



## Rechtsbehelfe des Mieters bei Wegfall des Mietbedarfs

ALFRED KOLLER\*

Verliert der Mieter den Bedarf für die Mietsache, kann er den Vertrag ausnahmsweise vorzeitig beenden (s. insbesondere Art. 266g OR). Weitere Rechtsbehelfe stellt das Gesetz dem Mieter in den Art. 262–264 OR zur Verfügung: Untermiete, Übertragung der Miete und vorzeitige Rückgabe des Mietobjekts. Nach grundsätzlichen Erwägungen erörtert dieser Beitrag die betreffenden Bestimmungen im Einzelnen. Dies geschieht unter Einbezug moderner Mietformen (Stichwort Airbnb) und unter Hinweis auf Analogiemöglichkeiten.

Si le locataire n'a plus besoin de la chose louée, il peut à titre exceptionnel mettre fin au contrat de manière anticipée (cf. notamment art. 266g CO). Aux art. 262 à 264 CO, la loi met à sa disposition d'autres voies de recours : sous-location, transfert du bail et restitution anticipée de la chose louée. Après quelques considérations d'ordre général, cet article examine chacune des dispositions concernées. Il prend en compte, à cet égard, les nouvelles formes de location (à savoir Airbnb) et propose des rapprochements possibles.

### Inhaltsübersicht

- I. Überblick
  - A. Untervermietung (Art. 262 OR)
  - B. Übertragung der Miete (Art. 263 OR)
  - C. Vorzeitige Rückgabe der Mietsache (Art. 264 OR)
- II. Präzisierungen zur Untermiete
  - A. Zulässigkeit der Untermiete
  - B. Rechtsverhältnis zwischen Ober- und Untervermieter
  - C. Rechtsverhältnis zwischen Obervermieter und Untermieter
- III. Präzisierungen zur Übertragung der Miete
  - A. Der Anspruch auf Zustimmung zur Vertragsübertragung
  - B. Rechtsverhältnis zwischen Vermieter und Übernehmer
  - C. Rechtsverhältnis zwischen Vermieter und ehemaligem Mieter
  - D. Rechtsverhältnis zwischen Übernehmer und ehemaligem Mieter
  - E. Das Schicksal eines Untermietverhältnisses
- IV. Präzisierungen zur vorzeitigen Rückgabe der Mietsache
  - A. Anforderungen an den Ersatzmieter
  - B. Prüfungsfrist
  - C. Ablehnung eines geeigneten Ersatzmieters

### I. Überblick

Hat der Mieter den Bedarf für die Mietsache verloren, so entbindet ihn dies grundsätzlich nicht von der Pflicht, den Mietzins zu bezahlen. Auch eine zufallsbedingte Hinderung, die Mietsache zu gebrauchen, beseitigt die Zinspflicht im Allgemeinen nicht.<sup>1</sup> Ausnahmsweise kann sich allerdings der Mieter aus wichtigem Grund vom Mietvertrag und damit von der Zinspflicht befreien

(Art. 266g Abs. 1 OR).<sup>2,3</sup> Hilfreich können ferner die drei in Art. 262–264 OR geregelten Institute sein: Untermiete (I.A.), Übertragung der Miete (I.B.) und vorzeitige Rückgabe des Mietobjekts (I.C.).

#### A. Untervermietung (Art. 262 OR)

Untervermietung ist die Vermietung der Mietsache durch den Mieter (Untervermieter) an einen Dritten (Untermieter). Die Untermiete kann sich auf die ganze Mietsache oder nur auf einen Teil beziehen (Art. 262 Abs. 1 OR). Sodann kann der Mieter/Untervermieter mit Bezug auf den vermieteten Teil sein eigenes Gebrauchsrecht aufgeben oder aber zusätzlich zum Untermieter ausüben (A. nimmt seinen Kollegen B. in die Mietwohnung auf, überlässt ihm ein Zimmer zum ausschliesslichen Gebrauch, während Küche und Wohnzimmer beiden zum Gebrauch offenstehen).

Der Untermietvertrag ist – wie jeder Mietvertrag – von Gesetzes wegen entgeltlich (Art. 253 OR). Nicht um Untermiete geht es daher dort, wo der Mieter einem Dritten ein *unentgeltliches* Gebrauchsrecht einräumt (es handelt sich dann um eine

<sup>2</sup> Einen allfälligen Schaden des Vermieters hat allerdings der Mieter nach Ermessen des Richters zu ersetzen (Art. 266g Abs. 2 OR; illustrativ BGE 122 III 262). In diesem Entscheid ging es um eine Mieterin, welche wegen unvorhergesehener finanzieller Schwierigkeiten den Vertrag nach Art. 266g Abs. 1 OR zu Recht gekündigt hatte; sie wurde verpflichtet, den Schaden des Vermieters (CHF 12'000) im Umfang von CHF 2'500 zu ersetzen.

<sup>3</sup> Siehe auch Art. 266i OR, wonach die Erben des Mieters bei dessen Tod den Mietvertrag «mit der gesetzlichen Frist auf den nächsten gesetzlichen Termin kündigen» können. Dieses ausserordentliche Kündigungsrecht ist nur dort von praktischer Bedeutung, wo die gesetzliche Kündigungsordnung vertraglich zulasten des Mieters abgeändert wurde.

\* ALFRED KOLLER, Prof. em. Dr. iur., Rechtsanwalt, St. Gallen.

<sup>1</sup> Vgl. OGer ZH, 18.10.1962, in: ZR 1963, Nr. 79.

