR auf vertragswidriges Verhalten des Mieters spricht noch ein zweiter, die Kündigungsmodalitäten betreffender Grund: Soweit Art. 266g OR Anwendung findet, kann die zur Kündigung berechtigte Partei den Vertrag zwar auf einen beliebigen Zeitpunkt kündigen, sie muss jedoch immer die gesetzliche Kündigungsfrist wahren. Bei der Wohnungsmiete muss sie also grundsätzlich drei Monate im Voraus kündigen (Art. 266c OR), bei der Geschäftsmiete gar sechs Monate (Art. 266d OR). Das widerspricht den Wertungen von Art. 257d und 257f OR. Nach diesen Bestimmungen kann zwar nur auf Ende eines Monats (nicht auf einen beliebigen Zeitpunkt) gekündigt werden, die Kündigungsfrist aber beträgt lediglich 30 Tage. Ausnahmsweise kann sogar fristlos gekündigt werden, nämlich dann, wenn der Mieter der Sache vorsätzlich schweren Schaden zufügt (Art. 257f Abs. 4 OR). Diese Kündigungsregelung hat der Gesetzgeber erlassen, weil jene von Art. 266g OR bei den in Art. 257d und 257f OR geregelten Vertragsverletzungstatbeständen nicht angemessen ist, einmal wegen der (zu) langen Kündigungsfristen, zum andern, weil eine fristlose Kündigung a priori ausgeschlossen ist. Hat man dies im Auge, so muss bei anderen Vertragsverletzungstatbeständen eine Ordnung in Analogie zu Art. 257d und 257f OR gesucht werden. Keinesfalls kann es richtig sein, unbesehen Art. 266g OR anzuwenden<sup>10</sup>.

4. Die *praktischen Unterschiede zwischen den beiden Auffassungen* sind freilich gering. Denn das Bundesgericht bringt Art. 266g OR oft nicht zur Anwendung, obwohl der in Frage stehende Kündigungstatbestand, folgt man den üblichen Auslegungsregeln, unter keine gesetzliche Kündigungsbestimmung subsumiert werden kann<sup>11</sup>. Insbesondere drängt es die Anwendung von Art. 266g OR dadurch zurück, dass es Art. 257f OR ausdehnend interpretiert und oft unmittelbar zur Anwendung bringt, wo er höchstens analog und damit als richterrechtliche Regel Anwendung finden könnte (vgl. BGE 4C.306/2003 vom 20. Februar 2004, 134 III 300 und 134 III 446). Gelegentlich wendet das Bundesgericht eine Sonderregel sogar unmittelbar an, obwohl es sie nur mit

Modifikationen zur Anwendung bringt (vgl. [BGE 132 III 109](#) und [123 III 124](#)). Der zuletzt erwähnte Entscheid sei nachstehend beispielshalber referiert (auf die anderen Entscheide wird unter II. eingegangen).

In [BGE 123 III 124](#) ging es um Folgendes: Z. vermietete der B. AG per 1. September 1994 die Liegenschaft X. in Luzern auf eine feste Dauer von 10 Jahren. Der Mietvertrag bestimmte in seinen Allgemeinen Bedingungen u.a.:

"Der Mieter gewährleistet, dass seitens der beteiligten Handwerker, Unternehmer und Lieferanten keine Bauhandwerkerpfandrechte angemeldet werden. Geschieht dies trotzdem, hat der Mieter dafür zu sorgen, dass diese Pfandrechte sofort auf seine Kosten im Grundbuch gelöscht werden."

Die Mieterin vermietete das Mietobjekt – mit Zustimmung der Vermieterin – am 21. Februar 1995 an Y. Dieser veranlasste Umbauarbeiten, welche die vorläufige Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten zur Folge hatten. Unter Berufung auf die erwähnte Vertragsklausel setzte die Vermieterin der Mieterin mit Schreiben vom 19. März 1996 eine Frist von 30 Tagen, um für die Löschung der Pfandrechte besorgt zu sein, und drohte ihr für den Unterlassungsfall die vorzeitige Kündigung des Mietvertrages an. Nachdem diese Frist ungenutzt verstrichen war, erneuerte die Vermieterin die Kündigungsandrohung für den Fall, dass die Pfandrechte bis zum 3. Mai 1996 nicht beseitigt sein sollten. Nach unbenütztem Ablauf dieser Frist kündigte die Vermieterin den Mietvertrag am 7. Mai 1996 auf den 30. Juni 1996, und zwar unter Berufung auf [Art. 257f Abs. 3 OR](#). Diese Bestimmung war offensichtlich nicht einschlägig, denn sie regelt die unsorgfältige Behandlung der Mietsache bzw. die ungenügende Rücksichtnahme auf Hausbewohner und Nachbarn. In casu ging es aber nicht um fehlende Sorgfalt oder Rücksichtnahme, sondern um einen Verzugstatbestand. Die Mieterin hatte ja die Pfandrechte pflichtwidrig nicht abgelöst. Schon eher war daher an die Anwendung von [Art. 257d OR](#) zu denken.

[848] Doch war auch diese Bestimmung nicht unmittelbar einschlägig. Denn sie betrifft den Verzug mit der Zahlung von Mietzinsen oder Nebenkosten, nicht aber den Verzug mit der Ablösung von Bauhandwerkerpfandrechten. Auch [Art. 107 Abs. 2 OR](#), der die Vertragsauflösung wegen Verzugs in allgemeiner Weise regelt, war nicht direkt anwendbar. Denn er betrifft den Verzug mit der Erbringung einer der Hauptleistungen, im Falle eines Mietvertrags also den Verzug mit der Überlassung der Mietsache zum Gebrauch bzw. den Verzug mit der Mietzinszahlung, aber wiederum nicht den Verzug mit der Ablösung von Bauhandwerkerpfandrechten. Es lag daher eine Gesetzeslücke vor. Angesichts dessen hätte es für das Bundesgericht nahe gelegen, [Art. 266g OR](#) anzuwenden. Stattdessen hat es [Art. 107 Abs. 2 OR](#) herangezogen, allerdings mit Modifikationen. Es nahm nämlich an, der Vermieter könne bei gegebenem Kündigungstatbestand den Mietvertrag – entgegen [Art. 107 Abs. 2 OR](#) – *nicht fristlos* kündigen, vielmehr habe er eine Kündigungsfrist zu wahren, "entweder die Frist von [Art. 257d Abs. 2 OR](#) (30 Tage) oder diejenige der Kündigung aus wichtigem Grund nach [Art. 266g Abs. 1 OR](#) (gesetzliche Frist)" ([BGE 123 III 124](#), 128). Ob das eine oder das andere sachgerecht sei, liess das Bundesgericht offen in der Meinung, es seien beide Fristen gewahrt<sup>12</sup>.

Letzten Endes hat also das Bundesgericht nicht einfach [Art. 107 Abs. 2 OR](#) zur Anwendung gebracht, sondern eine eigenständige Regel geschaffen, was sich dogmatisch nur über die Annahme einer Gesetzeslücke und deren Füllung gemäss [Art. 1 Abs. 2 ZGB](#) rechtfertigen lässt. Das entspricht dem hier vertretenen Begründungsansatz.

