

§ 7
Verkauf einer vermieteten Wohnliegenschaft
Bemerkungen zum Übergang des Mietverhältnisses
auf den Käufer nach Art. 261 OR

ALFRED KOLLER

Inhaltsverzeichnis

Literatur	345
I. Art. 261 OR im Überblick	348
II. Die Voraussetzungen, unter denen das Mietverhältnis übergeht	353
III. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Käufer und dem Mieter nach dem Übergang des Mietvertrages	355
1. Mietzinsberechtigung des Käufers.....	355
2. Die Gebrauchsüberlassungspflicht des Käufers.....	357
3. Der Übergang des Kündigungsrechts auf den Käufer; der Käufer als Adressat der Kündigungserklärung des Mieters.....	358
4. Das (originäre) Kündigungsrecht des Käufers bei dringendem Eigenbedarf.....	362
A. Die Voraussetzung des dringenden Eigenbedarfs	362
B. Inhalt und Modalitäten des Kündigungsrechts	364
C. Weitere Fragen	366
IV. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Mieter	368
V. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Käufer	370

Literatur

Die gängigen Kommentarwerke (Berner Kommentar usw.) werden nachstehend nicht aufgeführt. – Die aufgeführten Werke werden nur mit dem Verfasseramen, nötigenfalls mit einem präzisierenden Zusatz zitiert.

BEETSCHEN RUDOLF, Der Grundsatz «Kauf bricht Miete» im schweizerischen Recht (Diss.), Zürich 1925.

- BLUMER MAJA, *Gebrauchüberlassungsverträge (Miete, Pacht)*, SPR VII/3, Basel 2012.
- BOHNET FRANÇOIS/MONTINI MARINO (Hrsg.), *Droit de bail à loyer*, Basel 2010 (zit. Bohnet/Montini/BEARBEITER).
- Botschaft des Bundesrates zur Revision des Miet- und Pachtrechts, BBl 1985, S. 1389 ff. (zit. nach Separatum, S. 1 ff.).
- FELLMANN WALTER, *Der Übergang des Mietverhältnisses nach Art. 261 OR – ein gesetzlicher Parteienwechsel mit Lücken und Tücken*, AJP 1994, S. 539 ff.
- GUHL THEO, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 9. A. bearbeitet von ALFRED KOLLER, ANTON K. SCHNYDER und JEAN NICOLAS DRUEY, Zürich 2000 (zit. GUHL/BEARBEITER).
- HONSELL HEINRICH, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 9. A. Bern 2010.
- JEANDIN NICOLAS, *Vente d'un immeuble loué*, in: Schmid Jürg (Hrsg.), *Der Grundstückkauf*, Zürich 2010, S. 449 ff.
- KELLER MAX/SIEHR KURT, *Kaufrecht*, 3. A. Zürich 1995.
- KOLLER ALFRED, *Probleme beim Verkauf vermieteter Wohnliegenschaften*, ZBGR 1991, S. 193 ff. (zit. KOLLER, ZBGR 1991).
- *Ab welchem Zeitpunkt kann der Käufer einer vermieteten Wohnliegenschaft das Mietverhältnis kündigen?*, ZBJV 1993, S. 389 ff. (zit. KOLLER, ZBJV 1993).
 - *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Band I*, Bern 2012 (KOLLER, OR BT I).
 - *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 4. A. Bern 2017 (zit. KOLLER, OR AT).
- KOLLER THOMAS, *Von welchem Zeitpunkt an kann der Erwerber einer Liegenschaft ein bestehendes Mietverhältnis kündigen?*, recht 1993, S. 70 f.
- LACHAT DAVID, *Le bail à loyer*, 2. A. Lausanne 2008.
- *La résiliation du bail en cas d'aliénation de l'immeuble et d'insolvabilité du bailleur*, CdB 1999, S. 65 ff. (zit. LACHAT, CdB 1999).
- LACHAT DAVID ET AL., *Mietrecht für die Praxis*, 9. A. Zürich 2016 (zit. LACHAT/BEARBEITER).
- LÜSCHER CHRISTOPH, *Art. 261 OR*, AJP 1997, S. 974 ff.
- MÜLLER J., *Gültigkeit einer ausserordentlichen Kündigung im Falle zu kurz bemessener Kündigungsfrist*, MRA 1995, S. 35 ff.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. A. München 2012 (zit. MünchK/BEARBEITER).

PERMANN RICHARD, Kommentar zum Mietrecht, 2. A. Zürich 2007.

PFÄFFLI ROLAND, Zur Vormerkung von Mietverträgen und Vorkaufsrechten (mit Berücksichtigung des neuen Mietrechtes), BN 1990, S. 41 ff.

PIETRUSZAK THOMAS/ZACHARIAE JÖRG, Der Schutz des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen in der Zwangsverwertung, recht 2000, S. 41 ff.

PIOTET DENIS, Le principe «la vente ne rompt pas le bail» et le système général des droits réels, Bern 1993.

PIOTET PAUL, Le bail et les droits réels, ZBGR 1996, S. 1 ff.

PORTNER WERNER, Wegleitung zum neuen Mietrecht, 2. A. Bern 1992.

ROGNON P.-A., L'aliénation de l'immeuble et ses effets sur le bail, RJN 1988, S. 9 ff.

RONCORONI GIACOMO, Die Auswirkungen des Eigentümerwechsels auf den Mietvertrag, mp 2005, S. 198 ff.

SAVIAUX NICOLAS, Le sort du bail en cas de changement de propriétaire, CdB 2003, S. 65 ff.

SVIT-Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Mietrecht, herausgegeben vom Schweizerischen Verband der Immobilien-Treuhänder, 3. A. Zürich 2008.

VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. A. Zürich 1979.

WESSNER PIERRE-A., Le nouveau droit du bail, Les dispositions générales (suite), in: 6ème Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1990.

WYTTENBACH MARKUS, Zur Auswirkung der Spaltungstheorie auf die Ansprüche des Mieters (Art. 261 OR), mp 2011, S. 1 ff.

ZIHLMANN PETER, Das Mietrecht, 2. A. Zürich 1995.

ZIRLICK BEAT/LÜTHI JEAN-JACQUES, Die vom «Schein»-Erwerber einer Liegenschaft ausgesprochene Kündigung nach Art. 261 Abs. 2 lit. a OR, recht 2000, S. 148 ff.

Beim Verkauf einer vermieteten Sache geht der Mietvertrag nach Massgabe von Art. 261 OR auf den Käufer über¹. Der Käufer kann sich jedoch unter bestimmten Voraussetzungen vom Vertrag lösen. Dabei unterscheidet das Gesetz zwischen Wohn- und Geschäftsräumen einerseits, anderen Miet-

¹ Die folgenden Ausführungen finden sich zusammengefasst in meinem OR BT I, § 9 Rn 164–185.

gegenständen andererseits. Hier interessieren nur Wohnräume, doch gelten die Ausführungen mutatis mutandis auch für Geschäftsräume. Sodann wird durchwegs auf vermietete Wohnliegenschaften Bezug genommen, doch gilt das Gesagte ohne Abstriche auch für vermietetes Stockwerkeigentum.

I. Art. 261 OR im Überblick

- 2 1. Der **Gesetzeswortlaut**. Verkauft «der Vermieter die Sache [Wohnliegenschaft] nach Abschluss des Mietvertrags ..., so geht das Mietverhältnis mit dem Eigentum an der Sache auf den Erwerber über» (Art. 261 Abs. 1 OR). Der Käufer kann jedoch «das Mietverhältnis mit der gesetzlichen Frist auf den nächsten gesetzlichen Termin kündigen, wenn er einen dringenden Eigenbedarf für sich, nahe Verwandte oder Verschwägte geltend macht» (Art. 261 Abs. 2 lit. a OR). Kündigt der Käufer «früher, als es der Vertrag mit dem bisherigen Vermieter [Verkäufer] gestattet hätte, so haftet dieser dem Mieter für allen daraus entstehenden Schaden» (Art. 261 Abs. 3 OR).
- 3 2. Der **Übergang des Mietverhältnisses setzt voraus**, dass der Mietvertrag vor der Eigentumsübertragung abgeschlossen wurde: Ist das Eigentum einmal übergegangen, so kann der Verkäufer/Vermieter das Eigentumsrecht des Käufers nicht mehr dadurch beschränken, dass er Mietverträge zu Lasten des Käufers abschliesst. Allfällige Vertragsabschlüsse sind freilich gültig, verpflichten aber nur den Verkäufer. Kann dieser den Vertrag nicht erfüllen, weil der Käufer nicht bereit ist, den Mietvertrag zu erfüllen, so wird er dem Mieter aus Art. 97 OR schadenersatzpflichtig. Im Übrigen «kommt Art. 259f OR zur Anwendung» (LACHAT/SPIRIG, S. 649 Ziff. 23.4.3).
- 4 Umstritten ist, was unter dem Eigentumsübergang i.S.v. Art. 261 OR zu verstehen ist bzw. in welchem Zeitpunkt der Übergang des Mietverhältnisses stattfindet: mit dem Tagebucheintrag oder mit dem Hauptbucheintrag? Das Bundesgericht stellt auf den ersteren Zeitpunkt ab; die Lehre ist teilweise anderer Ansicht (unten Rn 17). Umstritten ist ferner, ob im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs, also des Tagebucheintrags nach bundesgerichtlicher Ansicht, der Mietantritt bereits erfolgt sein muss oder nicht. M.E. ist dies zu verneinen: Es genügt, dass im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs der Mietvertrag abgeschlossen war². Der Gesetzeswortlaut ist insoweit eindeutig,

² So PIOTET D., Rn 41 und 44; LÜSCHER, AJP 1997, S. 948 f.; RONCORONI, mp 2005, S. 198 f.; a.A. ZIHLMANN, S. 88; ZürK/HIGI, N 12 zu Art. 261–261a OR; KOLLER, ZBGR 1991, S. 197; PERMANN, N 4 zu Art. 261a OR; BasK/WEBER, N 2 zu Art. 261 OR. – Eine entsprechende Kontroverse bestand bereits unter dem bis 1991 geltenden Mietrecht hinsichtlich aArt. 259 OR (s. einerseits ZürK/SCHMID, N 1 zu aArt. 259 OR, andererseits BerK/BECKER, N 12 zu aArt. 259 OR; ZR 1948 Nr. 53).

und hinreichende Gründe gegen eine wörtliche Interpretation bestehen nicht. Hingegen scheint fraglich, ob die gesetzgeberische Lösung beifallswürdig ist. Das trifft aus der Sicht des Schreibenden nicht zu³. Rechtsvergleichend ist auf § 566 BGB hinzuweisen, wonach nur bereits in Vollzug gesetzte Mietverhältnisse auf den Käufer übergehen.

3. Bei gegebenen Voraussetzungen **geht das Mietverhältnis so auf den Käufer über, wie es beim Verkäufer Bestand hatte**. Eine Einschränkung macht das Gesetz insofern, als der Käufer den Mietvertrag bei dringendem Eigenbedarf – von Ausnahmefällen abgesehen (Rn 7) – vorzeitig kündigen kann (Art. 261 Abs. 2 lit. a OR). Abgesehen hiervon ist der Käufer in der gleichen Stellung, wie sie zuvor der Vermieter innehatte. Aber nur in die Vermieterstellung rückt der Käufer nach. Bestehen zwischen Vermieter/Verkäufer und Mieter noch andere als mietvertragliche Rechte und Pflichten, so bleiben diese vom Wechsel des Mietverhältnisses unberührt, mögen sie auch im Zusammenhang mit dem Mietvertrag, allenfalls sogar im gleichen Schriftstück, vereinbart worden sein⁴. Vom Übergang nicht betroffen ist z.B. eine vom Vermieter übernommene Pflicht, dem Mieter Möbel abzukaufen⁵. Ferner ist zu beachten, dass der Eigentumserwerb des Käufers grundsätzlich nicht in die Vergangenheit wirkt: «Vorbestandene Rechte und Pflichten zwischen Vermieter und Mieter werden nicht berührt.» (GUHL/KOLLER, § 44 Rn 63)⁶. Hat beispielsweise der Mieter wegen Mängeln der Mietsache den Mietzins gemindert (Art. 259d OR), so bleibt ein bereits vor dem Eigentumsübergang entstandener Anspruch auf Rückzahlung zuviel bezahlten Mietzinses dem Vermieter/Verkäufer gegenüber bestehen⁷. Das ist jedenfalls die herrschende, auch vom Bundesgericht geteilte Ansicht (BGE 127 III 273 E. 4c⁸; BGer, MRA 2000, S. 326 ff.⁹; Spaltungstheorie)¹⁰. Nach anderer

³ Vgl. KOLLER, ZBGR 1991, S. 197.