Leihe, Art. 305 ff. OR). Auch handelt es sich nicht um Untermiete, wenn nebst einem entgeltlichen Gebrauchsrecht noch weitere entgeltliche Rechte (z.B. ein Recht auf Verköstigung) eingeräumt werden (es liegt dann ein Innominatvertrag vor). Die Art des Vertragsabschlusses ist nach herrschender Ansicht für die Vertragsqualifikation nicht ausschlaggebend. Daher wird die entgeltliche Gebrauchsüberlassung durch Mieter über Buchungsplattformen wie Airbnb oder booking.com üblicherweise als Untermiete aufgefasst;<sup>4</sup> neuerdings hat sich jedoch ANDREAS ABEGG gefragt, ob man nicht «möglicherweise» von einem Innominatvertrag auszugehen habe.<sup>5</sup> Auf eine nicht als Untermiete zu qualifizierende Gebrauchsüberlassung können zwar die entsprechenden Normen nicht direkt, wohl aber unter Umständen analog angewendet werden (vgl. unten FN 32).

In dem bis 30. Juni 1990 geltenden Mietrecht durfte der Mieter die Sache grundsätzlich untervermieten, ohne einer Zustimmung des Vermieters (Obervermieters, Hauptvermieters) zu bedürfen (aArt. 264 Abs. 1 OR). Mit der Revision wurde zwar das Zustimmungserfordernis eingeführt (Art. 262 Abs. 1 OR), gleichzeitig aber bestimmt, dass die Zustimmung nur aus besonderem Grund verweigert werden darf (Art. 262 Abs. 2 OR).

Der Untermietvertrag ist ein gewöhnlicher Mietvertrag, der grundsätzlich den entsprechenden Bestimmungen (Art. 253 ff. OR) unterliegt.<sup>6</sup> Besonders geregelt ist im OR nur der Kündigungsschutz; insoweit bedurfte es einer Koordination mit dem Hauptmietverhältnis (Art. 273b OR). Im Einzelfall können jedoch auch spezialgesetzliche Bestimmungen zur Anwendung gelangen, etwa diejenigen des KKG<sup>7</sup>, wenn der Untermietvertrag die Merkmale eines Konsumkreditvertrages erfüllt.

Nach Art. 273b Abs. 1 OR gelten die Bestimmungen über den Kündigungsschutz (Art. 271 ff. OR) auch für die Untermiete, aber nur solange, als «das Hauptmietverhältnis nicht aufgelöst ist». Nach der gleichen Bestimmung kann die Untermiete grundsätzlich «nur für die Dauer des Hauptmietverhältnisses erstreckt werden». Vorbehalten bleibt der Fall, dass mit der Untermiete die Umgehung der Vorschriften über den Kündigungsschutz bezweckt wird; alsdann tritt der Vermieter bei Kündigung des Hauptmietverhältnisses von Gesetzes wegen an Stelle

des Mieters in den Untermietvertrag ein (Art. 273b Abs. 2 OR). Er muss sich nun eine Erstreckung der Untermiete unabhängig vom Hauptmietverhältnis gefallen lassen.<sup>8</sup>

Zwischen dem Vermieter (Obervermieter) und dem Untermieter entsteht – vorbehaltlich Art. 273b Abs. 2 OR – kein Vertragsverhältnis, jedoch ein gesetzliches Schuldverhältnis. Dieses äussert sich darin, dass der Untermieter dem Vermieter gegenüber verpflichtet ist, die Sache nicht anders zu gebrauchen, als es dem Mieter (Untervermieter) gestattet ist; der Vermieter kann den Untermieter «unmittelbar dazu anhalten» (Art. 262 Abs. 3 Satz 2 OR). Pflichtwidriges Verhalten macht den Untermieter nach Massgabe von Art. 97 OR haftbar; daneben kann auch der Mieter haftbar werden (Art. 262 Abs. 3 Satz 1 OR, der nur wiederholt, was sich schon aus Art. 101 OR ergibt<sup>9</sup>). Zum Retentionsrecht des Obervermieters an Sachen des Untermieters siehe Art. 268 Abs. 2 OR.

## B. Übertragung der Miete (Art. 263 OR)

Mit Zustimmung des Vermieters kann der Mieter von Geschäftsräumen das Mietverhältnis auf einen Dritten (Übernehmer) übertragen (Art. 263 Abs. 1 OR). Gegebenenfalls tritt der Dritte – anders als bei der Untermiete – an die Stelle des Mieters (Art. 263 Abs. 3 OR, Parteiwechsel), doch wird der Mieter von seinen Verpflichtungen gegenüber dem Vermieter nicht sofort befreit, vielmehr haftet er «solidarisch mit dem Dritten bis zum Zeitpunkt, in dem das Mietverhältnis gemäss Vertrag oder Gesetz endet oder beendet werden kann, höchstens aber für zwei Jahre» (Art. 263 Abs. 4 OR). Diese Haftung kann freilich wegbedungen werden. Während nach allgemeinem Vertragsrecht die Zustimmung zu einem Parteiwechsel nicht erzwungen werden kann, gilt bei der Geschäftsmiete im Grundsatz das Gegenteil: «Der Vermieter kann die Zustimmung nur aus wichtigem Grund verweigern» (Art. 263 Abs. 2 OR).

Im Allgemeinen setzt die Auswechslung einer Vertragspartei die Zustimmung aller Beteiligten (der Vertragsparteien und des Dritten, der an die Stelle einer Partei treten soll) voraus. Gelegentlich findet ein Parteiwechsel – wie im Falle von Art. 261 oder Art. 273b Abs. 2 OR (oben I.A.) – von Gesetzes wegen statt, ebenso kann ein Parteiwechsel – wie im Falle von Art. 263 OR – von einer der Parteien erzwungen werden. Sodann kommt es vor, dass der Richter einen Parteiwechsel anordnen kann (so Art. 121 ZGB hinsichtlich der Familienwohnung, falls sich der Mieter scheiden lässt und sein Ehegatte auf die Mietwohnung dringend angewiesen ist).

<sup>4</sup> Zum Beispiel BezGer Zürich, 9.2.2017, in: ZMP 2017, Nr. 2 (= mp 2017, 126 ff).