Wie in Fällen der vom Bundesgericht beurteilten Art die vorhandene Gesetzeslücke zu füllen ist, sei hier nicht im Einzelnen geprüft. Es sei lediglich auf zweierlei hingewiesen: *Erstens*: Die Zulässigkeit der Kündigung ist davon abhängig zu machen, dass dem Vermieter die Fortsetzung der Miete bis zum ordentlichen Vertragsende nicht zumutbar ist<sup>13</sup>. Der Umstand, dass **Art. 257d OR** das Unzumutbarkeitserfordernis nicht erwähnt, lässt keinen abweichenden Schluss zu. Denn der dort geregelte Verzug bezieht sich auf die Hauptleistung des Mieters (Zahlung der Mietzinse und Nebenkosten), während er sich im vorliegenden Kontext auf eine blosser Nebenleistung (Ablösung von Bauhandwerkerpfandrechten) bezieht. Aus analoger Überlegung ist auch nicht entscheidend, dass **Art. 107 OR** das Unzumutbarkeitserfordernis nicht erwähnt<sup>14</sup>. Wer auf das Unzumutbarkeitserfordernis verzichtet, nimmt in Kauf, dass wegen einer ganz geringfügigen Vertragsverletzung vorzeitig gekündigt werden kann (s. hinten II./1.). Das aber widerspricht den Wertungen des Gesetzgebers (vgl. **Art. 257f OR**). *Zweitens*: In der vom Bundesgericht offen gelassenen Frage, ob – bei gegebenen Kündigungsvoraussetzungen – die Kündigungsfrist in Analogie zu **Art. 257d OR** oder **Art. 266g OR** zu bestimmen ist, kann nur Ersteres richtig sein, denn die Frist von **Art. 266g OR** ist unangemessen lang (s. vorne I./Ziff. 3).

## II. Ungeschriebene Kündigungstatbestände: Ausgewählte neuere Bundesgerichtspraxis

Ich gehe nachstehend auf Tatbestände ein, in denen sich der Mieter vertragswidrig verhält, das vertragswidrige Verhalten jedoch weder unter **Art. 257f OR** noch unter **Art. 257d OR** subsumiert werden kann und daher nach der hier vertretenen Ansicht Richterrecht zu schaffen ist. Um nicht im Abstrakten stecken zu bleiben, ziehe ich Fälle heran, die dem Bundesgericht zur Entscheidung vorgelegen haben. Das Bundesgericht hat durchwegs **Art. 257f OR** unmittelbar herangezogen statt, wie hier befürwortet, modo legislatoris vorzugehen<sup>15</sup>.

### 1. Kündigung wegen vertragswidrigen Gebrauchs der Mietsache ( **BGE 132 III 109** )

In **BGE 132 III 109 = Pra 2007 Nr. 19** ging es um Folgendes<sup>16</sup>: Im Februar 2003 vermietete V. dem M., der sich als Berater im Informatikbereich ausgab, Räumlichkeiten in Genf zum Gebrauch als Büros. Der Vertrag war frühestens auf den 31. Mai 2006 kündbar. Nach Mietantritt stellte sich heraus, dass M. und dessen Gattin im Mietobjekt einen Salon für erotische Massagen betrieben. Der Vermieter mahnte den Mieter ab und kündigte ihm, da die Abmahnung nichts fruchtete, vorzeitig auf den 31. Mai 2003. Dabei berief er sich auf **Art. 257f Abs. 3 OR**. M. setzte sich gegen die Kündigung erfolglos zur Wehr, letztinstanzlich beim Bundesgericht. Dieses hat die Kündigung zwar auf **Art. 257f Abs. 3 OR** abgestützt, dabei aber festgestellt, bei einem vertragswidrigen Gebrauch der Mietsache – in casu Betrieb eines Massagesalons statt Nutzung als Büroräumlichkeit – müsse entgegen dem Gesetzeswortlaut nicht geprüft werden, ob dem Vermieter die Fortsetzung des Vertrags zumutbar [849] sei<sup>17</sup>. Vielmehr könne er ohne Weiteres kündigen, wenn der Mieter eine Abmahnung unbeachtet lasse<sup>18</sup>.

M.E. ist dem Entscheid zwar im Ergebnis, nicht aber in der Begründung zuzustimmen. Vorab ist im Anschluss an früher Gesagtes festzustellen, dass der vertragswidrige Gebrauch der Mietsache nur dann unmittelbar unter **Art. 257f OR** fällt, wenn er als unsorgfältiger Gebrauch aufzufassen ist. Das traf in casu nicht zu. **Art. 257f OR** fand daher keine unmittelbare Anwendung. Gegen eine analoge Anwendung – unter Annahme einer Gesetzeslücke – ist hingegen nichts einzuwenden. Wenn man die Bestimmung bloss analog anwendet, kann man auch daran denken, auf das in der Bestimmung

vorgesehene Unzumutbarkeitserfordernis zu verzichten, wogegen ein solcher Verzicht im Falle einer unmittelbaren Anwendung auf eine unzulässige Gesetzeskorrektur hinausläuft. M.E. ist allerdings das Unzumutbarkeitserfordernis auch im Rahmen bloss analoger Anwendung von **Art. 257f OR** beachtlich. Lehnt man das ab, so kann jede noch so geringfügige Vertragsverletzung zur ausserordentlichen Vertragsauflösung führen. Das aber widerspricht dem Sinn und Zweck von **Art. 257f OR**. Ein Beispiel soll dies illustrieren:

In einem Mietvertrag ist vorgesehen, dass Tierhaltung grundsätzlich nicht erlaubt ist. Eine Ausnahme gilt für kleinere Vögel, doch darf nur *ein* solches Tier gehalten werden. Der Mieter schafft sich einen Wellensittich an, und später noch einen zweiten, weil er hört, dass Wellensittiche lieber in Paaren als alleine leben. Als der Vermieter von diesem Vertragsbruch erfährt, fordert er den Mieter auf, einen der Wellensittiche innert bestimmter Frist zu entfernen, und kündigt ihm nach unbenutztem Ablauf der Frist unter Einhaltung der 30tägigen Kündigungsfrist von **Art. 257f OR**. In einem solchen Fall ist m.E. die Kündigung nicht rechtmässig, weil es dem Vermieter zumutbar ist, den Vertrag bis zum ordentlichen Kündigungstermin bzw. bis zum vertraglich festgelegten Mietende zu erfüllen<sup>19</sup>.

Im Ergebnis verdient freilich **BGE 132 III 109** – wie gesagt – Zustimmung, und zwar einfach deshalb, weil es dem Vermieter nicht zumutbar war, in den Mieträumlichkeiten einen Massagesalon zu dulden. Das Bundesgericht hielt die Unzumutbarkeit allerdings nicht für erstellt, da keinerlei "konkrete Beeinträchtigungen" für den Vermieter oder die übrigen Mieter erwiesen seien (E. 4). Mit "konkreten Beeinträchtigungen" meinte es offenbar materielle Immissionen wie beispielsweise Lärmbeeinträchtigungen. Indes kann auch die Beeinträchtigung rein immaterieller Interessen Unzumutbarkeit i.S.v. **Art. 257f OR** begründen. Unter diesem Aspekt war es nachvollziehbar, wenn es der Vermieter für unzumutbar hielt, einen Massagesalon zu dulden, möglicherweise nicht einmal wegen eigener moralischer Bedenken, sondern wegen moralischer Bedenken der anderen Mieter.