⁴ BasK/WEBER, N 4 a.E. zu Art. 261 OR.

⁵ Beispiel von BasK/WEBER, N 4 a.E. zu Art. 261 OR. Vgl. BGE 4C.84/2007 E. 3.3 (Pflicht zur Rückzahlung einer Goodwill-Entschädigung wegen vorzeitiger Beendigung des Mietvertrags).

⁶ Abweichend ZürK/HIGI, N 22 und 27 zu Art. 261–261a OR.

⁷ BJM 1998, S. 310 ff. S. ferner ZürK/HIGI, N 27 zu Art. 261–261a OR; SVIT-Kommentar, N 14 zu Art. 261–261a OR; DB 1999, S. 11 f. Nr. 7.

⁸ S. dazu KOLLER, OR BT I, § 9 Rn 170, und – kritisch – WYTTENBACH, mp 2011, S. 30 ff.

⁹ S. dazu KOLLER, OR BT I, § 10 Rn 45.

¹⁰ ZürK/HIGI, N 22 f. zu Art. 261–261a OR; CHK/HULLIGER/HEINRICH, N 6 zu Art. 261–261a OR; RONCORONI, mp 2005, S. 202 f.; BLUMER, Rn 704. Auch unter den Vertretern der Spaltungstheorie gehen freilich die Ansichten auseinander, wie sich im Verlaufe der Ausführungen verschiedentlich zeigen wird (vgl. vorderhand einerseits GUHL/KOLLER, § 44 Rn 63; andererseits ZürK/HIGI, N 22 und 27 zu Art. 261–

Ansicht geht das Mietverhältnis integral auf den Käufer über, samt bereits entstandenen mietvertraglichen Rechten und Pflichten des Vermieters¹¹.

- 6 Die praktische Bedeutung von Art. 261 wird deutlicher, wenn man ihn aArt. 259 in der bis 1. Juli 1990 geltenden Fassung gegenüberstellt. Diese letztere Bestimmung sah vor, dass der Käufer den Mieter im Mietobjekt zu belassen hatte bis zum Zeitpunkt, auf den nach Gesetz die Kündigung zulässig war, sofern der Mietvertrag keine frühere Auflösung zulies. Kündigte der Käufer nicht auf den frühestmöglichen Termin, galt er als in das Mietverhältnis eingetreten¹². Bis zu diesem Zeitpunkt war der Käufer nicht in der Vermieterstellung: Er hatte zwar den Mietgegenstand zum Gebrauch zu überlassen, es stand ihm jedoch weder der Anspruch auf Zins zu, noch hatte er die Pflicht, allfällige Mängel zu beseitigen (vgl. BGE 28 II 78 E. 3; 44 I 66, 70 f.). Seine Verpflichtung war eine völlig passive, indem er den Mieter im Mietgegenstand zu belassen und dem Verkäufer/Vermieter die Erfüllung seiner Vermieterpflichten zu ermöglichen hatte¹³. Dieser Regelung fehlte es an Praktikabilität, sowohl für den Mieter wie für den Käufer: für den Mieter z.B. deshalb, weil er den Mängelbeseitigungsanspruch nur gegen den Verkäufer, der über die Mietsache nicht mehr verfügte, durchsetzen konnte; für den Käufer, weil er z.B. den Mieter nicht zur Einhaltung einer vertraglich übernommenen Hausordnung anhalten konnte. Art. 261 OR ordnet daher zu Recht den sofortigen Übergang des Mietvertrags auf den Käufer an.

- 7 **4. Der Käufer hat bei dringendem Eigenbedarf das Recht, den Vertrag unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist auf den nächsten gesetzlichen Termin zu kündigen**, auch wenn gemäss Vertrag diese Kündigungsmöglichkeit nicht bestehen würde¹⁴. Dieses Recht zur vorzeitigen Kündigung besteht allerdings dann nicht, wenn der Mietvertrag im Grundbuch vorgemerkt ist (Art. 261b Abs. 2 OR) oder wenn der Käufer den Mietvertrag mit allen Rechten und Pflichten vom Vermieter übernommen hat und dieser Übernahmevertrag als echter Vertrag zugunsten Dritter aufzufassen ist (Art. 112 Abs. 2 OR), so dass sich der Mieter dem Käufer

261a OR [zu dessen Ansicht s. die Vorauf., § 7 Rn 5 Anm. 6]). In der deutschen Lehre und Rechtsprechung ist ebenfalls die Spaltungstheorie herrschend (Staudinger/EMMERICH, N 51 ff. zu § 566 BGB, m.w.Nw.).

¹¹ Z.B. BasK/WEBER, N 4 zu Art. 261 OR; WYTTENBACH, mp 2011, S. 8 ff., 24 ff.; weitere Nw. bei BLUMER, Rn 707 Anm. 708.

¹² Er hatte dann alle Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis (ZürK/SCHÖNENBERGER/SCHMID, N 24 zu aArt. 259 OR; ZürK/OSER/SCHÖNENBERGER, N 24 zu aArt. 259 OR; ROGNON, RJN 1988, S. 16, mit Hinweisen auf abweichende Meinungen).

¹³ Vgl. ZürK/OSER/SCHÖNENBERGER, N 21 zu aArt. 259 OR; ZürK/SCHÖNENBERGER/SCHMID, N 17 und 24 zu aArt. 259 OR.

¹⁴ Ist die vertragliche Kündigungsordnung für den Vermieter günstiger als die gesetzliche, spielt dieses Recht keine Rolle. Dabei ist aber zu beachten, dass die Kündigungsfristen vertraglich zwar verlängert, nicht aber verkürzt werden können; nur die Termine sind völlig dispositiv (Art. 266a Abs. 1 OR).

gegenüber vollumfänglich auf den Mietvertrag berufen kann (mp 2013, S. 283 ff.)¹⁵. Diese «Drittwirkung» liegt nicht nur im Interesse des Mieters, sondern ebenso in jenem des Verkäufers/Vermieters, weil dieser so eine allfällige Haftung aus Art. 261 Abs. 3 OR (dazu Ziff. 5) vermeiden kann. Sie entspricht daher typischerweise dem (zumindest) hypothetischen Parteiwillen; dementsprechend ist sie – wie schon unter dem bis Mitte 1990 geltenden Mietrecht¹⁶ – zu vermuten. Damit der Mieter vom Vorliegen eines allfälligen Übernahmevertrags Kenntnis erlangen kann, hat ihm das Grundbuchamt auf Verlangen Einsicht in den Kaufvertrag zu gewähren (Art. 970 ZGB)¹⁷.

Art. 261 OR räumt nur dem Käufer ein Recht zur vorzeitigen Kündigung ein, nicht auch dem Mieter. Dahinter steckt die Überlegung, dass es dem Mieter – anders als etwa dem Arbeitnehmer (vgl. Art. 333 Abs. 1 OR) – regelmässig gleichgültig sein wird, wer sein Vertragspartner ist. Sollte dem Mieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses mit dem Käufer ausnahmsweise nicht zumutbar sein, so steht ihm die Kündigung aus wichtigem Grund nach Art. 266g OR offen (man denke an den Fall, dass der Mieter mit dem Käufer verfeindet ist).

5. Mit dem Übergang des Mietverhältnisses auf den Käufer **erlischt das Mietverhältnis zum Vermieter**. Dieser wird also aus der Vermieterstellung entlassen¹⁸. Er **haftet** immerhin nach Art. 261 Abs. 3 OR für den Fall, dass der Käufer von seinem (allfälligen) Recht zur vorzeitigen Vertragsauflösung Gebrauch macht. Von einem Verschulden ist nicht die Rede, doch wird ein solches immer gegeben sein. Denn wenn der Käufer zur vorzeitigen Kündigung berechtigt ist, so hat er diese Möglichkeit nur, weil und sofern ihm der Mietvertrag nicht überbunden wurde (oben Rn 7). In der Nichtüberbindung des Vertrags ist aber durchwegs ein haftbar machendes Verschulden zu sehen.

Der Gesetzgeber weicht mit dieser Regelung erheblich vom früheren, bis 1. Juli 1990 in Kraft gewesenen Mietrecht ab: aArt. 259 OR sah vor, dass der Vermieter/Verkäufer nach dem Verkauf der vermieteten Wohnliegenschaft «zur Erfüllung des Vertrages oder zu Schadenersatz verpflichtet» blieb. Das bedeutete, dass die Gebrauchsüberlassungspflicht des Vermieters/Verkäufers trotz der Eigentumsübertragung weiterhin Bestand hatte. Der Käufer galt als seine Hilfsperson bei der Erfüllung dieser Pflicht. Vertragsverletzungen von Seiten des Käufers wurden demzufolge dem Verkäufer nach Art. 101 OR zugerechnet. Daraus resultierte eine viel weiter gehende Haftung, als sie heute nach Art. 261 Abs. 3 OR Platz greift (unten Rn 65 f.). Neben die Gebrauchsüberlassungspflicht des Verkäufers trat zusätzlich diejenige des Käufers, sobald dieser zufolge unterlassener Kündigung gemäss

¹⁵ KOLLER, OR BT I, § 9 Rn 177.

¹⁶ Vgl. aArt. 259 Abs. 1 OR in der bis 1. Juli 1990 geltenden Fassung, dazu BGer, mp 1988, S. 41 ff. E. 2.

¹⁷ mp 1988, S. 121 f.

¹⁸ Z.B. LÜSCHER, AJP 1997, S. 950 ff.; FELLMANN, AJP 1994, S. 542 Rn 13–15; ZürK/HIGI, N 26 zu Art. 261–261a OR.

aArt. 259 Abs. 2 OR als in das Mietverhältnis eingetreten galt. Dass der Mieter in der Person des Käufers einen neuen Schuldner bekam, veranlasste somit den Gesetzgeber nicht, den Vermieter aus seiner Pflichtenstellung zu entlassen¹⁹.