<sup>5</sup> ANDREAS ABEGG, Das Recht der Sharing-Economy, NZZ vom 3.1.2017, 7. Siehe zum Airbnb-Vertrag allgemein IRÈNE SPIRIG, Grundsätze der Untermiete und Airbnb, mp 2015, 1 ff.; DOMINIQUE JUD/ISABELLE STEIGER, Airbnb in der Schweiz: Was sagt das Mietrecht?, Jusletter vom 30.6.2014; MARKUS VISCHER, Zivilrechtliche Schranken der Wohnungsvermietung über Airbnb, AJP 2017, 478 ff., 479 ff. In seinem Bericht vom 11. Januar 2017 «über die zentralen Rahmenbedingungen für die digitale Wirtschaft» befasst sich der Bundesrat auch mit Airbnb-Mietverträgen (Internet: <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/46892.pdf> [Abruf 18.12.2017]) (zit. Bericht des Bundesrates), 112 ff. Im Bericht werden verschiedene Änderungen des Mietrechts vorgeschlagen, namentlich von Art. 262 OR.

<sup>6</sup> BGE 124 III 62, in: Pra 1998, Nr. 53; BGE 120 II 206.

<sup>7</sup> Bundesgesetz über den Konsumkredit (KKG; SR 221.214.1).

<sup>8</sup> Illustrativ BGer, 4C.300/2000, 29.3.2001.

<sup>9</sup> PIERRE TERCIER/LAURENT BIERI/BLAISE CARRON, Les contrats spéciaux, 5. A., Genf 2016, N 1861.

Nach herrschender Ansicht fällt die Miete von Geschäftsräumen auch dann unter Art. 263 Abs. 1 OR, wenn der Mieter ausschliesslich das Mietverhältnis, nicht auch sein Geschäft auf einen Dritten übertragen will, doch sei der Vermieter in einem solchen Fall berechtigt, die Zustimmung zur Übertragung der Miete – aus wichtigem Grund (Art. 263 Abs. 2 OR) – zu verweigern.<sup>10</sup> Ein Teil der Lehre geht noch weiter und reduziert Art. 263 Abs. 1 OR teleologisch auf Fälle, in denen der Mieter nebst dem Mietverhältnis auch sein Geschäft oder zumindest Teile davon übertragen will.<sup>11</sup> Noch einmal anders BISE/PLANAS: Sie folgen im Grundsatz der herrschenden Lehre, sehen aber im Umstand, dass das Geschäft nicht übertragen wird, keinen wichtigen Grund im Sinne von Art. 263 Abs. 2 OR.<sup>12,13</sup>

Werden zusammen mit Geschäftsräumen noch andere Sachen vermietet, fallen diese ebenfalls unter Art. 263 OR (Art. 253a OR i.V.m. Art. 1 VMWG<sup>14</sup>). Ist eine Wohnung mitvermietet, muss also der Vermieter unter Umständen auch einen neuen Wohnungsmieter akzeptieren.<sup>15</sup>

Bei einer gemeinsamen Miete von Geschäftsräumen findet Art. 263 OR analoge Anwendung, wenn einer der Mieter aus dem Mietverhältnis ausscheiden will und die Mitmieter das Mietverhältnis alleine fortsetzen wollen.<sup>16</sup> Der

Vermieter muss sich also – abgesehen von Art. 263 Abs. 4 OR – mit dem oder den verbleibenden Mietern zufriedengeben, soweit er nicht im Einzelfall ein besonderes Interesse am Fortbestand des Vertrags mit der ursprünglichen Gemeinschaft hat und aus diesem Grund das Ausscheiden des einen Mieters nicht akzeptieren muss (Art. 263 Abs. 2 OR). Soll der ausscheidende Mieter durch einen neuen ersetzt werden, muss sich der Vermieter diesen – vorbehaltlich Art. 263 Abs. 2 OR – aufdrängen lassen.<sup>17</sup>

### C. Vorzeitige Rückgabe der Mietsache (Art. 264 OR)

Der Mieter darf die Mietsache jederzeit vorzeitig zurückgeben (Art. 264 Abs. 1 und Art. 81 Abs. 1 OR), was aus der Sicht des Vermieters bedeutet, dass er die Sache annehmen muss, ansonsten er in Gläubigerverzug gerät (Art. 91 OR).<sup>18</sup> Die Rückgabe befreit allerdings den Mieter nicht von der Pflicht zur Mietzinszahlung, vielmehr sieht Art. 264 Abs. 2 OR ausdrücklich vor, dass der Mietzins bis zu dem Zeitpunkt geschuldet bleibt, in dem das Mietverhältnis gemäss Vertrag oder Gesetz endet (feste Vertragsdauer) oder beendet werden kann. Immerhin muss sich der Vermieter auf die Mietzinsforderung anrechnen lassen, was er wegen der vorzeitigen Rückgabe an Auslagen (z.B. Heizkosten) erspart oder durch anderweitige Verwendung, namentlich Weitervermietung, einnimmt (Art. 264 Abs. 3 lit. a und b OR). Tatsächlichen Einnahmen stellt das Gesetz absichtlich unterlassene Einnahmen gleich (Art. 264 Abs. 3 lit. b OR). Als Ausfluss dieser letzteren Regel bestimmt Art. 264 Abs. 1 OR, dass der Mieter von seinen Verpflichtungen befreit wird, wenn der Vermieter einen von ihm vorgeschlagenen zumutbaren Ersatzmieter nicht als neuen Mieter akzeptiert.

