

§ 7

Verkauf einer vermieteten Wohnliegenschaft

Bemerkungen zum Übergang des Mietverhältnisses auf den Käufer nach Art. 261 OR

ALFRED KOLLER

INHALTSVERZEICHNIS	Seite
Literatur	379
I. Art. 261 OR im Überblick	381
II. Die Voraussetzungen, unter denen das Mietverhältnis übergeht	385
III. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Käufer und dem Mieter nach dem Übergang des Mietvertrages	387
1. Mietzinsberechtigung des Käufers	388
2. Die Gebrauchsüberlassungspflicht des Käufers	389
3. Der Übergang des Kündigungsrechts auf den Käufer; der Käufer als Adressat der Kündigungserklärung des Mieters	390
4. Das (originäre) Kündigungsrecht des Käufers bei dringendem Eigenbedarf	394

A.	Die Voraussetzungen des Kündigungsrechts	394
B.	Inhalt und Modalitäten des Kündigungsrechts	396
C.	Kündigungsschutz	397
IV.	Das Rechtsverhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Mieter	399
V.	Das Rechtsverhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Käufer	402

LITERATUR

Die gängigen schweizerischen Kommentarwerke (Zürcher Kommentar, Berner Kommentar, Basler Kurzkommentar) werden im Folgenden nicht aufgeführt. Dasselbe gilt für Beiträge im «Schweizerischen Privatrecht» (SPR), deutschsprachige Ausgabe. – Zitierweise: Die Autoren werden nur mit dem Verfasseramen, nötigenfalls mit einem präzisierenden Zusatz zitiert. – Hinweise auf weiterführende Spezialliteratur finden sich in den Fussnoten.

- BEETSCHEN RUDOLF, Der Grundsatz «Kauf bricht Miete» im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1925.
- Botschaft des Bundesrates zur Revision des Miet- und Pachtrechts, BBl 1985, S. 1389 ff., hier mit separater Paginierung zitiert (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, 5. A. Bern 1999.
- 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).
- 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, Lausanne 1997.
- 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/STOLL DANIEL/BRUNNER ALEXANDER, Mietrecht für die Praxis, 4. A. Zürich 1999.
- 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 BGB, 3. A. München ab 1992; im Aufsatz wird nur der Kommentar von VOELSKOW zu §§ 571 ff. BGB zitiert (zit. VOELSKOW, MünchKomm).
- PERMANN RICHARD/SCHANER MARC, Kommentar zum Mietrecht, Zürich 1999.
- PFÄFFLI ROLAND, Zur Vormerkung von Mietverträgen und Vorkaufrechten (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.
- STAUDINGER JULIUS, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. A. Berlin ab 1993; im Aufsatz wird nur der Kommentar von EMMERICH und SONNENSCHNIG zu §§ 571 ff. BGB zitiert (zit. STAUDINGER/EMMERICH/SONNENSCHNIG).

SVIT-Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Mietrecht, herausgegeben vom Schweizerischen Verband der Immobilien-Treuhänder, Zürich 1998.

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: 6^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1990.

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 über. Der Käufer kann sich jedoch unter bestimmten Voraussetzungen vom Vertrag lösen. Dabei unterscheidet das Gesetz zwischen Wohn- und Geschäftsräumen einerseits, anderen Mietgegenständen 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

1. Der Gesetzeswortlaut. Verkauft «der Vermieter die Sache [Wohnliegenschaft] nach Abschluss des Mietvertrages ..., 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)¹.

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 zulasten 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/STOLL/BRUNNER, S. 479 Anm. 46).

Umstritten ist, was unter dem Eigentumsübergang i.S.v. Art. 261 OR zu verstehen ist bzw. in welchem Zeitpunkt der Übergang des Mietverhältnisses stattfindet.

¹ Ein Übergang des Mietverhältnisses findet auch dann statt, «wenn der Vermieter einem Dritten ein beschränktes dingliches Recht einräumt und dies einem Eigentümerwechsel gleichkommt» (Art. 261a OR). Hingegen ist Art. 261 OR bei einer Universalsukzession gemäss Art. 560 ZGB nicht anwendbar, 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 Fusion (LACHAT/STOLL/BRUNNER, S. 480; HIGI, ZürKomm, N 8 zu Art. 261–261a OR). Zur Bedeutung von Art. 261 OR in der Betreibung auf Grundpfandverwertung s. GUHL/KOLLER, § 44 Nr. 77, und dort zit. Literatur und Rechtsprechung, neuestens BGE 126 III 290 ff.

det: mit dem Tagebucheintrag oder mit dem Hauptbucheintrag? Das Bundesgericht stellt auf den ersteren Zeitpunkt ab; die Lehre ist teilweise anderer Ansicht (unten II.). Umstritten ist weiterhin, 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, 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 §§ 571 und 578 BGB hinzuweisen, wonach nur bereits in Vollzug gesetzte Mietverhältnisse auf den Käufer übergehen.

- 5 **3.** Bei gegebenen Voraussetzungen geht das Mietverhältnis so auf den Käufer über, wie es beim Verkäufer Bestand hatte. Eine Einschränkung ist nur insofern zu machen, als der Käufer nach Art. 261 Abs. 2 lit. a OR den Mietvertrag bei dringendem Eigenbedarf vorzeitig kündigen kann⁴. 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 sein. So kann etwa der Mieter ein ihm vom Verkäufer eingeräumtes Vorkaufsrecht dem Käufer gegenüber nicht geltend machen, denn dabei handelt es sich nicht um ein Recht aus dem Mietverhältnis⁵. 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 Nr. 63)⁶. Hat beispielsweise der Mieter wegen Mängeln der Mietsache den Miet-

² So PIOTET D., Nr. 41 und 44; LÜSCHER, AJP 1997, S. 948 f.; a.A. ZIHMANN, S. 88; HIGI, ZürKomm, N 12 zu Art. 261–261a OR; KOLLER, ZBGR 1991, S. 197; PERMANN/SCHANER, N 4 zu Art. 261a OR; WEBER/ZIHMANN, BasKomm, N 3 zu Art. 261 OR. – Eine entsprechende Kontroverse bestand bereits unter dem bis 1991 geltenden Mietrecht hinsichtlich Art. 259: s. einerseits SCHÖNENBERGER/SCHMID, ZürKomm, N 1 zu Art. 259 OR, andererseits BECKER, BerKomm, N 12 zu Art. 259 OR, ZR 1948 Nr. 53.

³ Vgl. ZBGR 1991, S. 197.

⁴ Vorbehalten sind die Fälle, da die Miete im Grundbuch vorgemerkt ist bzw. der Käufer den Mietvertrag übernommen hat (Nr. 7).

⁵ Vgl. BGHZ 48, S. 244.