- 11 Die in Rn 9 gemachte Aussage, dass der Vermieter im Falle einer Veräußerung des Mietobjekts seiner Vermieterpflichten entledigt wird, gilt nach einem Teil der Lehre nur für nicht im Grundbuch vorgemerkte Mietverträge. Bei vorgemerkten Mietverträgen bleibe hingegen der Vermieter an den Mietvertrag gebunden und er sei bis zum Ablauf des vorgemerkten Vertrages solidarisch mit dem Käufer haftbar²⁰. Indes lässt das Gesetz (Art. 261b OR) vorgemerkten Mietverträgen nur insoweit eine Sonderstellung zukommen, als es den Käufer vollständig an den Mietvertrag bindet, insbesondere eine vorzeitige Kündigung wegen dringenden Eigenbedarfs ausschliesst. Hingegen regelt Art. 261b OR die Rechtsstellung des Verkäufers in keiner Weise; für ihn bleibt es daher bei Art. 261 OR²¹. Diese gesetzliche Anordnung entspricht Sinn und Zweck der Vormerkung, welche ja einzig zum Ziele hat, dem Mietvertrag realobligatorische Wirkung zu verleihen²².
- 12 6. Art. 261 OR regelt ausschliesslich das Verhältnis von Verkäufer und Käufer zum Mieter, nicht hingegen das **Verhältnis von Verkäufer und Käufer** unter sich. Insoweit gelten die einschlägigen kaufrechtlichen Bestimmungen. Diese bedürfen allerdings der Anwendung auf die konkrete Fragestellung (V.).
- 13 7. Art. 261 OR kommt nicht nur beim hier interessierenden Fall des Verkaufs einer vermieteten Wohnliegenschaft zur Anwendung, sondern auch bei **jedem sonstigen Veräußerungsvertrag** (Schenkung, Tausch, gemischte Schenkung usw.). Gleichgestellt ist der Fall, dass das Mietobjekt dem Vermieter in einem **Schuldbetreibungs- oder Konkursverfahren** entzogen wird (Art. 261 Abs. 1 OR). Strittig ist die Rechtslage in Fällen, in denen es zu einem Doppelaufwurf – Versteigerung der Liegenschaft mit und ohne Mietverhältnis – kommt und dem Erwerber die Mietliegenschaft ohne den

¹⁹ Der Bundesrat wollte es weitgehend bei der früheren Regelung belassen; vgl. Botschaft, S. 53, wonach «dies» (sc. der Übergang des Mietverhältnisses) «den Vermieter nicht von seinen Verpflichtungen» befreien sollte. In ZBGR 1991, S. 209 ff., ging ich noch davon aus, gestützt auf diese Stelle könne der alte Rechtszustand gleichsam in das neue Recht hineininterpretiert werden. Diese Auslegung halte ich nach erneuter Überlegung für unzutreffend.

²⁰ ZIHLMANN, S. 84.

²¹ FELLMANN, AJP 1994, S. 547.

²² Allgemein zur Vormerkung von Mietverträgen ZUCKER ARMIN/EICHENBERGER CHRISTIAN, Die Vormerkung des Mietverhältnisses im Grundbuch, Ausgewählte praktische Fragen, AJP 2010, S. 839 ff.; neustens noch GRELL BORIS, Fremdfinanzierung beim vorgemerkten Mietvertrag, Jusletter 16. Januar 2017.

Mietvertrag zugeschlagen wird²³. Nach der Bundesgerichtspraxis kann der Erwerber das Mietverhältnis in einem solchen Fall «unbesehen dringenden Eigenbedarfs auf den nächsten gesetzlichen Termin kündigen» (BGE 125 III 123 Regesten), doch bleibt dem Mieter gegebenenfalls das Recht auf Erstreckung gewahrt (BGE 128 III 82 E. 2d).

8. Art. 261 OR ist nach Art. 261a OR **sinngemäss** anwendbar, «**wenn der Vermieter einem Dritten ein beschränktes dingliches Recht einräumt und dies einem Eigentümerwechsel gleichkommt**». In Lehre und Rechtsprechung (BGE 142 III 329) werden z.T. noch weitere Analogiefälle befürwortet oder zumindest in Erwägung gezogen. Nicht analogiefähig ist die Bestimmung jedoch nach zutreffender herrschender Auffassung im Falle einer Universalsukzession²⁴. Daher kommt sie insbesondere beim Erbgang (Art. 560 ZGB) nicht zum Tragen, weshalb der Erbe das auf ihn übergegangene Mietverhältnis nicht vorzeitig kündigen kann. Nicht anwendbar ist Art. 261 OR ferner bei einer Vermögensübernahme i.S.v. Art. 181 OR oder bei einer Fusion²⁵.

9. Kraft ausdrücklicher Vorschrift (Art. 261 Abs. 4 OR) greift Art. 261 OR auch im Falle einer **Enteignung** nicht ein.

Zugunsten des Vermieters, dessen Grundstück enteignet wird und der deshalb den Mietvertrag nicht mehr erfüllen kann, greift Art. 119 OR (unverschuldete Unmöglichkeit) ein: Der Vermieter wird ohne Haftungsfolgen von seinen Verpflichtungen befreit. Doch sind nach dem Enteignungsgesetz (EntG) die persönlichen Rechte des Mieters Gegenstand der Enteignung, so dass der Enteigner bei Beeinträchtigung dieser Rechte dem Mieter entschädigungspflichtig wird (Art. 5, 23 Abs. 2, 31, 32, 37 und 89 Abs. 2 EntG)²⁶. Analoge Regelungen sehen auch kantonale Enteignungsgesetze vor, vgl. Bohnet/Montini/MARCHAND, N 63 zu Art. 261 OR.

II. Die Voraussetzungen, unter denen das Mietverhältnis übergeht

Die Voraussetzungen, unter denen das Mietverhältnis auf den Käufer übergeht, sind nicht völlig geklärt. Umstritten ist insbesondere, ob der Übergang die Eintragung des Käufers im Hauptbuch voraussetzt oder ob bereits

²³ S. RONCORONI, mp 2005, S. 222 ff., mit zahlreichen weiterführenden Hinweisen.

²⁴ Bohnet/Montini/MARCHAND, N 12 zu Art. 261 OR; BasK/WEBER, N 2 zu Art. 261 OR, m.w.Nw.

²⁵ LCHAT/SPIRIG, S. 650 f. Ziff. 23.4.4.2; ZürK/HIGI, N 8 zu Art. 261–261a OR.

²⁶ Rechtsprechungshinweise bei TERCIER PIERRE/BIERI LAURENT/CARRON BLAISE, Les contrats spéciaux, 5. A. Zürich 2016, Rn 2072.

der Eintrag im Tagebuch genügt²⁷. Bei wörtlicher Interpretation von Art. 261 Abs. 1 OR ist der Hauptbucheintrag entscheidend, denn die Bestimmung stellt ja auf den Eigentumserwerb ab, dieser aber setzt die Eintragung im Hauptbuch voraus (Art. 972 Abs. 1 ZGB). Das Bundesgericht ist jedoch anderer Meinung und lässt den Tagebucheintrag genügen (BGE 118 II 119 = Pra 1993 Nr. 165²⁸). Dafür beruft es sich auf Art. 972 Abs. 2 ZGB, auf Gründe der Praktikabilität sowie auf den Umstand, dass der Verkäufer mit der Grundbuchanmeldung das Seinige zur Eigentumsübertragung getan habe und der Übergang des Mietverhältnisses nicht davon abhängig sein dürfe, in welchem Zeitpunkt der Grundbuchverwalter den Eigentumsübergang im Hauptbuch eintrage. Es nimmt damit – bewusst – in Kauf, dass das Mietverhältnis auch in Fällen übergeht, in denen der Käufer später nicht Eigentümer wird, z.B. weil der Kaufvertrag an einem Formmangel leidet (Art. 965 Abs. 3 ZGB). Allerdings sind dies seltene Ausnahmefälle und die damit verbundenen Probleme vermögen nach Ansicht des Bundesgerichts die Vorteile der «Tagebuchtheorie» nicht aufzuwiegen. Ich war früher anderer Meinung, habe mich aber schon im «GUHL» bekehrt²⁹ und halte nun an der neuen Ansicht fest, freilich mit dem bekannten *ceterum censeo*, dass Art. 972 Abs. 2 ZGB im vorliegenden Kontext nichts zu suchen hat. Im Vordergrund steht neben den vom Bundesgericht angestellten Praktikabilitätsüberlegungen die Erwägung, dass der Eintrag im Hauptbuch dem Publizitätsgedanken verpflichtet ist, dieser jedoch im vorliegenden Zusammenhang ohne Bedeutung ist, jedenfalls gegen den mit der Grundbuchanmeldung geäusserten Willen der Parteien, Eigentum übergehen zu lassen, nicht aufzukommen vermag. Dazu kommt, dass die Tagebuchtheorie die Interessen des Mieters nicht in massgeblicher Weise beeinträchtigt. Der Mietvertrag bleibt ja so oder anders bestehen.

- 18 Wird die Grundbuchanmeldung abgewiesen oder von den Kaufvertragsparteien zurückgezogen³⁰, erlangt also der Käufer kein Eigentum, so verliert eine vom Käufer ausgesprochene vorzeitige oder sonstige Kündigung ihre Wirkung (sie ist «ex tunc unwirksam, d.h. nichtig» [ZIRLICK/LÜTHI, recht 2000, S. 155³¹]). Der Mietvertrag hat daher weiterhin mit dem bisherigen Vermieter Bestand. Dieser muss jedoch die Kündigung unter Rechtsmissbrauchsgesichtspunkten (Art. 2 Abs. 2 ZGB) regelmässig gegen sich gelten

²⁷ Für die «Hauptbuchtheorie» ZürK/HIGI, N 25 zu Art. 261–261a OR; LÜSCHER, *AJP* 1997, S. 948 Anm. 15; PERMANN, N 3 zu Art. 261a OR; ZIHLMANN, S. 89; für die «Tagebuchtheorie» KOLLER T., recht 1993, S. 71; LACHAT/SPIRIG, S. 651 Ziff. 23.4.5; BasK/WEBER, N 4 zu Art. 261 OR (anders noch in der Vorauffl. [5.], N 3 zu Art. 261 OR).

²⁸ Bestätigt in BGE 128 III 82 E. 1b/c.

²⁹ GUHL/KOLLER, § 44 Rn 64.

³⁰ Ein einseitiger Rückzug ist seit BGE 115 II 221 nicht mehr zulässig.

³¹ Wie ZIRLICK/LÜTHI auch PERMANN, N 3 zu Art. 261a OR, wohl auch ZürK/HIGI, N 25 und 29 zu Art. 261–261a OR.

lassen, wenn der Mieter am Mietverhältnis nicht festhalten will (z.B. weil er zwischenzeitlich bereits eine andere Wohnung gefunden hat). Allfälligen Schaden kann der Mieter vom Vermieter ersetzt verlangen (Art. 261 Abs. 3 OR, der zumindest analog heranzuziehen ist). Nach abweichender Ansicht ist eine vom Käufer nach dem Tagebucheintrag abgegebene Kündigung in jedem Fall gültig. Diese auch in der Voraufkl. (§ 7 Rn 14) vertretene Ansicht habe ich bereits im OR BT I aufgegeben (§ 9 Rn 180).

Nach dem Gesagten geht das Mietverhältnis bereits mit dem Tagebucheintrag, nicht erst mit dem Hauptbucheintrag und dem damit verbundenen Eigentumserwerb auf den Käufer über. Trotzdem wird im Folgenden immer davon gesprochen werden, der Mietübergang knüpfe sich an den Eigentumsübergang. 19

III. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Käufer und dem Mieter nach dem Übergang des Mietvertrages

Die Rechtsfolge von Art. 261 Abs. 1 OR besteht – wie gesagt – im Übergang des Mietverhältnisses auf den Käufer. Eine Einschränkung ist insofern zu machen, als der Käufer den Mietvertrag bei dringendem Eigenbedarf – mit gewissen Vorbehalten (oben Rn 7) – kündigen kann, auch wenn ihm diese Möglichkeit nach Vertrag nicht offenstünde (Art. 261 Abs. 2 lit. a OR). Dass das Mietverhältnis übergeht, bedeutet nach herrschender Ansicht nicht, dass auch alle bereits bestehenden Rechte und Pflichten des Vermieters auf den Mieter übergehen. Vielmehr werden diese vom Übergang nicht berührt (Spaltungstheorie). Der Übergang wirkt also ex nunc. Was dies im Einzelnen bedeutet, ist nicht umfassend geklärt und hinsichtlich verschiedener Punkte strittig³². Im Folgenden werden einzelne wichtige Teilaspekte herausgegriffen. 20

1. Mietzinsberechtigung des Käufers

1. Mit dem Eigentumserwerb geht der Mietzinsanspruch auf den Käufer über. Der Vermieter seinerseits verliert den Anspruch, er bleibt nicht etwa solidarisch berechtigt. Aus der Sicht des Mieters bedeutet dies, dass er den Mietzins nur noch dem Käufer zahlen darf. Zahlung an den Verkäufer befreit ihn nicht, vorbehaltlich des Tatbestands von Art. 167 OR. Diese Bestimmung sieht vor, dass der Schuldner im Falle der Zession der gegen ihn bestehenden Forderung bis zur Anzeige der Abtretung mit befreiender Wirkung an den 21

³² Zur Frage, wem nach Übergang des Mietverhältnisses eine Sicherheitsleistung (Art. 257e OR) zusteht, s. BGE 127 III 273 E. 4c; BJM 1998, S. 310 ff.