Ob der Vermieter den vorgeschlagenen Ersatzmieter als neuen Mieter akzeptieren will, steht in seinem freien Belieben, es besteht also – anders als nach Art. 263 OR – keinerlei Kontrahierungszwang. Mit anderen Worten kann der Mieter dem Vermieter keinen bestimmten Mieter aufzwingen. Will er, dass ein ganz bestimmter Dritter an seine Stelle tritt, etwa weil er diesem Mobilium oder sonstige Werte (z.B. Goodwill) verkaufen kann, so muss er – wo möglich – nach Art. 263 OR vorgehen oder er muss sich mit der Untervermietung an den betreffenden Dritten begnügen. In diesem letzteren Fall wird er freilich von

einigt oder das Innenverhältnis sonst wie beendet wird. Meines Erachtens ist dies nicht vorausgesetzt. Wenn allerdings ein Mieter ohne Beendigung des Innenverhältnisses aus dem Mietvertrag ausscheidet, wird er von seinen Verpflichtungen gegenüber seinen (ehemaligen) Mitmietern nicht befreit. Ähnlich die von WEBER, 158, Fn 45, zitierten Autoren.

<sup>17</sup> FERTIG (FN 11), N 8.43.

<sup>18</sup> Die Rücknahmeobliegenheit ist allerdings nicht generell anerkannt (HANS BÄTTIG, Die vorzeitige Rückgabe der Mietsache – ausgewählte praktische Aspekte, MRA 2012, 121 ff., 128 ff.).

<sup>10</sup> Zum Beispiel BSK OR I-WEBER, Art. 263 N 5, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-WEBER); PETER HIGI, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 253–265 OR, Die Miete, 4. A., Zürich 1994 (zit. ZK-HIGI), Art. 263 OR N 37.

<sup>11</sup> NICOLE AELLEN, Die Übertragung der Miete auf einen Dritten, MRA 2015, 63 ff., 67 f., 74; PETER FERTIG, Übertragung des Mietverhältnisses, in: Jürg P. Müller (Hrsg.), Wohn- und Geschäftsraummieter, Handbücher für die Anwaltspraxis, Basel 2016, 319 ff., N 8.13/42.

<sup>12</sup> MICHEL BISE/AURÉLIE PLANAS, in: François Bohnet/Blaise Caron/Marino Montini, Droit du bail à loyer et à ferme, 2. A., Basel 2017, Art. 263 OR N 20 ff., v.a. N 24 a.E. und N 25 («aucun inconvénient»).

<sup>13</sup> Die Kontroverse ist von geringer praktischer Bedeutung, weil «das Interesse des Mieters, dem Vermieter einen bestimmten neuen Mieter aufzuzwingen», typischerweise nur dort bestehen wird, «wo er mit der Miete auch noch Werte übertragen will, die er selbst an der Mietsache geschaffen hat, wie beispielsweise die eigene Kundschaft» (Botschaft vom 27. März 1985 zur Volksinitiative «für Mieterschutz», zur Revision des Miet- und Pachtrechts im Obligationenrecht und zum Bundesgesetz über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen, BBl 1985 I 1389 ff., 1443; Hervorhebung im Original).

<sup>14</sup> Verordnung vom 9. Mai 1990 über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG; SR 221.213.11).

<sup>15</sup> AELLEN (FN 11), MRA 2015, 65, Fn 9.

<sup>16</sup> BGer, 4A\_352/2012, 21.11.2012, E. 3.3, in: MRA 2013, 57 ff. Nach ROGER WEBER, Der gemeinsame Mietvertrag, Diss., Zürich 1993, 154, 158, besteht diese Möglichkeit nur, wenn der ausscheidungs-willige Mieter sich mit den Mitmietern auf das Ausscheiden

seinen Verpflichtungen gegenüber dem Vermieter nicht befreit, insbesondere nicht nach Art. 264 OR (es erfolgt ja keine Rückgabe der Sache).

Vorzeitige Rückgabe bedeutet vorzeitige Erfüllung der Rückgabepflicht (Art. 267 OR). Sie hat in gleicher Weise zu geschehen wie die Rückgabe bei regulärer Beendigung der Miete (Art. 267 OR).<sup>19</sup> Für diese wiederum gelten die allgemeinen Erfüllungsgrundsätze,<sup>20</sup> wenn auch mit gewissen Einschränkungen (s. FN 21). Bei der Wohnungsmiete, auf die ich mich hier beschränke, hat der Mieter dem Vermieter die Verfügungsgewalt über das Mietobjekt einzuräumen, indem er die Wohnung räumt<sup>21</sup> und die Schlüssel zurückgibt.<sup>22</sup> Eine teilweise Rückgabe genügt – entgegen einem Teil der Lehre<sup>23</sup> – nicht.<sup>24</sup> Im Falle einer gemeinsamen Miete kann «eine vorzeitige Rückgabe der Mietsache [...] nur durch alle Mitmieter gemeinsam erfolgen».<sup>25</sup> Art. 264 OR kommt daher nicht zum Tragen, solange auch nur einer der Mieter das Mietobjekt beansprucht.

Einem Mieter, der vorzeitig aus dem Mietverhältnis ausscheiden will, hilft demnach die Bestimmung nicht. Hingegen kann er analog Art. 263 OR vorgehen, jedenfalls bei Geschäftsräumen (oben I.B., letzter Absatz), nach einem guten Teil der Lehre aber auch bei sonstigen Mietobjekten. Gegebenenfalls beschränkt sich der Mietvertrag auf den oder die Mieter, welche das Mietobjekt weiterhin beanspruchen, den ausscheidenden Mieter trifft nur mehr die Haftung aus Art. 263 Abs. 4 OR. Nach anderer Auffassung steht dem Mieter bei anderen Mietobjekten als Geschäftsräumen ein Vorgehen nach Art. 263 OR nicht of-

fen, hingegen könne er sich durch Stellung eines zumutbaren Ersatzmieters im Sinne von Art. 264 OR vom Verträge lösen.<sup>26</sup> Diese letztere Ansicht ist abzulehnen, die analoge Anwendung von Art. 263 OR hingegen zu befürworten.<sup>27</sup> Von selbst versteht sich, dass sich der Vermieter vertraglich auf eine Fortsetzung der Miete allein mit den Mietern, welche die Mietsache weiterhin beanspruchen, einigen kann. Das darf jedoch nicht leicht hin angenommen werden.<sup>28</sup> Schweigen kann nach allgemeinem Grundsatz (Art. 6 OR<sup>29</sup>) nur ganz ausnahmsweise als Einverständniserklärung gewertet werden.