⁶ Vgl. LACHAT/STOLL/BRUNNER, S. 485 Ziff. 4.4.1. Abweichend HIGI, ZürKomm, N 22 und 27 zu Art. 261–261a OR; HIGI scheint der Ansicht zu sein, dass der Verkäufer zwar alle vorbestandene Rechte verliert, hingegen vorbestandene Pflichten behält, was aus der Sicht des Mieters bedeutet, dass er nur mehr dem Käufer gegenüber verpflichtet ist, wohl aber noch Ansprüche gegenüber dem Verkäufer behält (ob der Mieter die gleichen Ansprüche auch gegen den Käufer hat, wird nicht ausgeführt).

zins gemindert (Art. 259d OR), so bleibt ein bereits vor dem Eigentumsübergang entstandener Anspruch auf Rückzahlung zu viel bezahlten Mietzinses dem Vermieter/Verkäufer gegenüber bestehen⁷. Im Einzelfall können sich freilich Abgrenzungsprobleme stellen.

Die praktische Bedeutung von Art. 261 wird deutlicher, wenn man ihn Art. 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 zuließ. Kündigte der Käufer nicht auf den frühestmöglichen Termin, galt er als in das Mietverhältnis eingetreten⁸. 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 83 f., 44 I 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 hatte⁹. 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.

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 würde¹⁰. 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), sodass sich der Mieter dem Käufer gegenüber vollumfänglich auf den Mietvertrag berufen kann¹¹. Diese «Drittwirkung» ist – wie schon unter dem bis 1991 gelten-

⁷ BJM 1998, S. 310, dort auch zur Frage, wie eine vom Mieter gestellte Sicherheit (Art. 257e OR) zu behandeln ist. S. ferner HIGI, ZürKomm, N 27 zu Art. 261–261a OR; SVIT-Kommentar, N 14 zu Art. 261–261a OR; KNOEFFLER FRANÇOIS, DB 1999, S. 11 f.

⁸ Er hatte dann alle Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis (SCHÖNENBERGER/SCHMID, ZürKomm, N 24 zu Art. 259 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, ZürKomm, N 24 zu Art. 259 OR; ROGNON, S. 16, mit Hinweisen auf abweichende Meinungen).

⁹ Vgl. OSER/SCHÖNENBERGER, ZürKomm, N 21 zu Art. 259 OR; SCHÖNENBERGER/SCHMID, ZürKomm, N 17 und 24 zu Art. 259 OR.

¹⁰ 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).

¹¹ PFÄFFLI, S. 45.

den Mietrecht¹² – 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)¹³.

- 8 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).
- 9 **5. Mit dem Übergang des Mietverhältnisses auf den Käufer erlischt das Mietverhältnis zum Vermieter.** Dieser wird also aus der Vermieterstellung entlassen¹⁴. 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 (vorne Nr. 7). In der Nichtüberbindung des Vertrags ist aber durchwegs ein haftbar machendes Verschulden zu sehen.
- 10 Der Gesetzgeber weicht mit dieser Regelung erheblich vom früheren, bis 1. Juli 1990 in Kraft gewesenen Mietrecht ab: Art. 259 aOR 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 Nr. 55 f.). Neben die Gebrauchsüberlassungspflicht des Verkäufers trat zusätzlich diejenige des Käufers, sobald dieser zufolge unterlassener Kündigung gemäss Art. 259 Abs. 2 aOR 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 entlassen¹⁵.

¹² Vgl. Art. 259 Abs. 1 OR in der bis 1. Juli 1990 geltenden Fassung, dazu mp 1988, S. 44.

¹³ mp 1988, S. 121 f.

¹⁴ Das ist die herrschende Ansicht (z.B. LÜSCHER, AJP 1997, S. 950 f.; FELLMANN, AJP 1994, S. 542 Nr. 13–15; HIGL, ZürKomm, N 26 zu Art. 261–261a OR; a.A. KOLLER, ZBGR 1991, S. 212).

¹⁵ 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 scheint mir nun doch zu kühn, obwohl ich sie von der Sache her vorziehen würde.

Die in Nr. 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 haftbar¹⁶. 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 OR¹⁷. Diese gesetzliche Anordnung entspricht Sinn und Zweck der Vormerkung, welche ja einzig zum Ziele hat, dem Mietvertrag realobligatorische Wirkung zu verleihen.

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.).

II. Die Voraussetzungen, unter denen das Mietverhältnis übergeht

Die Voraussetzungen, unter denen das Mietverhältnis auf den Käufer übergeht, sind nicht völlig geklärt (s. oben Nr. 4). Umstritten ist insbesondere, ob der Übergang die Eintragung des Käufers im Hauptbuch voraussetzt oder ob bereits der Eintrag im Tagebuch genügt¹⁸. 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 von jeher anderer Meinung und lässt den Tagebucheintrag genügen (neustens BGE 118 II 119). 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 sei-

¹⁶ ZIHLMANN, S. 84.

¹⁷ FELLMANN, AJP 1994, S. 547.

¹⁸ Für die «Hauptbuchtheorie» HIGL, ZütKomm., N 25 zu Art. 261–261a OR; KOLLER, ZBJV 1993, S. 394 ff.; ders., ZBGR 1991, S. 198 f.; LÜSCHER, AJP 1997, S. 948 Anm. 15; PERMANN/SCHANER, N 3 zu Art. 261a OR; WEBER/ZIHLMANN, BasKomm., N 6 zu Art. 261 OR; ZIHLMANN, S. 89; für die «Tagebuchtheorie» KOLLER T., recht 1993, S. 71; LACHAT/STOLL/BRUNNER, S. 481.

nige 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» bekehrt 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 hat¹⁹. 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; kommt es aber ausnahmsweise zur vorzeitigen Kündigung nach Art. 261 Abs. 2 lit. a OR durch den – nicht Eigentümer werdenden – Käufer, so ist den Interessen des Mieters durch die Schadenersatzpflicht des Verkäufers nach Art. 261 Abs. 3 OR in hinreichendem Masse Rechnung getragen.

- 14 Wird die Grundbuchanmeldung abgewiesen oder von den Kaufvertragsparteien zurückgezogen²⁰, erlangt also der Käufer kein Eigentum, so wird man in analoger Anwendung von Art. 261 OR annehmen müssen, dass nun das Mietverhältnis wiederum auf den Verkäufer zurückfällt, dies selbstverständlich in dem «Zustand», in dem es sich beim Käufer befand. Eine vom Käufer ausgesprochene vorzeitige oder sonstige Kündigung behält daher ihre Wirkung, sodass allenfalls ein gekündigtes Mietverhältnis auf den Verkäufer übergeht. Nach anderer Ansicht verliert die Kündigung in einem solchen Fall ihre Wirksamkeit; «die Kündigung» sei – so ZIRLICK/LÜTHI²¹ – «(ex post betrachtet) ex tunc unwirksam, d.h. nichtig». Diese Auffassung führt zu einer für den Mieter unzumutbaren Rechtsunsicherheit und gerät mit dem Grundsatz der Bedingungsfeindlichkeit von Gestaltungsgeschäften²² in nicht auflösbaren Widerspruch. Wer daher auf den Tagebucheintrag abstellt, muss konsequenterweise eine vom Käufer nach diesem Zeitpunkt vorgenommene Kündigung als (definitiv) wirksam anerkennen. Wer dies nicht will, muss den Hauptbucheintrag als massgeblich anerkennen. Die von

¹⁹ KOLLER, ZBJV 1993, S. 390 ff.; GUHL/KOLLER, § 44 Nr. 64.