Zedenten zahlen kann, sofern er von der Zession weder Kenntnis hat noch haben muss. Auf eine *cessio legis* kommt die Bestimmung analog zur Anwendung. Beim Tatbestand von Art. 261 OR stellt sich diesfalls die Frage, ob das Erfordernis der Gutgläubigkeit auf den Eigentumserwerb oder auf den Forderungsübergang zu beziehen ist. Wie an anderer Stelle dargelegt³³, trifft letzteres zu. Ob eine Zahlung an den Verkäufer/Vermieter statt den Käufer befreiende Wirkung hat, entscheidet sich somit danach, ob der Mieter im Zeitpunkt der Zahlung Kenntnis davon hat bzw. haben müsste, dass der Käufer mietzinsberechtigt ist. Hat er vom Eigentumswechsel Kenntnis, wird er sich allerdings wegen Art. 3 Abs. 2 ZGB regelmässig nicht auf Unkenntnis des Forderungsübergangs berufen können.

- 22 Art. 3 Abs. 2 ZGB auferlegt im Übrigen dem Mieter nicht die Pflicht, dauernd im Grundbuch nachzuforschen, ob ein Eigentümerwechsel stattgefunden hat. Eine Erkundigungspflicht besteht vielmehr nur, falls begründete Anhaltspunkte für einen Eigentümerwechsel vorliegen. Andernfalls schadet das Unterlassen der Einsichtnahme nicht. Art. 970 Abs. 4 ZGB, wonach Einträge im Grundbuch als bekannt vorausgesetzt werden, ändert hieran nichts³⁴; die Fiktion kommt gegenüber dem Mieter nicht zum Tragen (vgl. BGE 142 III 329 E. 5.3.2).
- 23 2. In der Frage, wem der Mietzins zusteht, falls der Eigentumswechsel während laufender Mietzinsperiode erfolgt, ist massgeblich auf die Fälligkeit abzustellen: Ist der Mietzins für die betreffende Periode im Zeitpunkt des Eigentumswechsels bereits fällig, so steht der Zins dem Verkäufer zu, sonst dem Käufer. Eine Aufteilung des Mietzinses ist aus Gründen der Praktikabilität und im Interesse des Mieters abzulehnen. Diesem wäre nicht zumutbar, eine Aufteilung des Mietzinses pro rata temporis vorzunehmen (vgl. Art. 169 OR).
- 24 3. Die Regelung von Art. 261 OR ist insofern dispositiv, als die Mietzinsforderungen durch vertragliche Vereinbarung dem Verkäufer vorbehalten werden können. Rechtlich gesehen, handelt es sich dabei um eine Zession der künftig im Käufer entstehenden Mietzinsforderungen. Es ist daher das Formerfordernis der Schriftlichkeit (Art. 165 OR) zu beachten. Formbedürftig ist aber nur der Verfügungsvertrag (Abtretung), nicht schon das *pactum de cedendo*³⁵. Ebenso wenig ist das Schriftformerfordernis zu beachten, wenn

³³ KOLLER ALFRED, *Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht*, Freiburg 1985, Rn 699.

³⁴ Vgl. LACHAT, S. 687 Anm. 171. Näheres in der Voraufl., § 7 Rn 18 Anm. 27.

³⁵ Denkbar ist freilich, dass dieses der öffentlichen Beurkundung bedarf. Man denke an den Fall, dass der Anspruch auf den Mietzins Teil des Kaufpreises bildet. Wird der Kaufpreis selbständig festgesetzt, im Sinne einer Zahlungsmodalität jedoch die Einziehung des Mietzinses durch den Verkäufer abgemacht, so wird die öffentliche Beurkundung im Normalfall – wegen fehlender subjektiver Wesentlichkeit (oben § 1 Rn 22) – nicht nötig sein.

sich der Käufer lediglich verpflichtet, den eingezogenen Zins an den Verkäufer abzuführen. Eine derartige Verpflichtung ergibt sich unter Umständen schon aus dem Gesetz (Art. 220 OR).

4. Der Käufer kann den Mietzins nach Massgabe von Art. 269d OR erhöhen. Dabei steht ihm die absolute Methode zur Verfügung, während sich der Vermieter/Verkäufer an die relative zu halten hatte (BGer, mp 1994, S. 93 ff. E. 3)³⁶. Wenn also dieser Letztere den nach Art. 269 bzw. 269a OR zulässigen Mietzins nicht ausgeschöpft hatte, so kann der Käufer den Mietzins entsprechend erhöhen, auch wenn der bisherige Vermieter keinen entsprechenden Erhöhungsvorbehalt gemacht hatte und ihm daher kein Erhöhungsrecht zustand. 25

2. Die Gebrauchsüberlassungspflicht des Käufers

1. Die Gebrauchsüberlassungspflicht des Käufers beinhaltet auch die Pflicht, die Mietsache in einem für den Gebrauch tauglichen Zustand zu erhalten. Dem Käufer obliegt daher auch die Beseitigung von Mängeln, was aus der Sicht des Mieters bedeutet, dass ihm gegebenenfalls die Mängelrechte gegenüber dem Käufer zustehen. So kann beispielsweise der Käufer dem Mieter nach Art. 259e OR haftbar werden, wenn diesem wegen eines schuldhaft nicht beseitigten Mangels Schaden entsteht. Unterlässt der Käufer die Mängelbeseitigung, kann der Mieter nach Massgabe von Art. 259b lit. b OR die Mängel auf Kosten des Käufers beseitigen lassen, gemäss Art. 259d OR den Mietzins reduzieren und unter den Voraussetzungen von Art. 259g OR den Mietzins hinterlegen. 26

2. Auch in diesem Zusammenhang gilt, dass der Käufer in den Mietvertrag eintritt, wie er ihn beim Eigentumswechsel vorfindet. Wenn beispielsweise der Mieter dem Verkäufer gegenüber Frist zur Mängelbeseitigung angesetzt hatte, so ist es nach dem Eigentumsübergang zu halten, wie wenn die Fristansetzung dem Käufer gegenüber erfolgt wäre. Der Mieter kann daher bei unbenutztem Fristablauf nach Art. 259b lit. b OR zur Ersatzvornahme schreiten, sofern es sich nicht um einen schweren Mangel handelt³⁷. Der Käufer muss sich somit das Verhalten des Verkäufers anrechnen lassen. Zur Begründung kann Art. 169 OR analog herangezogen werden: Der Mieter soll durch den Eigentums- bzw. Vermieterwechsel nicht benachteiligt werden. 27

3. Inwieweit mit der Gebrauchsüberlassungspflicht zusammenhängende Pflichten des Verkäufers auf den Käufer übergehen, bestimmt sich nach dem 28

³⁶ KOLLER, OR BT I, § 10 Rn 54; RONCORONI, mp 2005, S. 205.

³⁷ Bei schweren Mängeln richtet sich die Ersatzvornahme nach Art. 98 OR.

mit Art. 261 OR verfolgten Zweck. Diese Bestimmung will in erster Linie dem Mieter den Gebrauch des Mietobjekts sichern. Sodann liegen ihr auch Praktikabilitätsüberlegungen zugrunde (vgl. Rn 17). Unter keinem dieser Gesichtspunkte rechtfertigt sich beispielsweise der Übergang fälliger Schadenersatzpflichten i.S.v. Art. 259e OR, die vor der Handänderung entstanden sind; Schuldner ist und bleibt der Verkäufer, und nur er^{38,39}. Ein Bedürfnis, dem Mieter einen zusätzlichen Schuldner in der Person des Käufers zur Verfügung zu stellen, besteht nicht⁴⁰. Dasselbe gilt etwa im Fall, da der Verkäufer/Vermieter vor der Handänderung einen Mangel nicht beseitigt hat und deswegen für die Kosten einer Ersatzvornahme haftet. Es kommt somit der Grundsatz zum Tragen, dass im Zeitpunkt des Vermieterwechsels bereits bestehende Rechte und Pflichten nicht auf den Käufer übergehen (oben Rn 5).

3. Der Übergang des Kündigungsrechts auf den Käufer; der Käufer als Adressat der Kündigungserklärung des Mieters

- 29 1. Ist der Mietvertrag auf Kündigung gestellt, geht mit dem Eigentumsübergang am Mietobjekt das Kündigungsrecht vom Verkäufer auf den Käufer über⁴¹. Das Kündigungsrecht des Käufers entspricht in jeder Beziehung dem Kündigungsrecht, das vor der Handänderung dem Vermieter/Verkäufer zustand. Es gelten die gleichen **Regeln hinsichtlich Kündigungsfristen und -termine**, und es sind dieselben **Formvorschriften** (Art. 266I, 266n f. OR) zu beachten.
- 30 Vor dem Eigentumserwerb kann der Käufer nicht rechtswirksam kündigen, jedenfalls nicht aus eigenem Recht (vgl. BGE 39 II 463 E. 1 S. 470; 42 II 281, 284)⁴². Hingegen kann er vertretungsweise das Kündigungsrecht des Verkäufers wahrnehmen, sofern er hierzu

³⁸ A.A. sind naturgemäss jene, welche die Spaltungstheorie ablehnen, wie z.B. BasK/WEBER, N 4 zu Art. 261 OR (w.Nw. oben in Anm. 11). Wie hier MünchK/HÄUBLEIN, N 30/34 zu § 566 BGB, und Staudinger/EMMERICH, N 54 zu § 566 BGB, mit Bezug auf das deutsche Recht.

³⁹ Vgl. demgegenüber z.B. Art. 181 Abs. 2 und 333 Abs. 3 OR.

⁴⁰ Dass das Mietgrundstück dem Mieter nach dem Eigentumswechsel nicht mehr als Haftungssubstrat zur Verfügung steht, kann nicht entscheidend sein, da der Mieter ohnehin keine Gewähr dafür hat, nötigenfalls auf das Grundstück greifen zu können.

⁴¹ Dieser kann nun selbständig kündigen, einer Mitwirkung des Verkäufers/Vermieters bedarf er nicht (vgl. demgegenüber ZürK/OSER/SCHÖNENBERGER, N 24 zu aArt. 259 OR, zum alten Recht).

⁴² ZürK/OSER/SCHÖNENBERGER, N 20 zu aArt. 259 OR.

bevollmächtigt ist oder nachträglich die Genehmigung des Verkäufers erlangt⁴³. Kündigt der Käufer im Namen des Verkäufers, ohne dass er eine entsprechende Vollmacht des Verkäufers vorweist, so entsteht für den Mieter die Unsicherheit, ob die Kündigung gültig ist oder nicht. Es ist ihm daher das Recht zuzugestehen, vom Käufer den Nachweis der Bevollmächtigung bzw. der nachträglichen Genehmigung zu verlangen. Und zwar hat dieser Nachweis spätestens bis zum Beginn der Kündigungsfrist zu erfolgen. Zu später Nachweis hat Ungültigkeit der Kündigung auf den vorgesehenen Termin⁴⁴ zur Folge⁴⁵, sofern der Mieter die Verspätung nicht akzeptiert (z.B. weil er inzwischen eine günstige Ersatzwohnung gefunden hat und selbst an der Auflösung des Mietvertrages interessiert ist). Nimmt der Mieter vom nicht im Grundbuch eingetragenen Käufer eine Kündigung ohne den Vollmachtsnachweis entgegen, so hat er sich die Ungewissheit über die Wirksamkeit der Kündigung selbst zuzuschreiben⁴⁶. Das schliesst aber ein späteres Begehren auf Vollmachtsnachweis nicht aus. Wird ein solches Begehren erst nach Beginn der Kündigungsfrist gestellt, so ist dem Käufer eine kurze Frist zur Nachreichung von Vollmacht bzw. Genehmigung anzusetzen.