Gibt der Mieter die Sache vorzeitig zurück, greifen nebst Art. 264 OR die allgemeinen Regeln über die Rückgabe der Sache Platz, insbesondere Art. 267 und 267a OR.<sup>30</sup> Beide Bestimmungen betreffen nicht die im vorliegenden Aufsatz interessierende Thematik und werden daher im Folgenden nicht behandelt. Ausser Betracht bleibt ferner der Fall, dass der Vermieter ein gehöriges Rückgabeangebot des Mieters ablehnt und dadurch in Annahmeverzug gerät.<sup>31</sup>

## II. Präzisierungen zur Untermiete

### A. Zulässigkeit der Untermiete

Der Mieter darf die Mietsache nur mit Zustimmung des Vermieters untervermieten, doch muss die Zustimmung grundsätzlich erteilt werden.<sup>32,33</sup> Verweigert werden

<sup>19</sup> Siehe dazu überblicksweise ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bd. I, Bern 2012 (zit. KOLLER, OR BT), § 9 N 310.

<sup>20</sup> Siehe dazu ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2017 (zit. KOLLER, OR AT, N 35.01 ff.

<sup>21</sup> Nach Lehre und Rechtsprechung hat die Wohnung – vorbehaltlich Art. 2 Abs. 2 ZGB – vollständig geräumt zu sein. Zu meiner eigenen, teilweise abweichenden Ansicht s. KOLLER, OR BT (FN 19), § 9 N 329. Eine nicht geräumte Wohnung braucht der Vermieter nicht zurückzunehmen (er kommt dadurch nicht in Annahmeverzug), hingegen darf er die Rücknahme nicht deshalb verweigern, weil der Mieter sie zurückgeben will, ohne seiner Pflicht zur Mängelbeseitigung (Art. 267 OR) nachgekommen zu sein (KOLLER, a.a.O.; KOLLER, OR AT [FN 20], N 56.55).

<sup>22</sup> BGE 119 II 36 E. 3c, in: Pra 1994, Nr. 33; BGer, 4C.129/1999, 5.10.1999, in: mp 2000, 32 ff.; BGer, 4A\_220/2008, 7.8.2008, E. 3, in: mp 2009, 21 ff. Alle dem Mieter übergebenen Schlüssel sind herauszugeben, soweit sie noch vorhanden sind (der Verlust eines Schlüssels hindert die rechtswirksame Rückgabe nicht, OGER LU, 12.12.2011, in: LGVE 2012 I, Nr. 18, E. 3.3). Hat der Mieter Nachschlüssel anfertigen lassen, so braucht er diese nicht herauszugeben, wohl aber kann der Vermieter deren Vernichtung verlangen (anders [Herausgabepflicht befürwortend] MARCO GIAVARINI, MRA 2014, 190 ff., 197 [Anm. zu BGer, 4A\_388/2013, 7.1.2014]).

<sup>23</sup> BISE/PLANAS (FN 12), Art. 262 OR N 22 ff.

<sup>24</sup> BSK OR I-WEBER (FN 10), Art. 264 N 3. Zutreffende Begründung bei MAJA BLUMER, Gebrauchsüberlassungsverträge (Miete, Pacht), Schweizerisches Privatrecht (SPR) VII/3, Basel 2012, N 1027.

<sup>25</sup> BGer, 4A\_352/2012, 21.11.2012, E. 3.6, in: MRA 2013, 57 ff.

<sup>26</sup> BLUMER (FN 24), N 837.

<sup>27</sup> Zu den Gründen s. BSK OR I-WEBER (FN 10), Art. 263 N 9.

<sup>28</sup> Viel zu weit gehend TC VD, 10.1.2013, in: mp 2014, 41 ff.; PETER FERTIG, Vorzeitige Rückgabe der Mietsache, in: Jürg P. Müller (Hrsg.), Wohn- und Geschäftsraummietsache, Handbücher für die Anwaltspraxis, Basel 2016, 371 ff., N 9.162.

<sup>29</sup> Siehe dazu allgemein KOLLER, OR AT (FN 20), N 7.92 ff.; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. I und II, 10. A., Zürich 2014, N 453 ff.

<sup>30</sup> Zum Beispiel BGer, 4A\_388/2013, 7.1.2014, in: mp 2014, 143 ff. (= MRA 2014, 190 ff.).

<sup>31</sup> Es gelten insoweit die allgemeinen Verzugsbestimmungen (Art. 92 ff. OR). Dazu kommt ungeschriebenes Recht (Art. 1 Abs. 2 ZGB), im vorliegenden Kontext etwa die Regel, dass zulasten des im Annahmeverzug befindlichen Vermieters eine Schadenminderungspflicht analog Art. 264 Abs. 3 OR Platz greift.

<sup>32</sup> Das Zustimmungserfordernis von Art. 262 OR gilt nur für die Untervermietung, nicht auch für die Aufnahme von Hausangestellten und Gästen, «denen ja nicht ein Gebrauchsrecht eingeräumt wird» (HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, Art. 184–418 OR, 2. A., Zürich 1936, aArt. 264 OR N 9). Auch die leihweise Einräumung eines Gebrauchsrechts fällt nicht unter die Bestimmung, jedenfalls nicht unmittelbar; zumindest Art. 262 Abs. 2 lit. c OR kann jedoch analog angewendet werden (vgl. § 540 Abs. 1 BGB/DE; a.A. BGE 136 III 186 E. 3.2.3, in: Pra 2010, Nr. 113).