## 2. Kündigung wegen unzulässiger Untermiete ( **BGE 134 III 300** und **134 III 446** )

Mit der im Titel angesprochenen Thematik hatte sich das Bundesgericht in den letzten Jahren mehrfach zu befassen. Zwei Entscheide wurden amtlich publiziert: **BGE 134 III 300 = Pra 2008 Nr. 130** und **BGE 134 III 446 = Pra 2009 Nr. 21**<sup>20</sup>. In beiden Entscheiden hat das Bundesgericht die vorzeitige Kündigung des Vermieters wegen unzulässiger Untermiete geschützt, und zwar gestützt auf **Art. 257f Abs. 3 OR**. Es bedarf keiner langen Erörterung, dass nach der hier vertretenen Auffassung **Art. 257f Abs. 3 OR** in Fällen unzulässiger Untermiete jedenfalls keine unmittelbare Anwendung finden kann. In Betracht kommt höchstens eine analoge Anwendung. Richtiger dürfte es allerdings sein, als Analogiebasis nebst **Art. 257f OR** auch **Art. 257d OR** heranzuziehen und die vorhandene Gesetzeslücke durch eine eigenständige, auf den Wertungen dieser Bestimmungen beruhende Regel zu füllen. Diese dogmatische Frage sei hier nicht weiter vertieft, stattdessen sei der Frage nachgegangen, [850] unter welchen Voraussetzungen eine unzulässige Untermiete eine vorzeitige Vertragsauflösung rechtfertigt<sup>21</sup>. Zu diesem Zweck sei der Gesetzestext von **Art. 262 Abs. 1 und 2 OR**, wo die Voraussetzungen der Untermiete umschrieben sind, in Erinnerung gerufen:

<sup>1</sup> Der Mieter kann die Sache mit Zustimmung des Vermieters ganz oder teilweise untervermieten.

<sup>2</sup> Der Vermieter kann die Zustimmung nur verweigern, wenn:

a. der Mieter sich weigert, dem Vermieter die Bedingungen der Untermiete bekanntzugeben;

- b. die Bedingungen der Untermiete im Vergleich zu denjenigen des Hauptmietvertrags missbräuchlich sind;
- c. dem Vermieter aus der Untermiete wesentliche Nachteile entstehen.

Der Vermieter darf dem Mieter, der die Wohnung untervermietet hat, vorzeitig kündigen, wenn "die Bedingungen der Untermiete im Vergleich zu denjenigen des Hauptmietvertrags missbräuchlich sind" ([Art. 262 Abs. 2 lit. b OR](#)) oder wenn "dem Vermieter aus der Untermiete wesentliche Nachteile entstehen" ([Art. 262 Abs. 2 lit. c OR](#)) und der Mieter nicht bereit ist, umgehend für Abhilfe zu sorgen. Gegebenenfalls darf der Vermieter vorzeitig kündigen, ohne dass noch speziell zu prüfen wäre, ob ihm die Fortsetzung des Mietverhältnisses zumutbar ist oder nicht. Denn ist einer der erwähnten Tatbestände erfüllt, entstehen also dem Vermieter aus der Untermiete wesentliche Nachteile oder sind die Untermietbedingungen im Verhältnis zu den Obermietbedingungen missbräuchlich, so ist Unzumutbarkeit ohne Weiteres gegeben, falls der Mieter nicht bereit ist, Abhilfe zu schaffen ([BGE 134 III 300 E. 3.1](#)). Unter ganz besonderen Umständen mag die Kündigung allerdings rechtsmissbräuchlich sein ([Art. 271a OR](#); vgl. FN 24).

Vorzeitig kündigen kann der Vermieter dem Mieter ferner dann, wenn die Untermiete ohne seine Zustimmung erfolgt ist und der Mieter auf entsprechendes Begehren nicht bereit ist, die Untermietbedingungen bekannt zu geben. Diesfalls darf gleichsam fingiert werden, die Untermietbedingungen seien missbräuchlich bzw. die Untermiete füge dem Vermieter wesentliche Nachteile zu. Vorbehalten ist der Fall, dass der Vermieter die Untermietbedingungen sonstwie in Erfahrung gebracht hat. Diesfalls ist die Kündigung nur zulässig, wenn einer der vorne erwähnten Kündigungstatbestände gegeben ist, also beispielsweise die Untermietbedingungen im Verhältnis zu den Obermietbedingungen missbräuchlich sind.

M.E. waren die Voraussetzungen für eine ausserordentliche Kündigung in [BGE 134 III 300](#) unzweifelhaft gegeben, denn der Untermietzins machte ein Mehrfaches des Mietzinses aus. Hingegen ist aus meiner Sicht fraglich, ob in [BGE 134 III 446](#) die Zulässigkeit einer ausserordentlichen Kündigung zu Recht bejaht wurde:

In dieser Entscheidung ging es um Folgendes: Ab 1. April 1998 mietete Frau A. eine Dreizimmerwohnung in Genf. Der Vertrag sah eine Kündigungsfrist von drei Monaten vor, einziger Kündigungstermin war jeweils Ende März. A. bewohnte die Wohnung vorerst mit ihrem volljährigen Sohn. Nach einem Jahr zog sie aus. Der Sohn verblieb als Untermieter in der Wohnung, vorerst alleine, später – nach seiner Verheiratung – zusammen mit seiner Frau. Als es Ende 2004 zur Trennung der Ehe kam, überliess A. die Wohnung ihrer Noch-Schwiegertochter in Untermiete. Mit Schreiben vom 7. Oktober 2005 forderte der Vermieter A. auf, die untervermietete Wohnung selbst wieder zu beziehen, ansonsten der Mietvertrag aus wichtigen Gründen gekündigt werde. Da A. der Aufforderung keine Folge leistete, kündigte der Vermieter den Mietvertrag am 23. März 2006 vorzeitig auf den 31. Mai 2006. A. focht die Kündigung an. Bei der Schlichtungsbehörde hatte sie keinen Erfolg. Hingegen erklärte das Mietgericht des Kantons Genf die Kündigung für unwirksam. Das von der Vermieterin angerufene Bundesgericht stellte den erstinstanzlichen Entscheidung wieder her, und zwar mit der Begründung, der Mieter, der nicht mehr in das Mietobjekt zurückkehren wolle, missbrauche sein Recht zur Untermiete.



Mir scheint zweifelhaft, ob Frau A. wirklich rechtsmissbräuchlich handelte, indem sie die Wohnung untervermietete, ohne die Absicht, später in das Mietobjekt zurückzukehren<sup>22</sup>. Selbst wenn man aber den Rechtsmissbrauch bejaht, berechtigte dies m.E. den Vermieter nicht zur ausserordentlichen Kündigung. Denn es war ihm ohne Weiteres zumutbar, den Mietvertrag ordentlich (auf Ende März 2007) zu kündigen. Weshalb es ihm nicht zumutbar gewesen wäre, A. bzw. deren Noch-Schwiegertochter bis zum 1. April 2007 in der Wohnung zu belassen, ist nicht einzusehen und wird jedenfalls im Bundesgerichtsurteil mit keinem Wort dargelegt. Gestützt wird die hier vertretene Auffassung durch einen neusten Bundesgerichtsentscheid (BGE 4A\_265/2009 vom 5. August 2009 = mp 2009, 233 ff.). In diesem Entscheid ging es um einen Mieter, der die Mietwohnung seinen Eltern überlassen hatte und in eine ihm gehörende Stockwerkeigentumswohnung gezogen war. Er hatte keinerlei Absicht, diesen Zustand zu ändern. Trotzdem hat das Bundesgericht die ausserordentliche Kündigung des Vermieters nicht akzeptiert – zu Recht.

### 3. Kündigung wegen Verletzung der Duldungspflicht i.S.v. Art. 257f OR (BGE 4C.306/2003)

In BGE 4C.306/2003 (= MRA 2004, 177 ff.) ging es um Folgendes: Mit Vertrag vom 13. Oktober 1983 vermietete A. der X. SA ein Geschäft. Diese brachte an dem von ihr gemieteten Gebäudeteil eine Store aus Segeltuch an. Im Jahre 2001 plante [851] der Vermieter eine Fassadenrenovation, welche eine Demontage der Store erforderlich machte. Er gelangte daher an die Mieterin und verlangte von ihr die Entfernung der Store. Die X. SA weigerte sich jedoch, dem Begehren Folge zu leisten. Am 14. Mai 2001 ersuchte der Vermieter die Mieterin erneut um Demontage der Store. Dabei wies er die Mieterin ausdrücklich auf die in Art. 257h OR statuierte Pflicht, die Ausführung von Reparaturen durch den Vermieter zu dulden und die nötigen Vorbereitungsmaßnahmen zu treffen, hin. Da auch diese Aufforderung unbeachtet blieb, kündigte der Vermieter das Mietverhältnis am 30. Mai 2001 per 31. Juli 2001, unter Hinweis auf Art. 257f OR. Das Bundesgericht hat die Kündigung in Anwendung dieser Bestimmung bestätigt<sup>23</sup>.