Hat der Käufer ohne Vollmacht gekündigt, wurde die Kündigung jedoch vom Mieter nicht zurückgewiesen, so erlangt sie Gültigkeit, wenn im Nachhinein der Käufer das Eigentum am vermieteten Grundstück erlangt und damit ein selbständiges Kündigungsrecht erwirbt (Konvaleszenz⁴⁷). 31

2. Hat der Verkäufer vor dem Eigentumsübergang gekündigt, so geht das gekündigte Mietverhältnis auf den Käufer über. Ist das Mietverhältnis im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs bereits beendet, geht das durch die Beendigung entstandene **Liquidationsverhältnis** auf den Käufer über. Dem Käufer stehen nun der Rückgabeanspruch sowie der Anspruch auf Mängelbeseitigung gemäss Art. 267 Abs. 1 OR zu^{48,49}. 32

⁴³ Vgl. ZürK/HIGI, N 31 zu Art. 261–261a OR; ZürK/SCHÖNENBERGER/SCHMID, N 34 zu aArt. 259 OR.

⁴⁴ Nur auf den vorgesehenen Termin? Art. 266a Abs. 2 OR, wonach die verspätete Kündigung (vermutungsweise) auf den nächsten Termin wirkt, dürfte hier nicht einschlägig sein. Denn es ist nicht nur die Kündigungsfrist verpasst, sondern es steht auch nicht fest, ob die Kündigung überhaupt vom Berechtigten ausgegangen ist. Dieser Mangel aber kann über Art. 266a Abs. 2 OR nicht geheilt werden. Es muss daher erneut gekündigt werden, soll das Mietverhältnis zur Auflösung gelangen.

⁴⁵ VON TUHR/PETER, S. 146, auch S. 357; KOLLER, OR AT, Rn 15.14.

⁴⁶ Vgl. VON TUHR/PETER, wie vorstehende Anm.

⁴⁷ So zutreffend VON TUHR/PETER, S. 146 Anm. 18. Die in BGE 108 II 190 E. 3 an dieser Auffassung geübte Kritik geht an der Sache vorbei, weil es im fraglichen Entscheid um einen andern Sachverhalt ging: Der Erwerber hatte nicht das Kündigungsrecht des Verkäufers «frühzeitig» geltend gemacht, sondern sein eigenes Kündigungsrecht gemäss aArt. 259 Abs. 2 OR (in der bis 1.7.1990 geltenden Fassung).

⁴⁸ Ebenso für das deutsche Recht BGHZ 72, S. 147 ff. Die Frage ist allerdings umstritten.

⁴⁹ Von selbst versteht sich, dass der Käufer den dinglichen Rückgabeanspruch nach Art. 641 ZGB hat.

- 33 3. Der **Kündigungsschutz** des Mieters (Anfechtbarkeit der Kündigung; Erstreckung des Mietverhältnisses) richtet sich nach Art. 271 ff. OR, wobei überall dort, wo die persönlichen Verhältnisse des Vermieters eine Rolle spielen, nach der Handänderung auf die Person des Käufers abzustellen ist. Das gilt insbesondere im Rahmen der Mieterstreckung. Mit den «Interessen des Vermieters» i.S.v. Art. 272 Abs. 1 OR sind somit beim Tatbestand des Art. 261 OR diejenigen des Käufers gemeint (vgl. BGE 98 II 294 E. 6). Präzisierungen:
- 34 a. Für den Vermieter/Verkäufer geltende **Kündigungssperrfristen** (Art. 271a Abs. 1 lit. d/e und Abs. 2 OR) gelten nach der Handänderung auch für den Käufer (vgl. BGE 110 II 310 E. 3)⁵⁰. Soweit die Sperrfristen nach Art. 271a Abs. 3 lit. a OR – «wegen dringenden Eigenbedarfs des Vermieters für sich, nahe Verwandte oder Verschwägerte» – unbeachtlich sind, sind sie es auch für den Käufer (BGE 118 II 50). Allerdings wechselt der Bezugspunkt des Eigenbedarfs: Vor der Handänderung ist auf den Eigenbedarf des Verkäufers, nachher auf denjenigen des Käufers abzustellen. Mit dieser Einschränkung bleibt es also bei der Regel, dass der Käufer in das Kündigungsrecht des Verkäufers nachrückt.
- 35 Der Sinn und Zweck der Sperrfristen besteht darin, den Mieter gegen Rachekündigungen zu schützen. Abs. 1 lit. d/e und Abs. 2 von Art. 271a OR beinhalten gleichsam eine gesetzliche Fiktion, dass jede von diesen Vorschriften erfasste Kündigung eine Rachekündigung wäre, weshalb *generell* angeordnet wird, dass eine Kündigung während der Sperrfrist unwirksam ist. Diese Fiktion ist bei einer Kündigung des Käufers, der ja normalerweise keinen Grund zur «Rache» hat, nicht gerechtfertigt. Dass er trotzdem – vorbehaltlich dringenden Eigenbedarfs – der Kündigungssperre unterliegt, lässt sich allein mit dem Gedanken rechtfertigen, der Verkäufer solle die Rechtsstellung des Mieters durch einen Verkauf des Mietobjekts nicht beeinträchtigen können⁵¹.
- 36 Das Recht des Käufers, das Mietverhältnis wegen dringenden Eigenbedarfs für sich, nahe Verwandte oder Verschwägerte *ausserordentlich* zu kündigen (Art. 261 Abs. 2 lit. a OR), besteht auch während einer Kündigungssperrfrist i.S.v. Art. 271a Abs. 1 lit. d/e und Abs. 2 OR (Art. 271a Abs. 3 lit. d OR).
- 37 Der «dringende Eigenbedarf» hat in Art. 271a Abs. 3 lit. a OR und Art. 261 Abs. 2 lit. a OR die gleiche Bedeutung⁵². Derselbe dringende Eigenbedarf überwindet also nicht bloss die Sperrfrist für eine ordentliche Kündigung

⁵⁰ ZürK/HIGI, N 37 zu Art. 261–261a OR; GUHL/KOLLER, § 44 Rn 184; BasK/WEBER, N 12 zu Art. 261 OR.

⁵¹ Anders das Bundesgericht (BGE 110 II 310 E. 3b), welches den Zweck der Sperrfristen darin sieht, dem Mieter den Prozesserverfolg zu garantieren (s. zu dieser Ansicht in der Voraufl., § 7 Rn 30 Anm. 43).

⁵² BGE 118 II 50 E. 3d; 4A_23/2009 E. 3.3.1; zurückhaltender BGE 142 III 336, 339 unten («sens similaire»).

(Art. 271a Abs. 3 OR), sondern verschafft auch das Recht, den Vertrag nach Massgabe von Art. 261 Abs. 2 lit. a OR ausserordentlich zu kündigen (vgl. (BGE 118 II 50).

In BGE 118 II 50 hatte es der Käufer unterlassen, rechtzeitig, nämlich auf den ersten Kündigungstermin nach dem Eigentumserwerb (Art. 261 Abs. 2 lit. a OR), ausserordentlich wegen dringenden Eigenbedarfs zu kündigen. In der Folge kündigte er bei fortbestehendem Eigenbedarf ordentlich. Diese Kündigung wurde für zulässig erachtet. Dass sie während einer Kündigungssperrfrist i.S.v. Art. 271a lit. d/e OR ausgesprochen worden war, änderte wegen Art. 271a Abs. 3 lit. a OR nichts. 38

b. Hat der Mieter vor dem Eigentumswechsel gegen den Vermieter eine **Mieterstreckung** erlangt, so geht das erstreckte Mietverhältnis auf den Käufer über. Es ist nun zu halten, wie wenn vertraglich eine feste Mietdauer vereinbart worden wäre. Das bedeutet zweierlei: einmal, dass der Käufer nicht mehr ordentlich kündigen kann, zum andern, dass eine ausserordentliche Kündigung wegen dringenden Eigenbedarfs i.S.v. Art. 261 Abs. 2 OR nach wie vor möglich bleibt⁵³ (Weiteres unten Rn 58 ff.). 39

Wird eine vermietete Wohnliegenschaft während eines Erstreckungsverfahrens veräussert, so findet von Bundesrechts wegen ein Parteiwechsel statt, indem der ursprüngliche Vermieter aus dem Verfahren ausscheidet und der neue Eigentümer an dessen Stelle tritt (Art. 83 Abs. 4 ZPO [zweiter Satzteil] i.V.m. Art. 261 Abs. 1 OR)⁵⁴. Der Käufer nimmt den Prozess in dem Zustand auf, wie er sich beim Eigentumsübergang darbietet. Die Prozesshandlungen wie auch Versäumnisse des Verkäufers/Vermieters behalten ihre Wirkung⁵⁵. 40

4. Der Käufer als Adressat der Kündigungserklärung des Mieters. Kann ab dem Eigentumserwerb nur noch der Käufer kündigen, so gilt umgekehrt auch, dass ab dem gleichen Zeitpunkt nur noch dem Käufer gegenüber gekündigt werden kann. D.h. der Mieter hat sich nun an diesen zu wenden. Die Kündigung gegenüber dem Verkäufer bleibt wirkungslos. Eine Ausnahme gilt dann, wenn der Mieter vom Eigentumswechsel schuldlos keine Kenntnis erlangt hat und ihm die Handänderung vom Verkäufer oder Käufer 41

⁵³ Daraus folgt, dass der Mieter um die Früchte seines Prozesses gebracht werden kann. Dieser Nachteil wird jedoch dadurch ausgeglichen, dass ihm der Vermieter schadenersatzpflichtig wird, wenn der Erwerber auf einen Zeitpunkt vor Ablauf der Erstreckungsdauer kündigt (Art. 261 Abs. 3 OR).

⁵⁴ BerK/GROSS/ZUBER, N 32 zu Art. 83 ZPO. Entsprechendes galt schon vor Inkrafttreten der ZPO (ZR 1973 Nr. 51; SJZ 1989, S. 380 Nr. 2; BJM 1971, S. 174 ff.; Rep 1974, S. 135 ff.; ZürK/HIGI, N 23 zu Art. 261–261a OR; ZürK/SCHÖNENBERGER/SCHMID, N 10 zu Art. 267a OR; ROGNON, RJN 1988, S. 18 f.; HUNZIKER ROLF, 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, S. 8 f.).

⁵⁵ BerK/GROSS/ZUBER, N 11 zu Art. 83 ZPO.

auch nicht (rechtzeitig) mitgeteilt wurde. Diesfalls ist die Kündigung nach Art. 169 OR (analog) gültig (vgl. auch Art. 167 OR).

4. Das (originäre) Kündigungsrecht des Käufers bei dringendem Eigenbedarf

- 42 Das in Art. 261 Abs. 2 lit. a OR vorgesehene Recht des Käufers, das Mietverhältnis wegen dringenden Eigenbedarfs zu kündigen, beruht nicht auf dem (übergegangenen) Mietvertrag, vielmehr handelt es sich um ein originäres Recht, welches dem Vermieter/Verkäufer nicht zustand. Von praktischer Bedeutung ist es insbesondere «im Falle des befristeten, auf lange Dauer fest abgeschlossenen Mietvertrages» (ZIHLMANN, S. 89). Das Kündigungsrecht besteht – wie bereits erwähnt – nur unter der Voraussetzung, dass der Käufer den Mietvertrag nicht übernommen hat und der Mietvertrag auch nicht im Grundbuch vorgemerkt ist (Rn 7)⁵⁶. Nachstehend interessiert nur mehr der für die Kündigung vorausgesetzte «dringende Eigenbedarf».