²⁰ Ein einseitiger Rückzug ist seit BGE 115 II 221 nicht mehr zulässig.

²¹ ZIRLICK/LÜTHI, recht 2000, S. 155; ebenso PERMANN/SCHANER, N 3 zu Art. 261a OR, wohl auch Hugi, ZürKomm, N 25 und 29 zu Art. 261–261a OR.

²² KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Bern 1996, Nr. 194, m.w.Nw.

ZIRLICK/LÜTHI und anderen befürwortete Zwischenlösung (bedingte Gültigkeit der Kündigung) ist abzulehnen²³.

Nach dem Gesagten geht das Mietverhältnis bereits mit dem Tagebucheintrag, nicht erst mit dem Hauptbucheintrag und dem damit verbundenen Eigentums-
erwerb auf den Käufer über. Trotzdem wird im Folgenden immer davon gespro-
chen werden, der Mietübergang knüpfe sich an den Eigentumsübergang. 15

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 nur insofern zu ma-
chen, als der Käufer den Mietvertrag bei dringendem Eigenbedarf kündigen
kann, auch wenn ihm diese Möglichkeit nach Vertrag nicht offen stünde²⁴. Das
alles ist dem Grundsatz nach unbestritten und angesichts des klaren Gesetzes-
wortlauts auch kaum ernstlich bestreitbar. Bei näherem Hinsehen ist die
Rechtslage jedoch nicht so einfach, wie sie sich auf den ersten Blick präsentiert.
Was gilt etwa dann, wenn der Eigentumserwerb während laufender Mietzinspe-
riode erfolgt; findet diesfalls eine Aufteilung des Zinses auf Verkäufer und Käu-
fer statt, oder ist der ganze Zins dem einen zuzusprechen? Ähnliche Fragen kön-
nen sich auch bei andern Rechten und Pflichten stellen²⁵. Was im Einzelnen
gilt, ist mit Bezug auf die verschiedenen Rechte bzw. Pflichten je gesondert zu
prüfen. Diese Prüfung wird nun mit Bezug auf einzelne wichtige Teilaspekte un-
ternommen. 16

²³ ZIRLICK/LÜTHI (wie Anm. 21) sind der Meinung, «die Ansicht, eine vom Schein-Erwerber ausgespro-
chene Kündigung sei weder nichtig noch anfechtbar», sei «nicht vertretbar». BGE 118 II 119 vertritt je-
doch nach meinem Verständnis genau diese Ansicht (dass nämlich die Kündigung gültig ist und auch gül-
tig bleibt, wenn es nicht zur Hauptbucheintragung kommt). Wenn man schon auf den Tagebucheintrag
abstellt, was alles andere als selbstverständlich ist, so bleibt m.E. gar nichts anderes übrig, als die an den
Tagebucheintrag geknüpfte Kündigung in jedem Fall als gültig anzusehen. Wenn HIER, ZürKomm, N 25
zu Art. 261–261a OR, glaubt, ich hätte in der 8. Auflage des «GÜHL» etwas anderes behauptet, so beruht
dies auf einem Missverständnis seinerseits oder einem Erklärungsirrtum meinerseits.

²⁴ Auch diese Einschränkung entfällt, wenn die Miete im Grundbuch vorgemerkt ist bzw. der Käufer
den Mietvertrag übernommen hat. Als dann tritt der Käufer vollumfänglich in die Rechtsstellung des Ver-
mieters/Verkäufers ein (oben Nr. 7).

²⁵ Zur Frage, wem nach Übergang des Mietverhältnisses eine Sicherheitsleistung zusteht, s. BJM 1998,
S. 310.

1. Mietzinsberechtigung des Käufers

- 17 **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 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 dargelegt²⁶, 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.
- 18 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. Das bedeutet im Ergebnis, dass die Fiktion von Art. 970 Abs. 3 ZGB, wonach Einträge im Grundbuch als bekannt vorausgesetzt werden, für den Mieter nicht gilt²⁷.
- 19 **2.** In der oben Nr. 16 aufgeworfenen 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

²⁶ KOLLER ALFRED, *Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht*, Freiburg 1985, Nr. 699.

²⁷ Vgl. LACHAT, S. 436 Anm. 39. Art. 970 Abs. 3 ZGB ist zu absolut formuliert. Die Fiktion sollte auf den Fall des Erwerbs dinglicher Rechte beschränkt werden: Wer dingliche Rechte an einem Grundstück erwerben will, hat allen Anlass, ins Grundbuch Einsicht zu nehmen; ihm gegenüber ist daher die Kenntnisfiktion gerechtfertigt. Wo kein Anlass zur Einsichtnahme besteht, hat sie hingegen nichts zu suchen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung greift sie jedenfalls immer dann nicht ein, «wenn die Gegenpartei zum guten Glauben an eine vom Registereintrag abweichende Rechtslage Anlass gegeben hat» (BGE 106 II 351 mit Bezug auf die verwandte Bestimmung von Art. 933 Abs. 1 OR, unter Hinweis auf JÄGGI, *BerKomm*, N 145 zu Art. 3 ZGB). Im vorliegenden Zusammenhang kommt dieser Gedanke zum Tragen, wenn der Käufer es unterlässt, den Eigentumswechsel dem Mieter anzuzeigen, und dadurch diesen in der Annahme belässt, der Mietzins sei weiterhin dem Verkäufer/Vermieter zu bezahlen.

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).

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 cedendo²⁸. Ebenso wenig ist das Schriftformerfordernis zu beachten, wenn 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).

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.

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 Frist-

²⁸ 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 nicht nötig sein; doch gibt es Ausnahmen (vgl. § 2 Nr. 112).

ablauf nach Art. 259b lit. b OR zur Ersatzvornahme schreiten, sofern es sich nicht um einen schweren Mangel handelt²⁹. 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.

- 23 **3.** Inwieweit mit der Gebrauchsüberlassungspflicht zusammenhängende Pflichten des Verkäufers auf den Käufer übergehen, bestimmt sich nach dem 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. Nr. 13). 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^{30, 31}. Ein Bedürfnis, dem Mieter einen zusätzlichen Schuldner in der Person des Käufers zur Verfügung zu stellen, besteht nicht³². 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 (vorne Nr. 5).

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

- 24 **1.** Ist der Mietvertrag auf Kündigung gestellt, geht mit dem Eigentumsübergang am Mietobjekt das Kündigungsrecht vom Verkäufer auf den Käufer über³³. Das Kündigungsrecht des Käufers entspricht in jeder Beziehung dem Kündigungsrecht, das vor der Handänderung dem Vermieter/Verkäufer zu-

²⁹ Bei schweren Mängeln richtet sich die Ersatzvornahme nach Art. 98 OR (Guhl/Koller, § 44 Nr. 42).