M.E. war Art. 257f OR nicht anwendbar, jedenfalls nicht unmittelbar. Denn wer gegen Art. 257h OR verstösst, behandelt weder die Mietsache unsorgfältig noch lässt er es an der gebotenen Rücksicht auf Hausbewohner oder Nachbarn fehlen. Zudem ergibt sich aus der Gesetzessystematik, dass Art. 257h OR nicht unter Art. 257f OR fällt. Denn beide Bestimmungen stehen unter dem Titel "Pflichten des Mieters" und haben eine je eigenständige Regelung erfahren, sozusagen auf gleicher Ebene (vgl. die Marginalien, III. bzw. V.). M.E. liegt bei Verstössen gegen Art. 257h OR eine Gesetzeslücke vor. Diese hat der Richter nicht durch einzelanaloge Anwendung von Art. 257f OR zu füllen, sondern er hat eine eigenständige Regel zu schaffen in Anlehnung sowohl an Art. 257f OR als auch an Art. 257d OR. Beide Bestimmungen sollten herangezogen werden: Art. 257f OR, weil die Verhinderung von Renovationsarbeiten zu einer Beeinträchtigung des Mietobjekts führen kann, Art. 257d OR, weil der Mieter, der solche Arbeiten nicht zulässt, etwas nicht tut, was er tun sollte, also in Verzug ist, wenn auch nicht in Zahlungsverzug.

### III. Die Rechtslage im Falle einer ausserordentlichen Kündigung

Hinsichtlich der Rechtslage im Falle einer ausserordentlichen Kündigung kommt es entscheidend darauf an, ob die Kündigung rechtmässig erfolgt ist oder nicht. Ersteres trifft zu, wenn sie drei Anforderungen genügt: *Einmal* müssen alle einschlägigen Kündigungsvoraussetzungen

(beispielsweise jene von [Art. 257f OR](#)) erfüllt sein. *Zum zweiten* muss die Kündigung den formalen Erfordernissen von Art. 266l und 266n OR genügen, d.h. der Vermieter muss das in [Art. 266l Abs. 2 OR](#) vorgeschriebene Formular verwenden und er muss, falls es sich bei der vermieteten Wohnung um die Familienwohnung des Mieters handelt, diesem und dessen Ehegatten (bzw. der eingetragenen Partnerin/dem eingetragenen Partner) separat gekündigt haben. *Schliesslich* darf die Kündigung nicht rechtsmissbräuchlich erfolgt sein<sup>24</sup>.

## 1. Rechtslage im Falle einer rechtmässigen Kündigung

1. In verschiedener Hinsicht entsprechen die Rechtsfolgen einer ausserordentlichen Kündigung denjenigen einer *ordentlichen* Kündigung. Insbesondere fällt der Vertrag – *ex nunc* – dahin<sup>25</sup>. Demgemäss hat der Mieter keinen Anspruch auf Gebrauchsüberlassung mehr und muss die Sache zurückgeben ([Art. 267 OR](#)). Hinsichtlich allfälliger Erneuerungen und Änderungen, die der Mieter vorgenommen hat, kommt [Art. 260a OR](#) zum Tragen. Bleibt der Mieter über das Mietende hinaus in der gemieteten Wohnung, so besteht zwischen ihm und dem Vermieter ein sogenanntes faktisches Vertragsverhältnis, so jedenfalls nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>26</sup>. Der Vermieter hat daher weiterhin einen vertraglichen Mietzinsanspruch.

2. Die Rechtsfolgen einer ausserordentlichen Kündigung weichen aber von denjenigen einer ordentlichen Kündigung auch teilweise ab. Auf zwei Punkte sei hingewiesen:

a) Wie bereits in anderem Zusammenhang erwähnt, hat der Vermieter Anspruch auf *Ersatz des positiven Vertragsinteresses*, wenn er den Mietvertrag wegen schuldhaften vertragswidrigen Verhaltens des Mieters – zulässigerweise – vorzeitig kündigt. Das gilt sowohl im Anwendungsbereich von Art. 257d und 257f OR als auch dort, wo die Kündigung gestützt auf eine richterrechtliche (ungeschriebene) Kündigungsregel erfolgt. Dies ist in Lehre und Rechtsprechung weitgehend anerkannt. Da indes der fragliche Anspruch weder in [Art. 257d OR](#) noch in [Art. 257f OR](#) ausdrücklich vorgesehen ist, bedarf die Anspruchsgrundlage näherer Prüfung. M.E. ist sie in den [Art. 97 Abs. 1 und 107 Abs. 2 OR](#) zu finden. Den beiden Bestimmungen lässt sich nämlich – mittels Gesamtanalogie – der allgemeine Grundsatz entnehmen, dass eine Vertragspartei, welche durch schuldhaftes vertragswidriges [852] Verhalten das Dahinfallen des Vertrages bewirkt, für Ersatz des positiven Vertragsinteresses haftet<sup>27</sup>.

Bei gegebenen Haftungsvoraussetzungen hat der Vermieter Anspruch auf Ersatz des ganzen positiven Vertragsinteresses. Vorbehalten ist eine Haftungsreduktion gemäss Art. 43 Abs. 1 oder [Art. 44 OR](#).

Beispiel ([BGE 127 III 548](#) = mp 2001, 194 ff. = MRA 2001, 159 ff.): V. vermietete dem M. eine 4-Zimmer-Wohnung in Neuenburg zu einem monatlichen Mietzins von 1'400 Franken. Der Mietbeginn wurde auf den 1. April 1996 festgesetzt. Der Vertrag war erstmals auf den 1. April 1997 kündbar. Wegen Zahlungsverzugs des Mieters kündigte der Vermieter den Vertrag vorzeitig auf den 31. Juli 1996. Ab 1. April 1997 vermietete er die Wohnung weiter. In dieser Situation bestand der Schaden des V. im Mietzinsausfall für die Zeit ab 31. Juli 1996 bis 31. März 1997 (8 x 1'400 Franken = 11'200.-). Dazu kamen Insertionskosten, welche er bei regulärer Beendigung der Miete nicht gehabt hätte. Ob der Vermieter Anspruch auf Ersatz des ganzen Schadens hatte, konnte das Bundesgericht nicht beurteilen, da insoweit die notwendigen tatsächlichen Feststellungen fehlten. Es wies daher die Sache zur Neuentscheidung an die Vorinstanz zurück,

insbesondere zur Klärung der Frage, ob dem Vermieter nicht eine frühere Weitervermietung möglich gewesen wäre.

b) Eine *Erstreckung des Mietverhältnisses* ist *ausgeschlossen*. Das Gesetz sieht dies ausdrücklich vor für den Fall, dass die Kündigung gestützt auf [Art. 257d OR](#) (Zahlungsrückstand des Mieters) oder [Art. 257f OR](#) (unsorgfältiger Gebrauch der Mietsache oder fehlende Rücksichtnahme auf Hausbewohner oder Nachbarn) erfolgt ([Art. 272a Abs. 1 lit. a und b OR](#)). Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass dem Vermieter eine Erstreckung des Mietverhältnisses nicht zumutbar ist, wenn der Mieter ihn durch vertragswidriges Verhalten zur vorzeitigen Vertragsauflösung nötigt. Dieser Gedanke greift auch bei nicht ausdrücklich geregelten Auflösungsstatbeständen durch (vgl. demgegenüber BGE [4C.395/2006](#) vom 23. Januar 2007 = MRA 2007, 17 ff.).