A. Die Voraussetzung des dringenden Eigenbedarfs

- 43 Der dringende Eigenbedarf muss beim Käufer, bei nahen Verwandten oder Verschwägerten bestehen.
- 44 1. Der Begriff des «nahen Verwandten» taucht auch im Erstreckungsrecht auf (Art. 272 Abs. 2 lit. d OR). Hier wie dort ist er nicht näher definiert. SCHMID (ZürK/SCHMID, N 19 zu Art. 267c OR) führt dazu aus: «Die Grenzziehung» ist daher «fliessend und dem Ermessen des Richters überlassen. Dabei wird er nicht so sehr auf die Nähe der Verwandtschaft als auf die gegenseitigen Beziehungen abstellen ...» Mit andern Worten ist nicht formalistisch darauf abzustellen, in welchem Grade eine Verwandtschaft besteht, vielmehr ist entscheidend, ob und in welchem Masse der Käufer und der Verwandte, dessen Eigenbedarf geltend gemacht wird, ihre verwandtschaftliche Beziehung tatsächlich leben. Entsprechendes gilt hinsichtlich der «nahen Verschwägerten».

⁵⁶ Das Recht, bei dringendem Eigenbedarf nach den gesetzlichen Vorschriften zu kündigen, besteht nur dann, wenn nach Vertrag keine frühere Auflösungsmöglichkeit besteht. Das folgt zwar nicht aus dem Gesetzeswortlaut (vgl. demgegenüber Art. 261 Abs. 2 lit. b OR), wohl aber aus Sinn und Zweck von Art. 261 Abs. 2 lit. a OR. Diese Bestimmung will dem Käufer nur dort ein besonderes Auflösungsrecht gewähren, wo der Mietvertrag keine genügende Auflösungsmöglichkeit vorsieht.

Kein ausserordentliches Kündigungsrecht besteht aber zum vornherein dann, wenn der Käufer die Wohnung einem blossen *Bekanntem* zuhalten will, mag die Beziehung auch noch so nah und intensiv sein. Der Eigenbedarf des Bekannten kann sich allerdings als Eigenbedarf des Käufers auswirken und dann doch ein Kündigungsrecht verschaffen; so etwa dann, wenn der Käufer mit einem invaliden Pflegekind zusammenlebt, das wegen der Behinderung gerade auf das gekaufte Grundstück (z.B. wegen dessen Rollstuhlgängigkeit) angewiesen ist. 45

2. Der Eigenbedarf muss *dringend* sein, was dann zutrifft, wenn dem Käufer bei objektiver Würdigung der Umstände nicht zumutbar ist, mit der Selbstnutzung (für sich, nahe Verwandte oder Verschwägte) bis zum ordentlichen Vertragsende zuzuwarten (BGE 142 III 336 E. 5.2.3)⁵⁷. Ob dies im Einzelfall zutrifft, ist Ermessensfrage und daher unter Würdigung der jeweiligen Umstände festzustellen (Art. 4 ZGB). 46

Dringender Eigenbedarf wäre etwa dann zu bejahen, wenn dem Käufer der Liegenschaft, der früher in einer Mietwohnung wohnte, gekündigt wurde und er nun auf die gekaufte Liegenschaft angewiesen ist, um hier zu wohnen (vgl. BGE 4C.400/2001 [Eigenbedarf der Tochter des Käufers])⁵⁸. Dringlichkeit des Eigenbedarfs wäre hingegen etwa in folgendem Beispiel zu verneinen: «Der neue Eigentümer hat einen nahen Verwandten, der bereits in einer Wohnung wohnt, die hinsichtlich Preis erschwinglich ist und in Wohnkomfort und Wohngrösse vollauf genügt. Er (sc. der Verwandte) möchte aber etwas mehr Sonne und bessere Sicht auf die Alpen, die mit der neuen Wohnung gegeben sind. Der Eigenbedarf kann geltend gemacht werden, nicht aber der dringliche.» (Votum von Ständerat Piller, AmtBull SR 1989, S. 424; weiteres Beispiel: Pra 1997 Nr. 88⁵⁹). 47

Der Eigenbedarf kann auch dringend sein, wenn er im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs noch nicht aktuell ist, jedoch vor Ablauf der ordentlichen Mietdauer aktuell werden wird⁶⁰. Wenn beispielsweise der Vertrag beim Eigentumserwerb des Käufers noch zehn Jahre dauert, so steht die Kündigung offen, falls sich der – als rechtsgenüchlich unterstellte – Eigenbedarf z.B. in zwei Jahren konkretisieren wird. Der Begriff der Dringlichkeit ist nach dem Gesagten relativ (BGE 142 III 336 E. 5.2.3⁶¹). 48

⁵⁷ Gleiche oder ähnliche Formulierung etwa bei PERMANN, N 7 zu Art. 261a OR; LACHAT, CdB 1999, S. 70.

⁵⁸ Weiteres Beispiel bei ROHRER BEAT, Der Eigenbedarf im Mietrecht, MRA 2011, S. 133 ff., 139.

⁵⁹ S. ferner ZMP 1991 Nr. 7, referiert bei ZürK/HIGL, N 43 zu Art. 261–261a OR.

⁶⁰ Anders offenbar WEBER (BasK, N 7 zu Art. 261 OR), der «unmittelbare» und «aktuelle» Gründe für eine Selbstnutzung der Sache voraussetzt.

⁶¹ Hier ging es um einen Käufer, der das erworbene Gebäude zwecks späteren Betriebs eines Hotels umbauen wollte. Der Eigenbedarf wurde für rechtsgenüchlich (dringend i.S.v. Art. 261 Abs. 2 lit. a OR) erachtet.

- 49 Eigenbedarf setzt nach BGE 118 II 50 E. 3d⁶² nicht unbedingt eine Wohnungsnot des Käufers voraus. Auch wirtschaftliche Gründe können nach bundesgerichtlicher Auffassung Eigenbedarf begründen⁶³. In dem konkreten Fall hatte der Käufer seine Mietwohnung ohne Not gekündigt und eine vermietete Wohnung gekauft. Dringender Eigenbedarf des Käufers wurde bejaht, weil der Mieter keinen kostendeckenden Mietzins bezahlen konnte und der Käufer «kaum in der Lage» gewesen wäre, «unter Umständen während Jahren die sich aus der nicht kostendeckenden Vermietung» seiner «Wohnung ergebende Belastung zu tragen» (S. 57). Dass der Käufer seine Mietwohnung ohne Not verlassen hatte, wurde nicht als massgeblich angesehen, weil Mieter ein schützenswertes Interesse am Erwerb von Wohneigentum hätten⁶⁴.
- 50 Wenn es sich beim Käufer um eine juristische Person handelt, so kommt es auf deren Eigenbedarf an, nicht auf jenen der Aktionäre (BGE 142 III 336 E. 5.2.2.1). «La jurisprudence a toutefois admis que, lorsqu'un actionnaire domine économiquement la société acquéresse, le besoin de celui-ci puisse avoir une incidence sur l'admissibilité de la résiliation» (BGE a.a.O.).

B. Inhalt und Modalitäten des Kündigungsrechts

- 51 1. Bei gegebenen Voraussetzungen kann der Käufer das Mietverhältnis mit der gesetzlichen Frist auf den nächsten gesetzlichen Termin kündigen (Art. 261 Abs. 2 lit. a OR)⁶⁵. Wo es sich beim Kaufgegenstand – wie hier unterstellt – um eine Wohnliegenschaft handelt, beträgt die Kündigungsfrist drei Monate, und es kann auf den nächsten ortsüblichen Termin oder – wo ein

⁶² Eine kurze Entscheidungszusammenfassung findet sich in meinem OR BT I, § 9 Rn 176.

⁶³ So auch ZürK/HIGI, N 43 zu Art. 261–261a OR; LACHAT/SPIRIG, S. 728 Ziff. 27.4.3.2; PERMANN, N 7 zu Art. 261a OR; a.A. HONSELL, S. 226.

⁶⁴ In casu erfolgte allerdings die Kündigung nicht gestützt auf Art. 261 Abs. 2 lit. a OR. Der Käufer hatte es nämlich versäumt, auf den ersten gesetzlichen Termin zu kündigen, weshalb das betreffende Kündigungsrecht verwirkt war (unten Rn 51). Es stand ihm daher nur mehr die ordentliche Kündigung offen. Diese Kündigungsmöglichkeit setzte allerdings dringenden Eigenbedarf voraus, weil dem Verkäufer gegenüber eine Kündigungssperre bestand und diese Sperre durch den Verkauf der Wohnung nicht bzw. nur für den Fall dringenden Eigenbedarfs beseitigt wurde (oben Rn 34).

⁶⁵ Sind die Voraussetzungen nicht gegeben, ist die Kündigung – bei auf Kündigung gestellten Verträgen – in eine «normale» Kündigung umzudeuten, sofern dies nach den Umständen dem Willen des Käufers entspricht (vgl. Art. 266a Abs. 2 OR; WESSNER, S. 14; BGE 107 II 189 E. 3 S. 194 = Pra 1981 Nr. 177; BGer, mp 1988, S. 41 ff. E. 2c; a.A. LACHAT, CdB 1999, S. 70; ZürK/HIGI, N 32 zu Art. 261–261a OR). Bei Verträgen mit fester Mietdauer entfaltet sie hingegen keinerlei Wirkung. Eine solche Kündigung ist nichtig; s. auch unten Rn 55.

solcher (wie z.B. in Genf⁶⁶) fehlt – auf das Ende einer dreimonatigen Mietdauer⁶⁷ gekündigt werden⁶⁸. Der Käufer ist gehalten, nach der Eintragung im Tagebuch die erstmögliche Kündigungsgelegenheit wahrzunehmen. Verpasst er diese, so ist er hinsichtlich der Auflösungsmöglichkeiten vollständig in der Position des Vermieters/Verkäufers⁶⁹. Das bedeutet praktisch: Wenn beim Erwerb der Mietsache kein dringender Eigenbedarf besteht, so entfällt das zur Diskussion stehende Kündigungsrecht ein für allemal. Es lebt auch nicht wieder auf, wenn später ein dringender Eigenbedarf eintritt (s. aber Rn 48). Ein solcher beseitigt immerhin eine Kündigungssperrfrist i.S.v. Art. 271a Abs. 1 lit. d/e OR (Art. 271a Abs. 3 lit. a OR); der dringende Eigenbedarf verschafft daher – bei einem unbefristeten Mietvertrag – das Recht zur ordentlichen Kündigung (oben Rn 34).

Der Käufer muss die erstmögliche Kündigungsgelegenheit wahrnehmen, aber nicht unbedingt auf den erstmöglichen Kündigungstermin kündigen. Wenn er im Interesse des Mieters auf einen späteren Kündigungstermin kündigt, also die Kündigungsfrist verlängert, so steht dem nichts entgegen⁷⁰. Von hier aus ist es nur noch ein kleiner Schritt zur Anwendung von Art. 266a Abs. 2 OR, immer vorausgesetzt, der Käufer hat rechtzeitig gekündigt⁷¹. 52

Beispiel: Am 15. Januar erfolgt die Anmeldung des Eigentumswechsels und gleichentags (Art. 948 Abs. 1 ZGB) der Tagebucheintrag. Kündigungstermine sind gemäss Ortsgebrauch (z.B. im Kanton St. Gallen) der 31. März, 30. Juni und 30. September. Die Kündigungsfrist beträgt drei Monate (Art. 266c OR). Die Kündigung muss diesfalls spätestens bis 31. März, sie kann aber nicht bloss auf den 30. Juni, sondern ebenso auf den 30. September ausgesprochen werden. Damit werden die Interessen des Mieters in keiner Weise tangiert, im Gegenteil. Hingegen versteht sich von selbst, dass der Mieter bis zu einem von vornherein bestimmten Zeitpunkt wissen muss, ob eine Kündigung erfolgt oder nicht. Daher liegt es nicht in der Kompetenz des Vermieters, den 31. März zu «schieben». Wenn in unserem Beispiel die Kündigung rechtzeitig (also vor dem 31. März) erfolgt, aber beispielsweise auf den 31. Mai statt auf den 30. Juni, so kommt Art. 266a Abs. 2 OR zum Zuge, d.h. die Kündigung gilt vermutungsweise auf den 30. Juni. Am Gesagten ändert sich auch nichts, wenn der Tagebucheintrag beispielsweise erst am 30. März erfolgt. Auch diesfalls muss die Kündigung am 31. März erfolgt sein, was bei einer schriftlichen Kündi- 53

⁶⁶ Vgl. ZürK/SCHÖNENBERGER/SCHMID, N 34 zu Art. 267 OR, unter Hinweis auf Semjud 1963, S. 493 ff. und 600.