³⁰ Ebenso Voelksow, MünchKomm, N 16 zu § 571 BGB, mit Bezug auf das deutsche Recht.

³¹ Vgl. demgegenüber Art. 333 Abs. 3 OR. In dieser Bestimmung ist vorgesehen, dass im Falle einer Betriebsübertragung auf einen Dritten der Arbeitgeber und der Übernehmer für die im Zeitpunkt der Übertragung fälligen Pflichten solidarisch haften; Entsprechendes gilt nach Art. 181 Abs. 2 OR für den Fall einer Geschäftsübertragung.

³² 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.

³³ Dieser kann nun selbständig kündigen, einer Mitwirkung des Verkäufers/Vermieters bedarf er nicht (vgl. demgegenüber Oser/Schönenberger, ZürKomm, N 24 zu Art. 259 OR, zum alten Recht).

stand. Es gelten die gleichen **Regeln hinsichtlich Kündigungsfristen und -termine**, und es sind dieselben **Formvorschriften** (Art. 266l, 266n f. OR) zu beachten.

Vor dem Eigentumserwerb kann der Käufer nicht rechtswirksam kündigen, jedenfalls nicht aus eigenem Recht (vgl. BGE 39 II 470, 42 II 284)³⁴. Hingegen kann er vertretungsweise das Kündigungsrecht des Verkäufers wahrnehmen, sofern er hierzu bevollmächtigt ist oder nachträglich die Genehmigung des Verkäufers erlangt³⁵. 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 Termin³⁶ zur Folge³⁷, 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 eingetragenen Käufer eine Kündigung ohne den Vollmachtsnachweis entgegen, so hat er sich die Ungewissheit über die Wirksamkeit der Kündigung selbst zuzuschreiben³⁸. 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 (Konvaleszenz³⁹).

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 Rückgabeanpruch sowie der Anspruch auf Mängelbeseitigung gemäss

³⁴ OSER/SCHÖNENBERGER, ZürKomm, N 20 zu Art. 259 OR.

³⁵ Vgl. HIGI, ZürKomm, N 31 zu Art. 261–261a OR; SCHÖNENBERGER/SCHMID, ZürKomm, N 34 zu Art. 259 OR.

³⁶ 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.

³⁷ VON TUHR/PETER, S. 146, auch S. 357.

³⁸ Vgl. VON TUHR/PETER, wie vorstehende Anm.

³⁹ So zutreffend VON TUHR/PETER, S. 146 Anm. 18. Die in BGE 108 II 193 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 Art. 259 Abs. 2 OR (in der bis 1.7.1990 geltenden Fassung).

Art. 267 Abs. 1 OR zu^{40, 41}. Daneben bleibt allerdings der Verkäufer anspruchsberechtigt, da er unter Umständen ein schutzwürdiges Interesse an selbständiger Anspruchserhebung hat. Zu denken ist etwa an den Fall, da er sich dem Käufer gegenüber verpflichtet hat, die vermietete Liegenschaft vorgängig der Besitzverschaffung zu räumen.

- 28 **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 297). Präzisierungen:
- 29 **a.** Für den Vermieter/Verkäufer geltende **Kündigungssperrfristen** (Art. 271a Abs. 1 lit. d/e und Abs. 2 OR) hat nach der Handänderung auch der Käufer zu beachten (vgl. BGE 110 II 313 E. 3)⁴². Es bleibt also auch in diesem Kontext beim Grundsatz, dass der Vermieter/Verkäufer durch die Veräusserung des Mietobjekts die Rechtsstellung des Mieters nicht beeinträchtigen kann bzw. dass der Käufer in die Rechtsposition des Vermieters/Verkäufers nachrückt. Allerdings ist zu beachten, dass die fraglichen Sperrfristen bei dringendem Eigenbedarf des Vermieters keine Geltung haben. Diese Einschränkung gilt vor dem Verkauf für den Vermieter/Verkäufer (Art. 271a Abs. 3 lit. a OR) und nachher gleichermassen für den Käufer (BGE 118 II 50 ff.).
- 30 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 können⁴³.

⁴⁰ Ebenso für das deutsche Recht BGHZ 72, S. 147 ff. Die Frage ist allerdings umstritten.

⁴¹ Von selbst versteht sich, dass der Käufer den dinglichen Rückgabeanspruch nach Art. 641 ZGB hat.

⁴² Hici, ZürKomm, N 37 zu Art. 261–261a OR; GUHL/KOLLER, § 44 Nr. 184; WEBER/ZIHLMANN, BasKomm, N 12 zu Art. 261 OR.

⁴³ Anders das Bundesgericht (BGE 110 II 313 E. 3b), welches den Zweck der Sperrfristen darin sieht, dem Mieter den Prozessserfolg zu garantieren. Hätten die Sperrfristen tatsächlich diesen Sinn, so wäre nur schwer verständlich, weshalb nach Art. 28 Abs. 3 BMM eine Kündigungssperre das Kündigungsrecht des Erwerbers gemäss Art. 259 Abs. 2 aOR nicht ausschloss. Zudem könnte mit der bundesgerichtlichen Argumentation eine generelle Rechtskrafterstreckung von Mietprozessurteilen auf den Käufer begründet werden – eine Konsequenz, die mit den üblichen prozessualen Regeln nicht zu vereinbaren wäre.

Hat der Käufer im Zeitpunkt des Eigentumserwerbs dringenden Eigenbedarf, so kann er einerseits – trotz der Kündigungssperre (Art. 271a Abs. 3 lit. d OR, unten Nr. 47) – das ausserordentliche Kündigungsrecht nach Art. 261 Abs. 2 lit. a OR ausüben, zum anderen kann er ordentlich kündigen (BGE 118 II 50 ff.). Diese letztere Möglichkeit ist dann bedeutsam, wenn es der Käufer – wie im eben zitierten BGE – unterlassen hat, rechtzeitig ausserordentlich zu kündigen. Von Bedeutung ist das ordentliche Kündigungsrecht ferner dann, wenn im Zeitpunkt des Eigentumserwerbs kein dringender Eigenbedarf besteht, dieser vielmehr erst später entsteht; Art. 261 Abs. 2 lit. a OR hilft in einem solchen Fall zum Vornherein nicht (unten Nr. 41). 31

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 bleibt⁴⁴ (Weiteres unten Nr. 48 ff.). 32

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 tritt⁴⁵. Nach HUNZIKER⁴⁶ muss dem Käufer «die Gelegenheit geboten werden, sich mindestens in zwei Vorträgen mündlich oder schriftlich zu den Vorbringen des Mieters zu äussern». Demgegenüber nimmt das Kantonsgericht Waadt an, der Käufer habe den Prozess so anzutreten, wie er sich beim Eigentumsübergang darbot^{47, 48}. 33

4. Der Käufer als Adressat der Kündigungserklärung des Mieters. Kann ab dem Eigentumserwerb nur noch der Käufer kündigen, so gilt umgekehrt 34

⁴⁴ 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).