In dieser Entscheidung wurde die vorzeitige Kündigung damit begründet, dass der Mieter "ein untolerierbares Zahlungs- und sonstiges Verhalten zeige (Abstellen von Fahrzeugen unter Behinderung anderer Arealbenutzer, Ausführen von immissionsträchtigen Arbeiten im Freien usw.)"<sup>28</sup>. Die Kündigung erfolgte unter Berufung auf [Art. 266g OR](#). Das vom Mieter angerufene Mietamt Burgdorf erklärte die Kündigung – in Anwendung von [Art. 266g OR](#) – für gültig und erstreckte das Mietverhältnis einmalig bis zum 30. September 2006. Die Erstreckung erfolgte mit Rücksicht darauf, dass [Art. 272a OR](#), der sich mit dem "Ausschluss der Erstreckung" befasst, [Art. 266g OR](#) nicht aufführt<sup>29</sup>. M.E. war die Erstreckung fehl am Platze. Zwar fällt eine Kündigung gemäss [Art. 266g OR](#) tatsächlich nicht in den Anwendungsbereich von [Art. 272a OR](#), indes hätte die Kündigung nicht auf diese Bestimmung, sondern auf eine ungeschriebene Kündigungsregel abgestützt werden sollen (s. vorne I./Ziff. 3).

## 2. Rechtslage im Falle einer unrechtmässigen Kündigung

1. Eine unrechtmässige Kündigung ist *entweder ungültig oder anfechtbar*<sup>30</sup>: *Ungültig* ist sie, wenn die Voraussetzungen der einschlägigen Kündigungsregel (z.B. [Art. 257d OR](#)) nicht erfüllt sind<sup>31</sup> oder falls sich der Vermieter nicht an die Vorschriften von Art. 266l oder 266n OR gehalten, er also beispielsweise gekündigt hat, ohne das amtliche Formular zu verwenden ([Art. 266o OR](#)). Dass eine Kündigung ungültig ist, muss von Amtes wegen beachtet werden, und zwar zeitlich unbeschränkt<sup>32</sup>. Weil dem so ist, kann sich der Mieter beispielsweise auch erst in einem Ausweisungsverfahren auf die Ungültigkeit berufen. Bloss *anfechtbar* ([Art. 271a Abs. 1 OR](#)) ist die Kündigung dann, wenn die Kündigungsvoraussetzungen zwar erfüllt sind und der Vermieter auch die formalen Erfordernisse von Art. 266l und 266n OR beachtet hat, die Kündigung jedoch unter den gegebenen Umständen als missbräuchlich erscheint<sup>33</sup>. Eine anfechtbare Kündigung ist gültig, sie kann aber auf Anfechtung hin für ungültig erklärt werden. Damit ist auch gesagt, dass der Rechtsmissbrauch nicht von Amtes zu beachten ist, sondern eben nur auf – fristgerechte ([Art. 273 Abs. 1 OR](#)) – Anfechtung hin<sup>34</sup>.

2. Das Bundesgericht unterscheidet *zwei Formen von Ungültigkeit*: die Nichtigkeit und die Unwirksamkeit. Unwirksam ist eine Kündigung, wenn sie den gesetzlichen Kündigungsvoraussetzungen nicht genügt, nichtig ist sie bei Nichtbeachtung der formalen Erfordernisse von Art. 266l oder 266n OR [\[853\]](#) ([Art. 266o OR](#)). Beiden Ungültigkeitsformen ist – wie bereits gesagt – gemeinsam, dass die Ungültigkeit von Amtes wegen zu beachten ist und zeitlich unbefristet geltend gemacht werden kann. Im Übrigen aber sind nichtige und unwirksame Kündigungen nicht a priori gleich zu behandeln. So ist beispielsweise bei einer nichtigen Kündigung an eine Konversion in eine gültige Kündigung schlechterdings nicht zu denken, wogegen bei einer

unwirksamen Kündigung eine Konversion nicht von vornherein ausgeschlossen erscheint (s. unten Ziff. 4).

3. Im Folgenden interessiert die Frage, *ob eine unrechtmässige Kündigung eine Sperrfrist i.S.v. Art. 271a lit. d oder/und lit. e OR auslöst*, falls sich der Mieter gegen die Kündigung durch Einleitung eines Schlichtungsverfahrens zur Wehr setzt.

Die Frage ist wohl ohne Weiteres zu bejahen, wenn die (ausserordentliche) Kündigung rechtsmissbräuchlich und aus diesem Grunde *anfechtbar* ist. Wenn also ein Vermieter treuwidrig eine ausserordentliche Kündigung ausspricht und der Mieter in der Folge die Kündigung anfecht, so ist der Vermieter daran gehindert, eine ordentliche Kündigung auszusprechen. Und zwar besteht der Kündigungsausschluss nicht nur während des Anfechtungsverfahrens (*Art. 271a lit. d OR*), sondern auch noch in den drei Jahren nach Abschluss desselben (*Art. 271a lit. e OR*).

Anders verhält es sich im Falle einer *nichtigen* Kündigung. "Wer also beispielsweise in Unkenntnis des Zivilstandes eines Mieters dem Ehegatten nicht separat eine Kündigung zustellt, kann, wenn das Entsprechende in einem Anfechtungsverfahren festgestellt wird, die Kündigung formgültig jederzeit wiederholen."<sup>35</sup> Oder wenn ein Vermieter dem Mieter nach *Art. 257d OR* kündigt, aber nicht mit dem amtlich vorgesehenen Formular, so ist ihm eine ordentliche Kündigung deshalb nicht abgeschnitten. Das ist die ganz herrschende Ansicht<sup>36</sup>.

Dasselbe muss m.E. in Fällen *unwirksamer* Kündigung gelten, also dann, wenn die Kündigung deshalb keine Wirkung entfaltet, weil die Kündigungsvoraussetzungen nicht gegeben sind. Das Bundesgericht hat freilich in *BGE 131 III 33* anders entschieden. Der Entscheid bezieht sich zwar unmittelbar nur auf eine ausserordentliche Kündigung nach *Art. 266g OR*, doch muss befürchtet werden, dass das Bundesgericht bei anderen ausserordentlichen Kündigungen, insbesondere bei solchen nach *Art. 257d* oder *257f OR*, nicht anders entscheiden würde. Der Vermieter, der ausserordentlich kündigt, ist daher gut beraten, sicherheitshalber immer auch noch ordentlich zu kündigen, dies für den Fall, dass die ausserordentliche Kündigung unwirksam sein sollte. Eine solche ordentliche Kündigung fällt *offensichtlich* nicht in den Anwendungsbereich von *Art. 271a lit. d und e OR*<sup>37</sup>. Im Einzelfall kann freilich die Kündigung gegen Treu und Glauben verstossen und aus diesem Grunde anfechtbar sein<sup>38</sup>. Umgekehrt kann auch der Mieter in Rechtsmissbrauch verfallen, wenn er die Gültigkeit der ordentlichen Kündigung in Frage stellt<sup>39</sup>.