<sup>33</sup> Namentlich bei Airbnb-Verträgen (s. oben I.A.) stellt sich die Frage, ob die Zustimmung nicht nur für ein konkretes Geschäft,

kann sie nur in drei Fällen (Art. 262 Abs. 2 OR), nämlich:

1. wenn die Bedingungen der Untermiete im Vergleich zu denjenigen des Hauptmietvertrages missbräuchlich sind (lit. b). Die Bestimmung bezieht sich zwar «auf alle denkbaren Bedingungen des Untermietverhältnisses»,<sup>34</sup> in der Praxis geht es jedoch durchwegs um die Zinsabrede.<sup>35</sup> Diese braucht der (Ober-)Vermieter nicht zu akzeptieren, wenn sie dem Mieter einen übermässigen Gewinn verschafft. Ob dies im Einzelfall zutrifft, bestimmt sich *ausschliesslich* nach dem Verhältnis zum Hauptmietzins. Daher kann bei einer Geschäftsmiete auch ein branchenüblicher Mietzins einen übermässigen Gewinn verschaffen.<sup>36</sup> Wie das Übermass zu bestimmen ist, ist strittig; s. dazu II.B., S. 214 unten/2015;
2. wenn dem Vermieter aus der Untermiete «wesentliche Nachteile» entstehen (Art. 262 Abs. 2 lit. c OR).<sup>37</sup> Als «wesentliche Nachteile» kommen beliebige Umstände in Betracht, welche das Untermietverhältnis als für den Vermieter unzumutbar erscheinen lassen. Nicht zu tolerieren hat der Vermieter insbesondere, «dass die Mietsache vom Untermieter zu anderen als den vertraglichen Zwecken gebraucht wird»,<sup>38</sup> ein Verweigerungsgrund kann aber zum Beispiel auch darin zu sehen sein, dass Vermieter und Untermieter verfeindet sind oder in einem wirtschaftlichen Konkurrenzverhältnis stehen;<sup>39</sup>

Die Untervermietung über die Online-Plattform Airbnb begründet nach herrschender Auffassung nicht *eo ipso* wesentliche Nachteile im Sinne von Art. 262 Abs. 2 lit. c OR.<sup>40</sup> Regel-

mässig geschieht jedoch die Vermietung nur für kurze Dauer, etwa an Feriengäste oder Geschäftsreisende. Damit können im Einzelfall übermässige Immissionen verbunden oder es kann das Mietobjekt einer starken, nicht zu tolerierenden Abnutzung ausgesetzt sein.<sup>41</sup>

3. wenn sich der Mieter weigert, die Bedingungen der Untermiete bekanntzugeben (Art. 262 Abs. 2 lit. a OR), und damit den Vermieter daran hindert, dieselben darauf zu überprüfen, ob sie im Sinne von Art. 262 Abs. 2 lit. b OR missbräuchlich sind oder Nachteile im Sinne von Art. 262 Abs. 2 lit. c OR begründen könnten.<sup>42</sup>

Das Recht zur Untermiete kann – wie jedes Recht – missbraucht werden. Gegebenenfalls ist die nach Art. 262 Abs. 1 und 2 OR an sich zulässige Untermiete unzulässig.<sup>43,44</sup>

Nach dem in FN 43 zitierten Bundesgerichtsentscheid ist die Untervermietung – in der Übersetzung gemäss Praxis – dann rechtsmissbräuchlich, wenn der Mieter «jeden Gedanken daran aufgegeben hat, den Gebrauch der gemieteten Sache eines Tages wiederaufzunehmen, und wenn er in Wirklichkeit auf dem Umweg der Untermiete Nachmieter eingesetzt hat» (S. 127).<sup>45</sup> Demgegenüber hatte das Bundesgericht früher entschieden, die Untermiete brauche keinen provisorischen Charakter zu haben.<sup>46</sup> Faktisch läuft somit BGE 134 III 446 auf eine Praxisänderung hinaus. Diese ist meines Erachtens, wie an anderer Stelle ausgeführt,<sup>47</sup> nicht gerechtfertigt.

Will der Vermieter dem Mieter das Recht zur Untermiete nachträglich entziehen, weil die Voraussetzungen von Art. 262 Abs. 1 und 2 OR nicht mehr erfüllt sind, so hat er – bei der Wohnungs- und Geschäftsmiete – Art. 269d OR zu beachten.<sup>48</sup>

## B. Rechtsverhältnis zwischen Ober- und Untervermieter

Der Mieter (Untervermieter) kann dem Vermieter (Obervermieter) *für Schaden, den der Untermieter anrichtet, haftbar gemacht werden*. Als Anspruchsgrundlage kommt

sondern für mehrere Geschäfte im Voraus erteilt werden kann. Im Grundsatz ist dies zu bejahen, z.B. BISE/PLANAS [FN 12], Art. 262 OR N 25, 93; DAVID SCHWANINGER, Koppelungsgeschäft – Untermiete – Rückgabe der Mietsache, in: Jürg P. Müller [Hrsg.], Wohn- und Geschäftsraummietsache, Handbücher für die Anwaltspraxis, Basel 2016, 419 ff., N 10.98; SVIT, Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, 3. A., Zürich 2008, Art. 262 OR N 11; JUD/STEIGER [FN 5], N 21; vgl. auch Bericht des Bundesrates (FN 5), 116.

<sup>34</sup> ZK-HIGI (FN 10), Art. 262 OR N 42.

<sup>35</sup> Zum Beispiel BGE 119 II 353, in: Pra 1994, Nr. 57; BGE 134 III 300 E. 3.2, in: Pra 2008, Nr. 130.

<sup>36</sup> BGer, 4A\_518/2014, 19.11.2014, in: mp 2015, 54 ff.

<sup>37</sup> BGer, in: Pra 1995, Nr. 143 E. 5.