⁴⁵ ZR 1973, S. 122 f.; SJZ 1989, S. 380 Nr. 2; BJM 1971, S. 174 f.; Rep 1974, S. 135; HIGL, ZürKomm, N 23 zu Art. 261–261a OR; WEBER/ZIHLMANN, BasKomm, N 13 zu Art. 261 OR; SCHÖNENBERGER/SCHMID, ZürKomm, N 10 zu Art. 267a OR; HUNZIKER, S. 8 f.; ROGNON, S. 18 f.; vgl. demgegenüber BGE 110 II 312 E. 1 betr. eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit einer Kündigung.

⁴⁶ HUNZIKER, S. 9.

⁴⁷ Unveröffentlichter Entscheid vom 25.11.1986, zit. bei ROGNON, S. 19.

⁴⁸ Zum deutschen Recht vgl. STAUDINGER/EMMERICH/SONNENSCHNIG, N 128 zu § 571 BGB. Danach gilt das vermietete Grundstück in Mietprozessen (worunter wohl auch Verfahren um Mieterstreckung i.S.v. § 556a BGB zu zählen sind) als im Streit befangene Sache im Sinne der §§ 265 und 325 ZPO. Eine Veräusserung des vermieteten Grundstücks während des Mietprozesses hat daher auf den Prozess keinen Einfluss; das rechtskräftige Urteil wirkt auch gegen den Erwerber.

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 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

- 35 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. Dieses Recht 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 (Nr. 7)⁴⁹: Von praktischer Bedeutung ist es insbesondere «im Falle des befristeten, auf lange Dauer fest abgeschlossenen Mietvertrages» (ZIHLMANN, S. 89).

A. Die Voraussetzungen des Kündigungsrechts

- 36 Das Kündigungsrecht gemäss Art. 261 Abs. 2 lit. a OR setzt voraus, dass der Käufer für sich, nahe Verwandte oder Verschwägerete dringenden Eigenbedarf geltend machen kann.
- 37 **I.** Der Begriff des «*nahen Verwandten*» taucht auch im Erstreckungsrecht auf (Art. 271 Abs. 2 lit. d OR). Hier wie dort ist er nicht näher definiert. SCHMID 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...»⁵⁰ Mit andern Worten ist nicht formalistisch darauf abzustellen, in welchem Grade eine Verwandtschaft besteht, vielmehr ist entscheidend, ob und in welchem Masse der Käufer

⁴⁹ 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.

⁵⁰ SCHÖNENBERGER/SCHMID, ZürKomm, N 19 zu Art. 267c OR.

und der Verwandte, dessen Eigenbedarf geltend gemacht wird, ihre verwandtschaftliche Beziehung tatsächlich leben. Entsprechendes gilt hinsichtlich der «nahen Verschwägerten».

Kein ausserordentliches Kündigungsrecht besteht aber zum Vornherein dann, wenn der Käufer die Wohnung einem blossen Bekannten 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. 38

2. Der Eigenbedarf muss *dringend* sein, was dann zutrifft, «wenn bei objektiver Würdigung der Umstände ein Zuwarten mit der Selbstnutzung für den Vermieter als nicht zumutbar erscheint» (BGE 118 II 50 E. 3c)⁵¹. Zumutbarkeit ist ein Ermessensbegriff; ob der Eigenbedarf dringend ist, muss somit im Einzelfall unter Würdigung der Umstände (Art. 4 ZGB) festgestellt werden. Dringlicher Eigenbedarf wäre etwa dann zu bejahen, wenn der Käufer der Liegenschaft, der früher in einer Mietwohnung wohnte, die Kündigung erhielt und nun auf die gekaufte Liegenschaft angewiesen ist, um hier zu wohnen. 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, Amtl. Bull. 1989 [Ständerat], S. 424; weiteres Beispiel: Pra 1997, S. 483 f.⁵²) 39

Eigenbedarf setzt nach BGE 118 II 50 E. 3d nicht unbedingt eine Wohnungsnot des Käufers voraus. Auch wirtschaftliche Gründe können nach bundesgerichtlicher Auffassung Eigenbedarf begründen⁵³. In dem konkreten Fall hatte der Käufer seine Mietwohnung ohne Not gekündigt und eine vermietete Wohnung gekauft. Dringender Eigenbedarf des Vermieters 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 40

⁵¹ Gleiche oder ähnliche Formulierung etwa bei PERMANN/SCHANER, N 7 zu Art. 261a OR, LACHAT, CdB 1999, S. 70.

⁵² S. ferner ZMP 1991 Nr. 7, referiert bei HIGI, ZÜRKOMM, N 43 zu Art. 261–261a OR.

⁵³ A.A. HONSELL, S. 211; LACHAT/STOLL/BRUNNER, S. 483; wie das Bundesgericht hingegen HIGI, ZÜRKOMM, N 43 zu Art. 261–261a OR, PERMANN/SCHANER, N 7 zu Art. 261a OR.

angesehen, weil Mieter ein schützenswertes Interesse am Erwerb von Wohneigentum hätten⁵⁴.

B. Inhalt und Modalitäten des Kündigungsrechts

- 41 **1.** Bei gegebenen Voraussetzungen kann der Käufer einer vermieteten Wohnliegenschaft den Mietvertrag nach Art. 266c OR kündigen⁵⁵. D.h., er kann das Mietverhältnis unter Wahrung einer dreimonatigen Kündigungsfrist auf den nächsten ortsüblichen Termin oder – wo ein solcher (wie z.B. in Genf⁵⁶) fehlt – auf das Ende einer dreimonatigen Mietdauer⁵⁷ auflösen⁵⁸. Der Käufer ist im Sinne einer Obliegenheit 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/Verkäufers⁵⁹. Das bedeutet praktisch: Wenn beim Erwerb der Mietsache kein dringender Eigenbedarf besteht, so entfällt das zur Diskussion stehende Kündigungsrecht ein für alle Mal. Es lebt auch nicht wieder auf, wenn später ein dringender Eigenbedarf eintritt⁶⁰. Immerhin bleibt die ausserordentliche Kündigung aus wichtigen Gründen (Art. 266g OR) vorbehalten⁶¹. Diese Regelung entstammt dem alten Recht (Art. 259 aOR, BGE 108 II 190 ff.), wo sie al-

⁵⁴ In casu erfolgte allerdings die Kündigung nicht gestützt auf Art. 261 Abs. 2 lit. a OR. Der Käufer hatte es vielmehr versäumt, auf den ersten gesetzlichen Termin zu kündigen, weshalb das Kündigungsrecht nach jener Bestimmung verwirkt war (unten Nr. 41). 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 Nr. 29).

⁵⁵ 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 194; BGf, mp 1988, S. 44 unten; a.A. LACHAT, CdB 1999, S. 70; HIGI, ZürKomm, 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 Nr. 45.