Im erwähnten *BGE 131 III 33* ging es um Folgendes: M. hatte von V. ein Haus gemietet. Am 28. August 2002 kündigte V. den Mietvertrag unter Berufung auf wichtige Gründe gestützt auf *Art. 266g OR* per Ende November 2002. Der Mieter, der die Voraussetzungen von *Art. 266g OR* nicht für gegeben erachtete, rief die Schlichtungsbehörde an, um die Unwirksamkeit der Kündigung feststellen zu lassen. Hierauf kündigte V. am 5. November 2002 den Mietvertrag ordentlich auf den 31. März 2003. Auch diese Kündigung hielt der Mieter für unwirksam und rief daher erneut die Schlichtungsbehörde an. Diese stellte die Ungültigkeit beider Kündigungen fest. Gegen den Beschluss der Schlichtungsbehörde wandte sich der Vermieter an das Mietgericht Meilen. Zwar anerkannte er die Ungültigkeit der ausserordentlichen Kündigung, hingegen verlangte er die Feststellung, dass die ordentliche Kündigung gültig sei. Das angerufene Gericht hiess dieses Begehren gut. Zwar ging es davon aus, die unzulässige ausserordentliche Kündigung habe eine Kündigungssperrfrist ausgelöst, weshalb an sich nicht habe ordentlich gekündigt werden können. Doch hielt es die Berufung des Mieters auf die Ungültigkeit der ordentlichen Kündigung für

rechtsmissbräuchlich. Das Bundesgericht hat das nicht gelten lassen und auch die ordentliche Kündigung für ungültig erklärt.

4. *Heilung eines Kündigungsmangels?* Die aufgeworfene Frage wird im Folgenden nicht in allgemeiner Weise behandelt, vielmehr werden lediglich drei (Kündigungs-)Mängel herausgegriffen:

a) Sind die Voraussetzungen einer ausserordentlichen Kündigung gegeben, beruft sich aber der Kündigende auf eine [854] unzutreffende (nicht einschlägige) Bestimmung, so ist die Kündigung wirksam<sup>40</sup>. Daher schadete es dem Vermieter in **BGE 123 III 124** nicht, dass er die Kündigung unter fälschlicher Berufung auf **Art. 257f OR** ausgesprochen hatte; entscheidend war, dass die Kündigung in Anwendung von **Art. 107 Abs. 2 OR** i.V.m. **Art. 257d OR** und **Art. 257f OR** aufrechterhalten werden konnte (s. vorne I./Ziff. 4).

Dem Gesagten zufolge hat der Mieter, der die Unwirksamkeit einer ausserordentlichen Kündigung feststellen lassen will, nicht nur abzuklären, ob die Voraussetzungen der vom Kündigenden angerufenen Bestimmung erfüllt sind, sondern er hat zu klären, ob die Voraussetzungen irgendeiner Kündigungsbestimmung erfüllt sind.

b) Hat der Kündigende die Kündigungsfrist nicht eingehalten, sind aber ansonsten die Voraussetzungen für eine ausserordentliche Kündigung erfüllt, so kommt **Art. 266a Abs. 2 OR** zum Zuge. Das heisst, die Kündigung gilt auf den nächstmöglichen (ausserordentlichen) Termin, sofern davon auszugehen ist, dass dies dem Willen des Kündigenden entspricht<sup>41</sup>.

c) Ist hingegen die Kündigung aus einem sonstigen Grund unwirksam, geht es also nicht bloss darum, dass der Kündigende die Kündigungsfrist nicht eingehalten hat, so ist eine Heilung ausgeschlossen. Insbesondere kann die fehlerhafte ausserordentliche Kündigung nicht in eine ordentliche Kündigung auf den nächstmöglichen Termin umgedeutet werden. Das ist jedenfalls die Auffassung des Bundesgerichts (**BGE 135 III 441 = Pra 2010 Nr. 30 = mp 2009, 247 ff.**<sup>42</sup>). Demgegenüber vertritt ein guter Teil der Lehre die Meinung, die Kündigung könne – bei einem auf Kündigung gestellten Vertrag – in eine ordentliche umgedeutet werden, falls dies ersichtlich dem Parteiwillen des Vermieters entspreche<sup>43</sup>.

In **BGE 135 III 441** ging es um Folgendes: A. und B. schlossen im Jahre 1999 einen Mietvertrag über einen Lagerraum. Der Vertrag war einmal jährlich auf Ende April kündbar, erstmals auf Ende April 2002. Am 3. Juli 2006 erwarb X. das Eigentum an der Liegenschaft mit dem vermieteten Lagerraum. Kurz danach kündigte er die Miete zufolge dringlichen Eigenbedarfs per 31. Januar 2007. Der Mieter akzeptierte die Kündigung nicht. Der Vermieter hielt jedoch an der Kündigung fest und machte im Schlichtungsverfahren subsidiär geltend, die auf den 31. Januar 2007 ausgesprochene ausserordentliche Kündigung sei gegebenenfalls in eine ordentliche Kündigung per Ende April 2007 umzuwandeln. Das Bundesgericht hat diese Umwandlung abgelehnt.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung trifft den Vermieter umso härter, als es – wie gesehen – eine unwirksame ausserordentliche Kündigung unter **Art. 271a lit. d und e OR** subsumiert, also als sperrfristauslösenden Tatbestand qualifiziert. Umso wichtiger ist es für einen Vermieter, doppelt zu kündigen, ausserordentlich und ordentlich, falls er die Vertragsbeendigung sicherstellen will. Zumindest dies muss zulässig sein.

Wenn es möglich ist, mit einer ungültigen ausserordentlichen eine gültige ordentliche Kündigung zu verbinden, so sollte es auch möglich sein, eine ausserordentliche Kündigung in eine

ordentliche umzudeuten, falls dies ersichtlich dem Willen des Vermieters entspricht. Diese naheliegende Schlussfolgerung hat das Kantonsgericht Waadt in einem Entscheid aus dem Jahre 2002 gezogen<sup>44</sup>.

### Fussnoten:

- \* Ein herzlicher Dank geht an Herrn MARC WOLFER, M.A. HSG, für die Ergänzung der Fussnoten und die formale Bereinigung des Textes.
- 1 PETER HIGI, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Band 5, Teilband V 2b, 4. A., Zürich 1998, N 6 der Vorbem. zu [Art. 266-266o OR](#), m.w.Hw.; zu Ausnahmen s. ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2009, § 29 Rn. 71. Ein Rücktritt – vor Mietantritt – ist beispielsweise zulässig, wenn der Mieter mit einer bereits vor Mietbeginn geschuldeten Mietzinszahlung in Verzug gerät und eine ihm gesetzte Nachfrist ungenutzt verstreicht lässt ([Art. 107 Abs. 2 OR](#)).
- 2 Umstritten ist, ob die Kündigung – wie im Falle von [Art. 107 Abs. 2 OR](#) – nach Fristablauf unverzüglich erfolgen muss oder nicht. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung verneinen dies (ZR 1991 Nr. 54 S. 172; SVIT (Hrsg.), Das Schweizerische Mietrecht: Kommentar, 3. A., Zürich 2008, N 34 zu [Art. 257d OR](#); HIGI (FN 1), N 45 zu [Art. 257d OR](#); FELIX RAJOWER, Prozessuale Aspekte der Ausweisung von Mietern unter besonderer Berücksichtigung der zürcherischen Praxis, [AJP/PJA 1998, 797 ff., 810](#), m.w.Hw.; a.A. THEO GUHL/ALFRED KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, § 44 Rn. 149). Hingegen ist allgemein anerkannt, dass das ungebührliche Hinauszögern der Erklärung einen Rechtsmissbrauch darstellen kann (BGE [4A\\_366/2008](#) vom 25. November 2008 E. 4). Gegebenenfalls ist die Kündigung nicht ungültig, sondern bloss anfechtbar (s. zu dieser Unterscheidung hinten III./2. /Ziff. 1). Zur Konkretisierung des Rechtsmissbrauchstatbestandes s. MARCO GIAVARINI, Besprechung von BGE [4A\\_366/2008](#), MRA 2008, 206 ff., 210 f.
- 3 Zu [Art. 257f OR](#) s. – nebst den Kommentaren – ANDREAS MAAG, Die Bundesgerichtspraxis zur ausserordentlichen Kündigung nach [Art. 257f OR](#) bei Vertragsverletzungen, MRA 2006, 127 ff.; PIERRE WESSNER, Sorgfaltspflichten des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen, mp 2007, 127 ff. und 197 ff., 201 ff.
- 4 So z.B. HIGI (FN 1), N 51 zu [Art. 266g OR](#); CHRISTIAN CALAMO, Die missbräuchliche Kündigung der Miete von Wohnräumen, Diss. St. Gallen, Bern etc. 1994, 279 f.; RICHARD PERMANN, Kommentar zum Mietrecht, 2. A., Zürich 2007, N 8 zu [Art. 266g OR](#); SVIT-Kommentar (FN 2), N 16 zu [Art. 266g OR](#).
- 5 DAVID LACHAT/IRÈNE SPIRIG, Das Mietrecht für die Praxis, 8. A., Zürich 2009, Kapitel 27, 567; MATTHIAS TSCHUDI, Mietrechtliche Probleme bei Immissionen als Folge von Umgebungsveränderungen, Diss. Freiburg, Zürich 2005, 159; MAAG (FN 3), 128.
- 6 Z.B. KOLLER (FN 1), § 58 Rn. 8 ff.; DERS., Besprechung von [BGE 134 III 300](#), [AJP/PJA 2009, 371 f.](#)
- 7 HIGI (FN 1), N 51 zu [Art. 266g OR](#); für weitere Nw. s. vorne FN 4.
- 8 S. zu diesem Entscheid MAAG (FN 3), 130.
- 9 Hervorhebung hinzugefügt.
- 10 Wenn allerdings der Vermieter bewusst nach [Art. 266g OR](#) kündigt und die hier vorgesehenen Rechtsfolgen auslösen will, so dürfte dem nichts entgegenstehen.