⁶⁷ Vgl. ZürK/SCHÖNENBERGER/SCHMID, N 35 zu Art. 267 OR. Ist der Mietbeginn nicht mehr feststellbar, kann nach Semjud 1962, S. 273 ff. E. I, auf jedes Monatsende gekündigt werden.

⁶⁸ Vgl. GUINAND, AmtlBull NR 1988, S. 507.

⁶⁹ PERMANN, N 5 zu Art. 261a OR, m.w.Nw. Dies gilt auch dann, wenn für die Kündigung nur wenig Zeit bleibt, weil kurz nach dem Tagebucheintrag die Kündigungsfrist zu laufen beginnt (LACHAT, CdB 1999, S. 70); s. das Beispiel in Rn 53 a.E.

⁷⁰ A.A. wohl LACHAT/SPIRIG, S. 730 Ziff. 27.4.5.

⁷¹ LACHAT, CdB 1999, S. 70 Anm. 12.

gung bedeutet, dass sie dem Mieter bis zu jenem Datum zugegangen sein muss (Empfangstheorie).

- 54 2. Für die Kündigung nach Art. 261 Abs. 2 lit. a OR gelten im Übrigen die allgemeinen Grundsätze. Sie hat somit mittels amtlichem Formular zu erfolgen (Art. 266I Abs. 2 OR); handelt es sich beim Mietobjekt um die Familienwohnung des Mieters, ist Art. 266n OR zu beachten, d.h. die Kündigung muss auch dem Ehegatten des Mieters in gesondertem Schreiben zugestellt werden⁷².

C. Weitere Fragen

- 55 1. Kündigt der Käufer, ohne dass die einschlägigen Voraussetzungen erfüllt sind, so ist die Kündigung **ungültig**. Die Ungültigkeit kann grundsätzlich jederzeit geltend gemacht werden, auch noch im Ausweisungsverfahren⁷³. Die in der Lehre vertretene Ansicht⁷⁴, es bedürfe einer Anfechtung der Kündigung innert der 30-Tage-Frist des Art. 273 OR, ist angesichts der neueren bundesgerichtlichen Praxis zur Unterscheidung unwirksamer und anfechtbarer Kündigungen (BGE 121 III 156; 122 III 92 E. 2d)⁷⁵ kaum mehr haltbar⁷⁶. Weder ist das Anfechtungsverfahren einzuhalten noch die fragliche Frist zu wahren. Ungültig ist die Kündigung etwa bei fehlendem dringendem Eigenbedarf⁷⁷ oder wenn dem Käufer wegen Vormerkung der Miete im Grundbuch das Kündigungsrecht nach Art. 261 OR nicht zusteht⁷⁸. Ungültig ist ferner eine Kündigung, welche der Käufer ausspricht, noch bevor er im Tagebuch eingetragen ist⁷⁹; eine derartige vorzeitige Kündigung bleibt wirkungslos, und eine Heilung im Zeitpunkt des späteren Tagebucheintrags

⁷² Statt vieler: ZürK/HIGI, N 33 zu Art. 261–261a OR; LACHAT, CdB 1999, S. 71.

⁷³ LACHAT, CdB 1999, S. 71 f., Text und vor allem Anm. 17; vgl. auch GUHL/KOLLER, § 44 Rn 225.

⁷⁴ FELLMANN, AJP 1994, S. 544 f. Rn 27–29; PERMANN, N 10 zu Art. 261a OR; HONSELL, S. 226.

⁷⁵ S. dazu GUHL/KOLLER, § 44 Rn 147 und 177.

⁷⁶ S. zu den verschiedenen Unwirksamkeitsformen einer Kündigung KOLLER, OR BT I, § 9 Rn 288.

⁷⁷ RONCORONI, mp 2005, S. 214, m.w.Nw. in Anm. 58. Bei einem unbefristeten Vertrag fragt sich, ob die ungültige Kündigung in eine (gültige) ordentliche umgedeutet werden kann. Nach BGE 135 III 441 E. 3.3 = Pra 2010 Nr. 30 trifft dies nicht zu. Die Lehre ist teilweise anderer Meinung (Nw. in E. 3.2 des zitierten BGE).

⁷⁸ ZürK/HIGI, N 46 zu Art. 261–261a OR.

⁷⁹ LACHAT, CdB 1999, S. 71; LACHAT, S. 689, mit weiteren Literaturhinweisen in Anm. 185; vgl. zu aArt. 259 Abs. 2 OR BGE 108 II 190; 42 II 281, 284; 39 II 463 E. 1 S. 470; BGer, Semjud 1948, S. 369 ff.; 1949, S. 423 ff.; 1984, S. 607 ff. E. 5.

findet nicht statt (vgl. BGE 108 II 190)⁸⁰. Zum Fall, dass die Kündigung ungültig ist, weil der Käufer kein Eigentum erlangt hat, s. oben Rn 18.

2. **Kündigungsschutz.** Auch eine ausserordentliche Kündigung nach Art. 261 Abs. 2 lit. a OR untersteht Art. 271 OR. Die Kündigung darf also nicht gegen Treu und Glauben verstossen, andernfalls sie gemäss Art. 273 OR anfechtbar ist. Allerdings wird eine Kündigung, welche den Voraussetzungen von Art. 261 Abs. 2 lit. a OR, insbesondere dem Erfordernis dringenden Eigenbedarfs, genügt, in aller Regel nicht treuwidrig sein⁸¹. Die in der Lehre erwähnten Ausnahmefälle⁸² sind eher theoretischer Natur.

Unbeachtlich sind die Kündigungssperrfristen gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. d und e OR⁸³ (Art. 271a Abs. 3 lit. d OR; oben Rn 36). Veräussert also der Vermieter das Mietobjekt während einer laufenden Sperrfrist (z.B. während eines mit dem Mietverhältnis zusammenhängenden Schlichtungsverfahrens) und kündigt nun der Käufer das Mietverhältnis wegen dringenden Eigenbedarfs auf den nächsten gesetzlichen Kündigungstermin, so kann sich der Mieter gegenüber dem Käufer nicht auf die laufende Sperrfrist berufen, doch ist ihm der Verkäufer nach Art. 261 Abs. 3 OR zu Schadenersatz verpflichtet.

3. **Mieterstreckung.** Auch ein gemäss Art. 261 Abs. 2 lit. a OR gekündigtes Mietverhältnis kann nach Massgabe von Art. 272 ff. OR erstreckt werden (Art. 272a e contrario)⁸⁴. Der in Art. 261 Abs. 2 lit. a OR vorausgesetzte dringende Eigenbedarf des Käufers schliesst also eine Erstreckung nicht aus; so zumal in Fällen, in denen der (dringende) Eigenbedarf im Zeitpunkt der Kündigung noch nicht aktuell ist (vgl. oben Rn 48). Andernfalls, also bei aktuellem Eigenbedarf, wird eine Erstreckung regelmässig ausgeschlossen sein (vgl. Art. 272 Abs. 2 lit. d OR; illustrativ BGE 4A_58/2017 E. 3.2)⁸⁵.

Hat der Mieter vor dem Eigentumswechsel gegen den Vermieter und nachmaligen Verkäufer eine Mieterstreckung erlangt, so schliesst dies zwar eine Kündigung des Käufers wegen dringenden Eigenbedarfs nicht aus, doch wird der im Erstreckungsentscheid festgestellte Erstreckungsbedarf des Mieters häufig auch eine Erstreckung gegenüber dem Käufer rechtfertigen.

⁸⁰ SVIT-Kommentar, N 8 zu Art. 261–261a OR; LACHAT/SPIRIG, S. 731 Ziff. 27.4.6. Vgl. demgegenüber oben Rn 31 zum Fall, da der Käufer das ordentliche Kündigungsrecht des Verkäufers ausübt (LACHAT/SPIRIG, a.a.O.).

⁸¹ LACHAT, CdB 1999, S. 71.

⁸² Vgl. SVIT-Kommentar, N 21 zu Art. 261–261a OR; FELLMANN, AJP 1994, S. 545 Rn 31.

⁸³ JEANPRÊTRE MARIE-CLAIRE, DB 1990, S. 10 (Anmerkung zu BJM 1989, S. 209); RONCORONI, mp 2005, S. 217, m.w.Nw. in Anm. 73.

⁸⁴ Herrschende Auffassung, z.B. BGE 128 III 82 E. 2d; BasK/WEBER, N 18 zu Art. 261 OR, m.w.Nw.

⁸⁵ FELLMANN, AJP 1994, S. 545 Rn 32.

- 60 Nach anderer Auffassung steht ein vom Mieter erstrittener Erstreckungsentscheid einer Kündigung nach Art. 261 Abs. 2 lit. a OR entgegen. Dies wird etwa im SVIT-Kommentar damit begründet, das Erstreckungsurteil sei ein Gestaltungsurteil und wirke daher gegenüber jedermann⁸⁶. Dagegen wendet FELLMANN m.E. zu Recht ein, dass die Erstreckung des Mietverhältnisses «lediglich ein schuldrechtliches Rechtsverhältnis betrifft und somit gegenüber Dritten keine Wirkung entfaltet»⁸⁷. RONCORONI⁸⁸ stimmt dem zwar zu, hält jedoch die Kündigung deshalb nicht für zulässig, weil der Käufer in die Rechtsstellung des Verkäufers/Vermieters nachrücke. Indes ist dies – wie gesehen – ein blosser Grundsatz, der insbesondere durch Art. 261 Abs. 2 lit. a OR eingeschränkt wird. Sachliche Gründe, weshalb diese Bestimmung im vorliegende Kontext nicht geltend gemacht werden könnte, bringt er nicht vor.
- 61 Im SVIT-Kommentar (wie Anm. 86) wird ferner die Ansicht vertreten, eine von Verkäufer und Mieter getroffene aussergerichtliche Erstreckungsvereinbarung binde auch den Käufer⁸⁹. M.E. trifft auch dies nicht zu: Der erstreckte Vertrag ist einem auf bestimmte Dauer abgeschlossenen Vertrag gleichzustellen. Nicht zuletzt für solche Fälle aber gilt Art. 261 Abs. 2 lit. a OR. Den Interessen des Mieters ist durch die Schadenersatzpflicht des Vermieters gemäss Art. 261 Abs. 3 OR in genügender Weise Rechnung getragen⁹⁰.