⁵⁶ Vgl. SCHÖNENBERGER/SCHMID, ZürKomm, N 34 zu Art. 267 OR, unter Hinweis auf SemJud 1963, S. 493 und 600.

⁵⁷ Vgl. SCHÖNENBERGER/SCHMID, ZürKomm, N 35 zu Art. 267 OR. Ist der Mietbeginn nicht mehr feststellbar, kann nach SemJud 1962, S. 275, auf jedes Monatsende gekündigt werden.

⁵⁸ Vgl. GUINAND, Amtl. Bull. 1988 (Nationalrat), S. 507.

⁵⁹ PERMANN/SCHANER, 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 Nr. 43 a.E.

⁶⁰ Dem Käufer steht nun – bei einem unbefristeten Mietvertrag – nur mehr die ordentliche Kündigungsmöglichkeit offen. Allfällig bestehende Sperrfristen gelten auch gegenüber dem Käufer (LACHAT/STOLL/BRUNNER, S. 484 Ziff. 4.3.4. und Anm. 71).

⁶¹ Eine Möglichkeit, die jedem Vermieter offen steht. Es sind allerdings kaum Fälle denkbar, in denen sie sich – im vorliegenden Kontext – praktisch realisieren könnte.

lerdings unter anderen Vorzeichen stand, da die Kündigungsmöglichkeit des Käufers nicht von dessen Eigenbedarf abhängig war⁶².

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 entgegen. Von hier aus ist es nur noch ein kleiner Schritt zur Anwendung von Art. 266a Abs. 2 OR, immer vorausgesetzt, der Käufer hat rechtzeitig gekündigt⁶³. 42

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, 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 zum 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 Kündigung bedeutet, dass sie dem Mieter bis zu jenem Datum zugegangen sein muss (Empfangstheorie). 43

2. Für die Kündigung nach Art. 261 Abs. 2 lit. a OR gelten im Übrigen die allgemeinen Grundsätze. Sie hat somit mittels amtlichen Formulars zu erfolgen (Art. 266l 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 werden⁶⁴. 44

C. Kündigungsschutz

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 Ausweisungsverfahren, soweit das 45

⁶² Die Kündigung i.S.v. Art. 259 Abs. 2 aOR war nach herrschender Auffassung keine Kündigung im technischen Sinn (statt vieler SCHÖNENBERGER/SCHMID, ZürKomm, N 20 zu Art. 259 OR; GVP 1987, S. 74). Indes handelte es sich durchaus um eine eigentliche Kündigung, nur ging es – da sich der Käufer vor der Kündigung nicht in der Vermieterstellung befand (vgl. oben Nr. 6) – nicht um die Kündigung eines Miet-, sondern eines andern («einfacheren») Schuldverhältnisses.

⁶³ LACHAT, CdB 1999, S. 70 Anm. 12; LACHAT/STOLL/BRUNNER, S. 483 Anm. 67.

⁶⁴ Statt vieler: HIGI, ZürKomm, N 33 zu Art. 261–261a OR; LACHAT, CdB 1999, S. 71.

kantonale Prozessrecht dies zulässt⁶⁵. Die in der Lehre vertretene Ansicht⁶⁶, 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 92⁶⁷) kaum mehr haltbar. Weder ist das Anfechtungsverfahren einzuhalten, noch die fragliche Frist zu wahren. Ungültig ist die Kündigung etwa bei fehlendem dringlichem Eigenbedarf oder wenn dem Käufer wegen Vormerkung der Miete im Grundbuch das Kündigungsrecht nach Art. 261 OR nicht zusteht⁶⁸. Ungültig ist ferner eine Kündigung, welche der Käufer ausspricht, noch bevor er im Tagebuch eingetragen ist⁶⁹; eine derartige vorzeitige Kündigung bleibt wirkungslos, und eine Heilung im Zeitpunkt des späteren Tagebucheintrags findet nicht statt (vgl. BGE 108 II 190)⁷⁰.

- 46 2. Auch eine Kündigung wegen dringenden Eigenbedarfs 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 sein⁷¹. Die in der Lehre erwähnten Ausnahmefälle⁷² sind eher theoretischer Natur.
- 47 Unbeachtlich sind die Kündigungssperrfristen gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. d und e⁷³. Art. 271a Abs. 3 lit. d OR hält dies ausdrücklich fest. 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. Zur Frage der Schadenersatzpflicht des Verkäufers/Vermieters in solchen Fällen s. unten Nr. 53.

⁶⁵ LACHAT, CdB 1999, S. 71 f., Text und vor allem Anm. 17; vgl. auch GUHL/KOLLER, § 44 Nr. 225.

⁶⁶ FELLMANN, AJP 1994, S. 544 f. Ziff. 27–29; PERMANN/SCHANER, N 10 zu Art. 261a OR; HONSELL, S. 211.

⁶⁷ S. dazu GUHL/KOLLER, § 44 Nr. 147 und 177.

⁶⁸ HIGI, ZürKomm, N 46 zu Art. 261–261a OR.

⁶⁹ LACHAT, CdB 1999, S. 71; LACHAT, S. 438, mit weiteren Literaturhinweisen in Anm. 51; vgl. zu Art. 259 Abs. 2 aOR BGE 108 II 190, 42 II 284, 39 II 470; SemJud 1948, S. 369, 1949, S. 423, 1984, S. 612 f.

⁷⁰ SVIT-Kommentar, N 8 zu Art. 261–261a OR; LACHAT/STOLL/BRUNNER, S. 483 Ziff. 4.3.3. Vgl. demgegenüber vorne Nr. 26 zum Fall, da der Käufer das ordentliche Kündigungsrecht des Verkäufers ausübt.

⁷¹ LACHAT, CdB 1999, S. 71.

⁷² Vgl. SVIT-Kommentar, N 21 zu Art. 261–261a OR; FELLMANN, AJP 1994, S. 545 Nr. 31.

⁷³ JEANPRÉTRE MARIE-CLAIRE, DB 1990, S. 10 (Anmerkung zu BJM 1989, S. 209).

3. Auch eine Kündigung gemäss Art. 261 Abs. 2 lit. a OR unterliegt den Er- 48
streckungsbestimmungen (Art. 272a e contrario). Der in jener Bestimmung vo-
rausgesetzte dringliche Eigenbedarf des Käufers schliesst allerdings eine Er-
streckung regelmässig aus (vgl. Art. 272 Abs. 2 lit. d OR)⁷⁴.