- 11 Es gibt immerhin Fälle, in denen das Bundesgericht [Art. 266g OR](#) auf vertragswidriges Verhalten des Mieters zur Anwendung bringt, so beispielsweise in BGE [4C.395/2006](#) vom 23. Januar 2007 (= MRA 2007, 17 ff. mit Anm. ANDREAS MAAG). S. zu dieser Entscheid hinten III./1./Ziff. 2/b.
- 12 In Wirklichkeit traf dies nicht zu: Der Vermieter wahrte lediglich eine Kündigungsfrist von rund sieben Wochen, wie sich aus der obigen Sachverhaltsschilderung ergibt. Das Bundesgericht kam nur deshalb zu einem anderen Schluss, weil es die Kündigungsfrist in einem unüblichen Sinne verstand: als Frist zwischen Aussprechung der Kündigung und dem Ergehen seines Entscheids.
- 13 Vgl. LACHAT/SPIRIG (FN 5), 549 ff.
- 14 Vgl. KOLLER (FN 1), § 58 Rn. 8 ff.
- 15 S. ferner den nachstehend nicht thematisierten BGE [4A\\_523/2007](#) vom 18. Februar 2008 (= MRA 2008, 30 ff. mit Anm. BEAT ROHRER). Hier wurde [Art. 257f OR](#) (i.V.m. [Art. 285 OR](#)) auf einen Fall zur Anwendung gebracht, in dem die Pächterin Informationspflichten betr. ihren Geschäftsgang verletzt, die vorgeschriebenen Öffnungszeiten nicht eingehalten und gegen die Vorschrift, mindestens ein preisgünstiges Menü anzubieten, verstossen hatte.
- 16 Eingehend zu dieser Entscheid PETER HIGI, [AJP/PJA 2006, 882](#) ff.; ferner MAAG (FN 3), 131 f.; THOMAS KOLLER, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2006, ZBJV 2007, 831 ff., 838 ff.; THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, Rechtsprechungsübersicht: Arbeits- und Mietrecht, plädoyer 3/2008, 37 ff., 44; PIERRE WESSNER, DB 2006, 20 ff. Nr. 8.
- 17 So der Sache nach auch schon ein BGE vom 21. Februar 1994, publiziert in MRA 1995, 93 ff. (s. MAAG (FN 3), 129). In BGE [4A\\_38/2010](#) vom 1. April 2010 wurde [BGE 132 III 109](#) bestätigt, wenn auch nicht ausdrücklich.
- 18 Es handelt sich dabei um die Kernaussage des Entscheids, welche ihren Niederschlag in den Regesten gefunden hat. Diese lauten: "[Art. 257f Abs. 3 OR](#); vorzeitige Kündigung des Mietvertrages über Geschäftsräume wegen vertragswidrigen Gebrauchs. Bei anhaltender Verletzung der vertraglichen Bestimmungen über den Gebrauch der vermieteten Räumlichkeiten kann der Vermieter das Mietverhältnis nach [Art. 257f Abs. 3 OR](#) auflösen, auch wenn die Aktivitäten des Mieters nicht zu unzumutbaren Verhältnissen im Sinne dieser Bestimmung führen."
- 19 In diesem Sinne haben sich die waadtländischen Gerichte ausgesprochen (vgl. die Sachverhaltsschilderung in BGE [4C.226/2000](#) vom 6. Februar 2001): Eine Vermieterin hatte eine ausserordentliche Kündigung gestützt auf [Art. 257f Abs. 3 OR](#) ausgesprochen, da die Mieter einen Yorkshire Terrier trotz vertraglichem Hundehalteverbot und trotz Abmahnung in der Mietwohnung behalten hatten. Die waadtländischen Gerichte erklärten die ausserordentliche Kündigung für ungültig, da der Hund nicht grösser als eine – nicht bewilligungspflichtige – Katze war und zu keinen Beanstandungen Anlass gegeben hatte. Die Fortsetzung des Mietvertrages war der Vermieterin daher nicht unzumutbar (s. zum Entscheid auch BEAT ROHRER, Besprechung von [BGE 131 III 33](#), MRA 2004, 161 ff., 168). Die ungültige ausserordentliche Kündigung wurde allerdings in eine gültige ordentliche umgewandelt (Konversion; s. dazu hinten III./2./Ziff. 4/c). Vor Bundesgericht war die Gültigkeit der ausserordentlichen Kündigung nicht mehr strittig, es ging nurmehr um die Frage der Erstreckung. In der *Lehre* sind die Auffassungen geteilt (s. einerseits THOMAS KOLLER (FN 16), 843, und ROGER WEBER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4.