IV. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Mieter

- 62 1. Was zwischen dem Verkäufer/Vermieter und dem Mieter gilt, ergibt sich zum Teil aus dem bereits Gesagten: Mit der Eigentumsübertragung geht auch das Mietverhältnis auf den Käufer über. Der Verkäufer ist nun aus der Vermieterstellung entlassen und demzufolge nicht mehr zur Gebrauchsüberlassung verpflichtet (Art. 261 Abs. 1 OR; Rn 9). Umgekehrt verliert er den Anspruch auf den Mietzins, dies immerhin mit der Einschränkung, dass ihm bereits vor dem Eigentumsübergang fällig gewordene Ansprüche gewahrt bleiben (Rn 23). Überhaupt gilt der Grundsatz, dass der Verkäufer Ansprüche, die im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs bereits entstanden und fällig waren, behält (Rn 5). Dasselbe gilt – mit umgekehrten Vorzeichen – auch für Verpflichtungen des Verkäufers. Verpflichtungen, die – auf Vermieterseite – erst nach dem Eigentumsübergang entstehen bzw. fällig werden, entstehen hingegen in der Person des Käufers. Zum Übergang des Kündigungsrechts auf den Käufer s. oben Rn 29 ff.

⁸⁶ SVIT-Kommentar, N 23 zu Art. 261–261a OR; ebenso ZürK/HIGI, N 39 zu Art. 261–261a OR; SAVIAUX, CdB 2003, S. 74; w.Nw. bei RONCORONI, mp 2005, S. 214 Anm. 60.

⁸⁷ FELLMANN, AJP 1994, S. 546.

⁸⁸ RONCORONI, mp 2005, S. 214 unten/215.

⁸⁹ So auch schon ZürK/HIGI, N 39 zu Art. 261–261a OR.

⁹⁰ Vgl. FELLMANN, AJP 1994, S. 546 Rn 38.

2. Im Übrigen richtet sich das Verhältnis zwischen dem Vermieter/Verkäufer und dem Mieter nach Art. 261 Abs. 3 OR⁹¹. Danach haftet der Vermieter dem Mieter für allen Schaden, der ihm aus einer (gerechtfertigten⁹²) vorzeitigen Kündigung durch den neuen Eigentümer entsteht. Hinsichtlich Schadensberechnung und Schadenersatzbemessung gelten die allgemeinen Grundsätze (aus der Gerichtspraxis s. z.B. BGE 30 II 418; 39 II 463; mp 1989, S. 164 ff., 171 ff. [BGer] und 174 ff.; DB 1990, S. 11 f. Nr. 13; GVP SG 1991 Nr. 36).

Muss der Mieter für die Ersatzwohnung einen höheren Mietzins bezahlen, so geht die Mietzinsdifferenz zu Lasten des Vermieters/Verkäufers, und zwar bis Ablauf der festen Mietdauer bei einem befristeten Mietvertrag, bis zum nächsten (vertraglichen oder gesetzlichen) Kündigungstermin bei einem unbefristeten Mietverhältnis⁹³, vorbehalten ist eine Reduktion nach Art. 43 f. OR, insbesondere weil der Mieter unter Verletzung seiner Schadenminderungspflicht eine teurere als die bisherige Wohnung gemietet hat. Als weiterer Schadensposten fallen beispielsweise Umzugskosten in Betracht⁹⁴, ferner «Kosten einer unvermeidlichen Doppelmiete» (ZürK/HIGI, N 59 zu Art. 261–261a OR).

Art. 261 Abs. 3 OR kommt nicht (analog) zum Tragen, wenn der Käufer den Mieter durch vertragswidriges Verhalten zur Vertragsauflösung nötigt⁹⁵. Jedoch haftet der Käufer gegebenenfalls nach Art. 97 OR. Im Unterschied zum früheren Rechtszustand hat der Veräusserer (Vermieter) für den Käufer auch nicht nach Art. 101 OR einzustehen, da er mit der Eigentumsübertragung die Vermieterstellung eingebüsst hat (Art. 261 Abs. 1 OR) und ihm demzufolge auch die Geschäftsherrenqualität nach Art. 101 OR abgeht (oben Rn 10).

⁹¹ Die folgenden Ausführungen lehnen sich weitgehend an das im «GUHL» Gesagte an (GUHL/KOLLER, § 44 Rn 69 ff.).

⁹² Kündigt der Käufer, ohne dass die Voraussetzungen von Art. 261 Abs. 2 lit. a OR erfüllt sind (es fehlt z.B. am dringenden Eigenbedarf), so kann der Vermieter grundsätzlich nicht haftbar gemacht werden. Denn der Mieter hätte es in der Hand gehabt, den Schaden durch Nichtgeltenlassen der Kündigung von sich abzuwehren (RONCORONI, mp 2005, S. 218, m.w.Nw.). Immerhin wird man einen Schadenersatzanspruch in analoger Anwendung von Art. 194 Abs. 1 OR auch dann befürworten können, wenn der Mieter die Kündigung «in guten Treuen anerkannt» hat. Man denke an den Fall, dass der Käufer dringenden Eigenbedarf «gekonnt» (d.h. arglistig) vorgeschoben hatte, ferner an den Fall, dass der Mieter von einem Übernahmevertrag keine Kenntnis hatte noch haben musste (vgl. ZIRLICK/LÜTHI, recht 2000, S. 150 ff.). S. ferner oben Rn 18.

⁹³ ZürK/HIGI, N 56 zu Art. 261–261a OR; LACHAT/SPIRIG, S. 733 Ziff. 27.4.10.

⁹⁴ S. das im OR BT I, § 9 Rn 127, Gesagte, m.w.Nw.; ferner Bohnet/Montini/MARCHAND, N 51 zu Art. 261 OR.

⁹⁵ Zu denken ist an den Fall, dass der Käufer dafür sorgt, dass dem Mieter die Erlaubnis, auf der vermieteten Liegenschaft eine Wirtschaft zu betreiben, entzogen wird, und der Mieter dies zum Anlass nimmt, den Vertrag aus wichtigem Grund zu kündigen (Art. 266g OR).

- 66 Veräussert der Käufer das Mietobjekt seinerseits weiter, so untersteht nun er der Haftung aus Art. 261 Abs. 3 OR, wogegen der (ursprüngliche) Vermieter weder nach dieser Bestimmung noch nach Art. 101 OR haftbar gemacht werden kann, wenn der Zweiterwerber das Mietverhältnis vorzeitig kündigt. Art. 101 OR kommt wiederum deshalb nicht zum Zuge, weil der Vermieter mit dem Eigentumsübergang am Mietobjekt die Vermieterstellung und damit auch die Geschäftsherrenqualität nach Art. 101 OR verloren hat (anders BGE 79 II 382 und 82 II 525 zum alten Mietrecht⁹⁶).

V. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Käufer

- 67 Dieses im Mietrecht nicht speziell geregelte Verhältnis unterliegt in erster Linie den einschlägigen kaufrechtlichen Bestimmungen. Hingewiesen sei nur auf zwei Punkte:
- 68 1. Der Verkäufer/Vermieter wird nach Massgabe von Art. 192 ff. OR zur Rechtsgewährleistung verpflichtet, wenn der Mietvertrag gemäss Art. 261 OR auf den Käufer übergeht. In der Regel wird allerdings der Käufer vom Mietvertrag Kenntnis haben und damit auch von der «Gefahr der Entwehrung» i.S.v. Art. 192 Abs. 2 OR; diesfalls entfällt die Gewährleistung des Verkäufers/Vermieters, es sei denn, dieser habe «sich ausdrücklich dazu (sc. zur Gewährleistung) verpflichtet». Eine solche Verpflichtung wird der Verkäufer/Vermieter in der Regel nur eingehen, wenn er Aussicht hat, den Mietvertrag mit dem Mieter vor dem Eigentumsübergang auflösen zu können.
- 69 Die Rechtsgewährleistung setzt gemäss Art. 192 Abs. 1 OR voraus, dass der Rechtsgrund für die Entwehrung im Zeitpunkt, in dem der Kaufvertrag abgeschlossen wurde, bereits bestanden hat. Das bedeutet im vorliegenden Zusammenhang, dass der Mietvertrag in diesem Zeitpunkt bereits abgeschlossen sein musste und daher auf den Käufer übergegangen ist. Trifft dies nicht zu, wird der Verkäufer nach den allgemeinen Nichterfüllungsregeln haftbar (Art. 97 OR)⁹⁷.
- 70 Auf die weiteren Voraussetzungen der Rechtsgewährleistung (Art. 193 f. OR) ist hier nicht einzutreten; s. dazu § 5 Rn 23 ff.

⁹⁶ BGE 79 II 382 betraf einen Fall, in dem der Käufer den Mietvertrag übernommen, das Mietgrundstück jedoch in der Folge ohne Überbindung des Mietvertrags weiterverkauft hatte, was dem Zweitkäufer eine frühzeitige Kündigung ermöglichte. Der Vermieter/erster Verkäufer wurde nach Art. 101 OR für haftbar erklärt. Eine eingehende Schilderung des Falls findet sich in meinem OR BT I, § 9 Rn 184.

⁹⁷ Vgl. KELLER/SIEHR, S. 52.

Beruft sich der Mieter gegenüber dem Käufer auf den nach Art. 261 Abs. 1 OR übergebenen Mietvertrag, so stellt dies eine teilweise Entwehrung i.S.v. Art. 196 OR dar. Diese gibt dem Käufer grundsätzlich kein Recht auf Aufhebung des Kaufvertrages (Ausnahme in Art. 196 Abs. 2 OR), sondern nur – bei gegebenen Gewährleistungsvoraussetzungen – auf Schadenersatz⁹⁸. Im eben erwähnten Fall, da der Käufer den Verkäufer nach Art. 97 OR haftbar machen kann, verhält sich die Rechtslage nicht wesentlich anders. 71

2. Der Verkäufer wird – wie dargelegt – dem Mieter haftbar, wenn diesem vom Käufer wegen dringenden Eigenbedarfs vorzeitig gekündigt wird (Art. 261 Abs. 3 OR). Der Verkäufer kann sich allerdings vor der Haftung schützen, indem er dem Käufer den Mietvertrag, genauer: die Pflicht, den Mietvertrag zu erfüllen, durch echten Vertrag zugunsten des Mieters überbindet und diesem hievon Kenntnis gibt⁹⁹. Denn gegebenenfalls muss sich der Mieter die Kündigung nicht gefallen lassen; opponiert er einer Kündigung nicht, liegt darin regelmässig ein die Haftung ausschliessendes Selbstverschulden (Anm. 92). Einen minderen Schutz verschafft sich der Verkäufer durch eine Abmachung, wonach der Käufer eine allfällige Haftpflicht aus Art. 261 Abs. 3 OR übernimmt¹⁰⁰. In einem solchen Fall bleibt zwar der Verkäufer – vorbehaltlich einer externen Schuldübernahme (Art. 175 Abs. 1 OR) – Haftungssubjekt, doch kann er Schadloshaltung des Mieters durch den Käufer verlangen bzw. auf diesen Regress nehmen, falls er selbst den Mieter schadlos halten muss. 72

⁹⁸ Vgl. dazu KELLER/SIEHR, S. 62 ff.

⁹⁹ Beispiel für eine entsprechende Vertragsklausel (mp 2013, S. 283 ff., 286): «Die Käuferin verpflichtet sich, alle Rechte und Pflichten aus den auf dem Kaufobjekt lastenden Mietverhältnissen zu übernehmen und erklärt, diese Mietverhältnisse lückenlos zu kennen.» Ähnliche Formulierungsvorschläge finden sich bei PFÄFFLI, BN 1990, S. 45, und MAAG ANDREAS, Kündigung des Mietverhältnisses, in: Müller Jürg P. (Hrsg.), Wohn- und Geschäftsraummiete, Basel 2016, Rn 2.237.

¹⁰⁰ Beispiel für eine entsprechende Vertragsklausel: «Der Erwerber übernimmt die im Falle einer Kündigung wegen dringenden Eigenbedarfs (Art. 261 Abs. 2 lit. b OR) entstehende Schadenersatzpflicht des Vermieters gegenüber dem Mieter (Art. 175 OR)». Vgl. auch den Formulierungsvorschlag von MAAG (zit. in Anm. 99), Rn 2.238; dieser berücksichtigt auch den Fall, dass der Vermieter vom Mieter gerichtlich auf Schadenersatz belangt wird.