<sup>38</sup> ZK-HIGI (FN 10), Art. 262 OR N 46.

<sup>39</sup> Weitere mögliche Gründe bei BISE/PLANAS (FN 12), Art. 262 OR N 42 ff.; SCHWANINGER (FN 33), N 10.55 f. Zu den Besonderheiten bei der genossenschaftlichen Miete s. RUEDI SCHOCH, Spannungsfelder im genossenschaftlichen Mietverhältnis, mp 2017, 87 ff., 107 ff.

<sup>40</sup> Zum Beispiel SPIRIG (FN 5), mp 2015, N 46; JUD/STEIGER (FN 5), N 38 ff.; BezGer Zürich, 9.2.2017, in: ZMP 2017, Nr. 2, E. 2.2.5 (= mp 2017, 126 ff.); zu Letzterem LAURENT BIERI, Le comporte-

ment passé du locataire peut-il justifier d'interdire la sous-location à l'avenir?, Jusletter vom 15.1.2018.

<sup>41</sup> BezGer Zürich, 9.2.2017, in: ZMP 2017, Nr. 2, E. 2.3.11, m.w.H. (= mp 2017, 126 ff.); SPIRIG (FN 5), mp 2015, N 51 ff.

<sup>42</sup> Siehe neustens BezGer Zürich, 9.2.2017, in: ZMP 2017, Nr. 2, E. 2.3.5 ff., 2.3.10 (= mp 2017, 126 ff.).

<sup>43</sup> BGE 134 III 446 E. 2.4, in: Pra 2009, Nr. 21.

<sup>44</sup> Siehe zu dieser Problematik im Einzelnen PETER HEINRICH, Die Untermiete, Diss., Zürich 1999, 77 ff.

<sup>45</sup> Ebenso BGE 138 III 59 E. 2.2.1.

<sup>46</sup> BGer, in: Pra 1995, Nr. 143 E. 4.

<sup>47</sup> ALFRED KOLLER, Ausserordentliche Kündigung der Wohnungs- und Geschäftsmiete wegen vertragswidrigen Verhaltens des Mieters, AJP 2010, 845 ff., 849 f.

<sup>48</sup> BGE 125 III 62; TERCIER/BIERI/CARRON (FN 9), N 1853, m.w.N.

vorab Art. 262 Abs. 3 OR in Betracht. Danach haftet der Mieter dem Vermieter «dafür, dass der Untermieter die Sache nicht anders gebraucht, als es ihm selbst gestattet ist». Das bedeutet – wie bereits gesagt – nichts anderes als die Anwendung von Art. 101 Abs. 1 OR (Haftung für Ausübungshilfen<sup>49</sup>) auf die Untermiete.<sup>50</sup> Eine selbstständige Bedeutung hat Art. 262 Abs. 3 OR nicht. Ob die Untervermietung zulässigerweise erfolgt ist oder nicht, spielt für die Anwendung der Bestimmung keine Rolle. Jedoch kommt nur im letzteren Fall zusätzlich eine Haftung aus Art. 97 OR in Betracht. Zweifelhaft ist, ob im Falle einer unzulässigen Untermiete auch Art. 306 Abs. 3 OR (analog) herangezogen werden kann und daher der Untervermieter für casus mixtus haftet. Meines Erachtens ist dies zu verneinen.<sup>51</sup>

Betrachtet man Art. 262 Abs. 3 OR als blosse Wiederholungsregel von Art. 101 OR, so findet er – über den Wortlaut hinaus – auch dann Anwendung, wenn sich der Untermieter nach Beendigung des Hauptmietvertrags weigert, die Mietsache zurückzugeben. Der Untervermieter kann daher für allfälligen Verspätungsschaden des Obervermieters auch ohne eigenes Verschulden haftbar werden. Denn Art. 262 Abs. 3 OR setzt – wie Art. 101 OR – nicht auf ein persönliches, sondern auf ein sog. hypothetisches Verschulden des Untervermieters ab: Entscheidend ist, ob ihm, «hätte er gleich gehandelt wie seine Hilfsperson – hier der Untermieter –, keinerlei Verschulden angelastet werden könnte». <sup>52</sup> Die Haftungsfrage ist freilich von geringer praktischer Bedeutung, da der im Rückgabeverzug befindliche Untervermieter ohnehin eine Entschädigung in Höhe des bisherigen Mietzinses beziehungsweise des objektiven Mietwerts schuldet<sup>53</sup> und eine allfällige Differenz zu einem höheren Untermietzins an den Vermieter abzuführen hat.<sup>54</sup>

Im Falle einer unzulässigen Untermiete ist der Vermieter zur *vorzeitigen Auflösung des Hauptmietvertrags* berechtigt, wenn er den Mieter schriftlich abgemahnt und dieser der Abmahnung keine Folge geleistet hat;<sup>55</sup> bei gegebenen Voraussetzungen kann der Vermieter fristlos, bei Wohn- und Geschäftsräumen mit einer Frist von mindestens

30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen (Art. 257d und 257f OR analog [Gesamtanalogie<sup>56</sup>]).<sup>57</sup> Das Kündigungsrecht hängt nicht davon ab, ob ein Verweigerungsgrund im Sinne von Art. 262 Abs. 2 OR gegeben ist, vielmehr besteht es bei jeder Art unzulässiger Untervermietung, mithin auch dann, wenn die Untervermietung nur deshalb unzulässig ist, weil es der Mieter versäumt hat, die Zustimmung zur an sich zulässigen Untermiete einzuholen.<sup>58</sup> Praktisch im Vordergrund stehen freilich die Tatbestände von Art. 262 Abs. 2 OR.<sup>59</sup> Will der Vermieter – bei gegebenen Voraussetzungen – vorzeitig kündigen, so hat er eine Frist von *mindestens* 30 Tagen zu wahren; das Setzen einer längeren Kündigungsfrist schadet nicht.<sup>60</sup>