- A., Basel 2007, N 6 zu [Art. 257f OR](#), die der im Text vertretenen Auffassung zuneigen, andererseits MAAG (FN 3), 134).
- 20 S. ferner z.B. noch BGE [4A\\_217/2007](#) vom 4. September 2007, [4A\\_38/2010](#) vom 1. April 2010 und [4A\\_265/2009](#) vom 5. September 2009 = mp 2009, 233 ff. (dazu später im Text).
- 21 Eine konzise Zusammenfassung von [BGE 134 III 300](#) und [134 III 446](#) findet sich bei BRUNO H EDIGER, Entwicklungen im Mietrecht, SJZ 2009, 315 ff., 316 f.; s. ferner THOMAS KOLLER/MARC A NDRÉ MAUERHOFER, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2008, ZBJV 2010, 57 ff., 64 ff. sowie zum ersten Entscheid ALFRED KOLLER (FN 6), 371 f.
- 22 Kritisch zur Annahme eines Rechtsmissbrauchs auch KOLLER/MAUERHOFER (FN 21), 70.
- 23 S. zu diesem Entscheid ANDREAS MAAG, MRA 2004, 181 ff.
- 24 Eine Kündigung, die den Voraussetzungen von [Art. 257f OR](#) genügt, kann kaum je rechtsmissbräuchlich erfolgen. Denn [Art. 257f OR](#) macht die Zulässigkeit der Kündigung davon abhängig, dass es dem Vermieter unter den konkreten Umständen unzumutbar ist, den Vertrag bis zum ordentlichen Vertragsende zu erfüllen. Ist aber dem Vermieter die Fortsetzung des Mietvertrages unzumutbar, so handelt er regelmässig nicht missbräuchlich, wenn er von seinem Kündigungsrecht Gebrauch macht (vgl. LUKAS POLIVKA, Besprechung eines Entscheids des OG ZG vom 18. August 2000, MRA 2001, 1 ff., 7). Anders verhält es sich im Anwendungsbereich von [Art. 257d OR](#), weil diese Bestimmung das Unzumutbarkeitserfordernis nicht kennt (vorne I. /Ziff. 1/a und b). Das lässt mehr Raum für eine rechtsmissbräuchliche Kündigung (BGE [4C.65/2003](#) vom 23. September 2003 E. 4 = MRA 2004, 60 ff. mit Anm. HANS BÄTTIG; BGE [4C.173/2005](#) vom 24. Oktober 2005 = mp 2006, 182 ff.).
- 25 Eine Vertragsbeendigung *ex tunc* ist nach Mietantritt – wie gesagt (vorne FN 1) – grundsätzlich ausgeschlossen.
- 26 S. BGE 63 II 368 E. 2; [119 II 437](#) (= [Pra 1994 Nr. 226](#)) E. 3b bb; s. auch KOLLER (FN 1), § 6 Rn. 39; SVIT-Kommentar (FN 2), N 45 zu [Art. 257d OR](#); BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht, Zürich 2008, Rn. 306 ff.
- 27 In der Rechtsprechung beruft man sich z.T. auf [Art. 107 Abs. 2 OR](#) (z.B. [BGE 127 III 548](#)), z.T. auf [Art. 97 Abs. 1 OR](#) (KG VD, mp 2001, 198 ff.).
- 28 ANDREAS MAAG, Besprechung von BGE [4C.395/2006](#), MRA 2007, 17.
- 29 Vgl. MAAG (FN 28), 22 (Bem. 6).
- 30 S. MARCO GIAVARINI, Besprechung von BGE [4C.247/2004](#), MRA 2005, 135 ff., 138 f.; PHILIPPE C ONOD, La protection du locataire en matière de congés, in: 15<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuenburg 2008, 169 ff., 181 ff.
- 31 Früher nahm das Bundesgericht in solchen Fällen blosse Anfechtbarkeit an ([BGE 119 II 147](#); Praxisänderung in [BGE 121 III 156](#) E. 1c aa; vgl. GUHL/KOLLER (FN 2), § 44 Rn. 147 und 177).
- 32 "Indes kann der Kündigungsempfänger (hier: der Mieter) den Gegner (hier: den Vermieter) bei der Kündigung behaften. Der Vertrag gilt dann als aufgelöst, ohne dass der Kündigende – nach einem Sinneswandel – einwenden könnte, er bestehe fort." (GUHL/KOLLER (FN 2), § 44 Rn. 194).
- 33 BGE [4C.426/2004](#) = MRA 2007, 111 ff. mit Anm. MARCO GIAVARINI; BGE [4C.247/2004](#) = MRA 2005, 135 ff. mit Anm. MARCO GIAVARINI; KG GE, Entscheid vom 14. November 2005, mp 2007, 39 ff.



Eine ungültige Kündigung bedarf keiner Anfechtung, genauer: Sie kann nicht angefochten werden, es kann vielmehr lediglich ihre Unwirksamkeit festgestellt werden. Praktisch geschieht dies freilich häufig in einem Anfechtungsverfahren (vgl. z.B. [BGE 122 III 92 E. 2d](#)). S. zur ganzen Problematik [GUHL/KOLLER \(FN 2\)](#), § 44 Rn. 177.

35 [ROHRER \(FN 19\)](#), 165.

36 Vgl. z.B. [CALAMO \(FN 4\)](#), 250; [CONOD \(FN 30\)](#), 200; [HIGI \(FN 1\)](#), N 16 zu [Art. 266o OR](#); [LACHAT/SPIRIG \(FN 5\)](#), 555; weitere Nw. bei [ROHRER \(FN 19\)](#), 165 f.

37 Gegen eine solche Kündigung kann m.E. auch nicht eingewendet werden, sie erfolge bedingt und sei aus diesem Grunde ungültig (so aber z.B. [MARIE-NOËLLE VENTURI-ZEN-RUFFINEN](#), *La résiliation pour justes motifs des contrats de durée*, Diss. Freiburg 2007, Rn. 1478). Zwar hat eine Kündigung grundsätzlich bedingungslos zu erfolgen. Eine Ausnahme ist jedoch dort zu machen, wo durch das Beifügen der Bedingung für den Kündigungsgegner keine ungewisse Rechtslage entsteht (vgl. [KOLLER \(FN 1\)](#), § 3 Rn. 66). Eine solche Ausnahmesituation ist im vorliegenden Kontext gegeben, weil der Mieter, dem (auch) ordentlich gekündigt wird, weiss, woran er ist. Im Übrigen handelt es sich nicht um eine Bedingung im technischen Sinne, weil die Kündigung nicht von einem künftigen ungewissen Ereignis abhängig gemacht wird; ungewiss ist ja nur, ob der Vertrag durch die ordentliche oder die ausserordentliche Kündigung beendet wird (s. auch [GUILLAUME VIONNET](#), *L'exercice des droits formateurs*, Diss. Lausanne 2008, 190, Fn. 1970).

38 Vgl. [BGE 4A\\_536/2009](#) vom 2. Februar 2010 und [4A\\_487/2008](#) vom 10. März 2009.

39 S. gleich nachstehend im Text sowie [ROHRER \(FN 19\)](#), 166, der es generell als "stossend" erachtet, wenn der Mieter, der durch vertragswidriges Verhalten eine ausserordentliche und eine ordentliche Kündigung des Vermieters provoziert hat, die ordentliche Kündigung nicht gelten lassen will.

40 Grundlegend [BGE 123 III 124 E. 3d 129](#); ferner [135 III 441 E. 3.1 442](#).

41 So der Sache nach [OG AR](#), *Entscheid vom 26. Juli 2002*, [ARGVP 2002](#), 77 ff.; s. auch [WEBER \(FN 19\)](#), N 5 a.E. zu [Art. 266a OR](#).

42 Der *Entscheid* wurde inzwischen mehrfach bestätigt ([BGE 4A\\_536/2009](#) vom 2. Februar 2010 E. 2.1; [4A\\_38/2010](#) vom 1. April 2010 E. 5.2). Wie das Bundesgericht auch das [OG AR](#), *Entscheid vom 26. Juli 2002*, [ARGVP 2002](#), 77 ff.; a.M. das [KG VD](#), *Entscheid vom 30. Januar 2002*, [MRA 2002](#) 198 ff. (mit Anm. [ANDREAS MAAG](#)).

43 So z.B. [PIERRE WESSNER](#), *La résiliation du bail à loyer pour justes motifs*, in: 10<sup>ème</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuenburg 1998, Rn. 70; [DERS.](#), *DB 2009*, 31 f. Nr. 15, Bem. 6. Zum Meinungsstand in der Lehre s. [BGE 135 III 441 E. 3.2](#) und [VENTURI-ZEN-RUFFINEN \(FN 37\)](#), Rn. 1464 ff.

44 [KG VD](#), *Entscheid vom 30. Januar 2002*, [MRA 2002](#), 198 ff., 202.