Hat der Mieter vor dem Eigentumswechsel gegen den Vermieter und nachmaligen 49
Verkäufer eine Mieterstreckung erlangt, so schliesst dies eine Kündigung
des Käufers wegen dringenden Eigenbedarfs nicht aus. Diese Kündigungsmög-
lichkeit wäre nur dann ausgeschlossen, wenn sich die Rechtskraft des Er-
streckungsentscheids auch auf den Käufer erstrecken würde. Das ist jedoch an-
gesichts des Umstands, dass der Käufer am Erstreckungsverfahren in keiner
Weise beteiligt war, nicht anzunehmen. Der SVIT-Kommentar ist freilich ander-
er Meinung mit dem Argument, das Erstreckungsurteil sei ein Gestaltungs-
urteil und wirke daher gegenüber jedermann⁷⁵. 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» (FELLMANN, AJP 1994, S. 546).

Im SVIT-Kommentar (wie Anm. 75) wird ferner die Ansicht vertreten, eine von Verkäufer 50
und Mieter getroffene aussergerichtliche Erstreckungsvereinbarung binde auch den Kä-
ufer⁷⁶. M.E. trifft auch dies nicht zu: Der erstreckte Vertrag ist einem auf bestimmte Dauer ab-
geschlossenen 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 ge-
mäss Art. 261 Abs. 3 OR in genügender Weise Rechnung getragen⁷⁷.

IV. Das Rechtsverhältnis zwischen 51 dem Verkäufer und dem Mieter

1. Was zwischen dem Verkäufer/Vermieter und dem Mieter gilt, ergibt sich zum 51
Teil aus dem bereits Gesagten: Mit der Eigentumsübertragung geht auch das
Mietverhältnis auf den Käufer über. Der Verkäufer ist nun aus der Vermieter-
stellung entlassen und demzufolge nicht mehr zur Gebrauchsüberlassung ver-
pflichtet (Art. 261 Abs. 1 OR; Nr. 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 (Nr. 19).

⁷⁴ FELLMANN, AJP 1994, S. 545 Nr. 32.

⁷⁵ So SVIT-Kommentar, N 23 zu Art. 261–261a OR.

⁷⁶ So auch schon HIGI, ZürKommB, N 39 zu Art. 261–261a OR.

⁷⁷ Vgl. FELLMANN, AJP 1994, S. 546 Nr. 38.

Überhaupt gilt der Grundsatz, dass der Verkäufer Ansprüche, die im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs bereits entstanden und fällig waren, behält (Nr. 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. Vorbehalten sind anders lautende Abmachungen zwischen Verkäufer/Vermieter und Mieter. Hat beispielsweise jener diesem eine Konventionalstrafe versprochen für den Fall, dass es zu einer vorzeitigen Vertragsauflösung durch den Käufer kommen sollte, so ändert der Eigentumsübergang an der (bedingten) Verpflichtung des Vermieters/Verkäufers nichts; wird das Mietverhältnis frühzeitig aufgelöst, hat der Vermieter die Konventionalstrafe zu bezahlen. Zum Übergang des Kündigungsrechts auf den Käufer s. oben Nr. 24 ff.

- 52 **2.** Im Übrigen richtet sich das Verhältnis zwischen dem Vermieter/Verkäufer und dem Mieter nach Art. 261 Abs. 3 OR⁷⁸. Danach haftet der Vermieter dem Mieter für allen Schaden, der ihm aus einer (gerechtfertigten⁷⁹) vorzeitigen Kündigung durch den neuen Eigentümer entsteht⁸⁰. Hinsichtlich Schadensberechnung und Schadenersatzbemessung gelten die allgemeinen Grundsätze. Muss der Mieter für die Ersatzwohnung einen höheren Mietzins bezahlen, so geht die Mietzinsdifferenz zulasten des Vermieters/Verkäufers, und zwar bis Ablauf der festen Mietdauer bei einem befristeten Mietvertrag, bis zum nächsten (vertraglichen oder gesetzlichen) Kündigungstermin bei einem unbefristeten Mietverhältnis⁸¹. Hat allerdings der Mieter ohne Not ein qualitativ besseres Mietobjekt angemietet, so erhält er nur teilweisen Kostenersatz. Eine derartige Vorteilsanrechnung wird man hingegen nur mit Vorsicht bejahen können, falls gleichwertige Ersatzobjekte nicht zur Verfügung standen, dem Mieter der Vorteil also aufgedrängt wurde. Als weiterer Schadensposten fallen beispielsweise

⁷⁸ Die folgenden Ausführungen lehnen sich weitgehend an das im «GÜHL» Gesagte an (GÜHL/KOLLER, § 44 Nr. 69 ff.).

⁷⁹ Kündigt der Käufer, ohne dass die Voraussetzungen von Art. 261 Abs. 2 lit. a OR erfüllt sind (es fehlt z.B. am dringlichen 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. Immerhin wird man einen Schadenersatzanspruch in analoger Anwendung von Art. 194 OR auch dann befürworten können, wenn der Mieter die Kündigung «in guten Treuen anerkannt» hat. Man denke an den Fall, dass der Käufer dringlichen 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, S. 150 ff.

⁸⁰ Zur Schadensberechnung vgl. BGE 30 II 418 ff., 39 II 463 ff., mp 1989, S. 164, 171, DB 1990, S. 11 Nr. 13, GVP 1991, S. 80 Nr. 36, mit Behandlung der Frage, ob der Vermieter auch für die Kosten des vorzeitigen Umzugs einzustehen hat (dazu auch HIGI, ZürKomm, N 59 zu Art. 261–261a OR; LACHAT/STOLL/BRUNNER, S. 486).

⁸¹ HIGI, ZürKomm, N 56 zu Art. 261–261a OR; LACHAT/STOLL/BRUNNER, S. 486.

Umzugskosten in Betracht (vgl. Anm. 80), ferner «Kosten einer unvermeidlichen Doppelmiete» (HIGL, ZürKomm, N 59 zu Art. 261–261a OR).

Nicht unter Art. 261 Abs. 3 OR fällt der Sachverhalt, dass der Vermieter die Wohnliegenschaft während einer Kündigungssperrfrist (Art. 271a lit. d und e OR) veräussert und der Käufer – wozu er berechtigt ist (Art. 271a Abs. 3 lit. d OR, oben Nr. 47) – den Vertrag wegen dringenden Eigenbedarfs vor Ablauf der Sperrfrist auflöst⁸². Kündigt allerdings der Käufer früher, als es der Vertrag mit dem Vermieter gestattet hätte, so greift eine Haftung Platz, dies aber nicht wegen Nichteinhaltung der Sperrfrist, sondern wegen Nichteinhaltung des Mietvertrags⁸³.

Angenommen, die verkaufte Mietwohnung kann gemäss Mietvertrag erstmals auf Ende September 2001 gekündigt werden. Wenn nun der Käufer nach Art. 261 Abs. 1 OR rechtmässig auf Ende Juni 2001 kündigt, so hat der Verkäufer dem Mieter den mit dem vorzeitigen Auszug verbundenen Schaden (z.B. Differenz zwischen dem Mietzins und dem höheren Mietzins der Ersatzwohnung) zu ersetzen. Ein weiter gehender Ersatz ist auch dann nicht geschuldet, wenn der Vermieter/Verkäufer wegen einer Sperrfrist bis Ende 2001 nicht hätte kündigen dürfen.

Art. 261 Abs. 3 OR kommt nicht (analog) zum Tragen, wenn der Käufer den Mieter durch vertragswidriges Verhalten zur Vertragsauflösung «zwingt». Jedoch haftet der Käufer diesfalls nach Art. 97 OR. Im Unterschied zum früheren Rechtszustand (BGE 79 II 382) 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 Nr. 9 f.)⁸⁴.

⁸² FELLMANN, AJP 1994, S. 546 Nr. 35; SVIT-Kommentar, N 26 zu Art. 261–261a OR; HIGL, ZürKomm, N 57 zu Art. 261–261a OR; WEBER/ZIEBLMANN, BasKomm, N 10 zu Art. 261 OR.

⁸³ Sperrfristen sind unbeachtlich, wenn der Vermieter selbst dringenden Eigenbedarf hat (Art. 271a Abs. 3 lit. a OR). Er kann diesfalls – nach den vertraglichen und gesetzlichen Vorschriften – kündigen, ohne in irgendeiner Weise haftpflichtig zu werden. Dahinter steckt der Gedanke, dass Sperrfristen Rache-kündigungen verhindern sollen, von einer Rache-kündigung aber nicht gesprochen werden kann, wenn der Vermieter selbst dringend auf das Mietobjekt angewiesen ist und aus diesem Grund kündigt. Aus der gleichen Überlegung wären Haftungsfolgen nicht angezeigt, wenn der Vermieter das Mietobjekt veräussert und der Käufer während der Sperrfrist kündigt. Denn wenn der Vermieter zur Veräusserung schreitet, so typischerweise nicht zur Befriedigung von Rache-gelüsten. Sollte dies einmal anders sein, kann eine Haftung über das Institut der positiven Vertragsverletzung begründet werden. Art. 261 Abs. 3 OR bleibt auch in diesem Fall aus dem Spiel.

⁸⁴ Dieser Entscheid betraf folgenden Fall: Der Käufer hatte bewirkt, dass dem Mieter die Erlaubnis, auf der vermieteten Liegenschaft eine Wirtschaft zu betreiben, entzogen wurde. Der Mieter kündigte hierauf aus wichtigem Grund. Den durch die vorzeitige Vertragsauflösung entstandenen Schaden konnte er nach Art. 259 aOR i.V.m. Art. 101 OR vom Vermieter ersetzt verlangen.

- 56 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 82 II 525 zum alten Mietrecht⁸⁵).
- 57 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Vermieter nach Art. 261 Abs. 3 OR in viel weniger weit gehendem Umfang haftet als unter dem bis 1. Juli 1990 geltenden Rechtszustand. Dass der Vermieter als Haftungssubjekt weitgehend ausscheidet, hat der Gesetzgeber durch die Überbindung des Mietverhältnisses auf den Erwerber wenigstens teilweise wettgemacht. Ist der Mieter mit dem Vermieterwechsel nicht einverstanden, sollte er allerdings kündigen können – eine Möglichkeit, welche nicht generell besteht, sich im Einzelfall aber aus Art. 266g OR ergeben kann (oben Nr. 8).

V. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Käufer

- 58 Dieses im Mietrecht nicht speziell geregelte Verhältnis unterliegt in erster Linie den einschlägigen kaufrechtlichen Bestimmungen. Hingewiesen sei nur auf zwei Punkte:
- 59 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 übergeht⁸⁶. 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.
- 60 Die Rechtsgewährleistung setzt gemäss Art. 192 Abs. 1 OR voraus, dass der Rechtsgrund für die Entwehrung im Zeitpunkt, in dem der Kaufvertrag abge-

⁸⁵ Der Entscheid 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 wurde nach Art. 101 OR für haftbar erklärt.

⁸⁶ Vgl. mit Bezug auf das deutsche Recht STAUDINGER/EMMERICH/SONNENSCHNEIN, N 48 zu § 571 BGB.

geschlossen wurde, bereits bestanden hat. Das bedeutet im vorliegenden Zusammenhang, dass der Mietvertrag in diesem Zeitpunkt bereits abgeschlossen sein musste. Trifft dies nicht zu, wird der Vermieter nach den allgemeinen Nichterfüllungsregeln haftbar (Art. 97 OR)⁸⁷.

Auf die weiteren Voraussetzungen der Rechtsgewährleistung (Art. 193 f. OR) ist hier nicht einzutreten; s. dazu § 5 Nr. 87 ff. 61

Beruft sich der Mieter auf den Mietvertrag gemäss Art. 261 OR, so stellt dies eine teilweise Entwehrung i.S.v. Art. 196 OR dar. Diese gibt dem Käufer grundsätzlich kein Recht auf Aufhebung des Vertrages (Ausnahme in Art. 196 Abs. 2 OR), sondern nur – bei gegebenen Gewährleistungsvoraussetzungen – auf Schadenersatz⁸⁸. Im eben erwähnten Fall, da der Käufer den Verkäufer nach Art. 97 OR haftbar machen kann, verhält sich die Rechtslage nicht wesentlich anders. 62

2. Der Verkäufer wird – wie dargelegt – dem Mieter haftbar, wenn diesem vom Käufer wegen dringenden Eigenbedarfs vorzeitig gekündigt wird (Art. 261 Abs. 3 OR). Ob der Verkäufer gegebenenfalls auf den Käufer Rückgriff nehmen kann, bestimmt sich nach den im Kaufvertrag getroffenen Vereinbarungen. Eine Regressklausel kann nach einem Vorschlag PFÄFFLIS⁸⁹ etwa folgendermassen formuliert werden: 63

«Der Käufer hat Kenntnis von den Mietverhältnissen bezüglich des Vertragsobjekts. Diese sind von Gesetzes wegen auf ihn übergegangen (Art. 261 Abs. 1 OR). Der Käufer übernimmt sämtliche Schadenersatzansprüche, die aus einer vorzeitigen Kündigung der Mietverträge an den Verkäufer gestellt werden könnten.» 64

Noch besser gedient ist allerdings dem Verkäufer, wenn der Käufer auf das Recht zur vorzeitigen Vertragsauflösung wegen dringenden Eigenbedarfs verzichtet. Regressproblemen ist damit zum Vornherein der Boden entzogen. Der Verkäufer hat daher alles Interesse, den Käufer zur Übernahme des Mietvertrags zugunsten des Mieters zu verpflichten (Art. 112 Abs. 2 OR). Beispiel für eine entsprechende Vertragsklausel: 65

«Der Käufer übernimmt das auf der Kaufliegenschaft bestehende Mietverhältnis mit XY. Er verzichtet hiermit ausdrücklich auf das Recht zur vorzeitigen Kündigung gemäss Art. 261 Abs. 2 lit. a OR.»

⁸⁷ Vgl. KELLER/SIEHR, S. 52.

⁸⁸ Vgl. dazu KELLER/SIEHR, S. 62 ff.

⁸⁹ PFÄFFLI, S. 45.