BGE 134 III 300: Die Eheleute X. waren seit dem Jahr 1988 Mieter einer 8-Zimmer-Wohnung in einer Liegenschaft in Genf. Der Mietzins betrug CHF 4'220 pro Monat. Gemäss Art. 3 des Mietvertrags durften sie die Wohnung jederzeit untervermieten, sie mussten jedoch den Vermieter (Y.) vorgängig über die genauen Daten und die Bedingungen der Untermiete informieren. In der Folge musste Y. feststellen, dass die Eheleute X. die Wohnung ohne seine Zustimmung für monatlich CHF 12'000 untervermieteten. Später stellten die Mieter wahrheitswidrig in Abrede, dass die Wohnung noch untervermietet sei. Hierauf liess Y. dem Ehepaar X. eine ausserordentliche Kündigung zukommen. Diese wurde von den Mietern – erfolglos – angefochten.

Eine vorzeitige Auflösung des Hauptmietvertrags kommt ferner dann in Betracht, wenn der Untermieter die Sache vertragswidrig gebraucht (Art. 257f Abs. 3 und 4 OR i.V.m. Art. 262 Abs. 3 OR, der freilich vorliegend lediglich analoge Anwendung findet).

Erzielt der Mieter aus der Untervermietung *einen missbräuchlich hohen Mietzins im Sinne von Art. 262 Abs. 2 lit. b OR*, kann dieser, soweit missbräuchlich, vom

<sup>49</sup> Siehe dazu KOLLER, OR AT (FN 20), N 54.95 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 29), N 3031.

<sup>50</sup> OGer ZH, 8.9.1925, in: ZR 1926, Nr. 236; mit Bezug auf den Vorgänger von Art. 262 Abs. 3 OR, aArt. 264 Abs. 2 OR. Der Wortlaut dieser Bestimmung findet sich bei FABIAN MÖRTL, Die OR-Fassungen seit 1911/1912, Bern 2015, 61.

<sup>51</sup> Vgl. demgegenüber BGE 103 II 330, in: Pra 1978, Nr. 89. Hinweis auf die Lehre bei KOLLER, OR AT (FN 20), N 54.120 mit Fn 42.

<sup>52</sup> BGE 117 II 65 E. 2b, in: Pra 1992, Nr. 81, 305.

<sup>53</sup> BGE 63 II 368; 131 III 257 E. 2.1; aus der Lehre s. KOLLER, OR BT (FN 19), § 9 N 315 f.

<sup>54</sup> JÖRG SCHMID/HUBERT STÖCKLI/FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. A., Zürich 2016, N 1188; KOLLER, OR AT (FN 20), N 32.24, je mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

<sup>55</sup> Ausnahmsweise erübrigt sich eine Abmahnung (Art. 108 Ziff. 1 OR analog; BISE/PLANAS [FN 12], Art. 262 OR N 54a).

<sup>56</sup> Die Gesamtanalogie (Rechtsanalogie) besteht darin, dass mehreren gesetzlichen Bestimmungen, die an verschiedene Tatbestände die gleiche Rechtsfolge knüpfen, ein allgemeiner Rechtsgrundsatz entnommen wird. Demgegenüber ist die Einzelanalogie «die Übertragung der für einen Tatbestand gegebenen Regel auf einen anderen, ihm 'ähnlichen', d.h. wertungsmässig gleich zu erachtenden» (KARL LARENZ/CLAUS-WILHELM CANARIS, Methodenlehre der Rechtswissenschaft [Studienausgabe], 3. A., Berlin 1995, 204).

<sup>57</sup> BGE 134 III 300, in: Pra 2008, Nr. 130, und BGE 134 III 446, in: Pra 2009, Nr. 21, wo allerdings jeweils lediglich Art. 257f OR herangezogen wurde.

<sup>58</sup> TERCIER/BIERI/CARRON (FN 9), N 1854; ZK-HIGI (FN 10), Art. 262 OR N 57; a.A. BSK OR I-WEBER (FN 10), Art. 262 N 4; BISE/PLANAS (FN 12), Art. 262 OR N 54 ff.; mit Nachweisen bei SCHWANINGER (FN 33), N 10.67, Fn 155, und HIGI, a.a.O.

<sup>59</sup> Vergleiche nebst den in FN 57 erwähnten Bundesgerichtsentscheiden auch noch BGer, 4A\_518/2014, 19.11.2014, E. 7, in: mp 2015, 54 ff.

<sup>60</sup> Anders oder zumindest missverständlich BGer, 4A\_347/2016, 10.11.2016, E. 3.1.2, in: mp 2017, 121.

*Vermieter nach Art. 423 Abs. 1 OR abgeschöpft werden.*<sup>61</sup> Im Grundsatz ist dies heute weitgehend unbestritten. Hingegen gehen die Meinungen über den Begriff der Missbräuchlichkeit und damit den Umfang der Gewinnabschöpfung auseinander.<sup>62</sup>

Vereinzelt wird in der Lehre die Auffassung vertreten, der Untermietzins dürfe keinerlei Gewinn abwerfen; es sei lediglich zulässig, dass sich der Mieter allfällige zusätzliche, im Obermietvertrag nicht vorgesehene Leistungen oder Investitionen abgelenken lasse.<sup>63</sup> Der Grossteil der Lehre gesteht jedoch dem Mieter auch Zuschläge zu, welche mit Zinserhebungen auf den Mietzins, Verwaltungskosten und/oder einer Risikoprämie für Untermietzinsausfälle begründet werden.<sup>64</sup> Teilweise wird der zulässige Zuschlag pauschaliert, so etwa von HEINRICH (3% des Hauptmietzinses).<sup>65</sup> Wiederum andere legen die Missbräuchlichkeit analog Art. 269 ff. OR fest.<sup>66</sup> Nach HIGI,<sup>67</sup> der sich als erster eingehend mit der Frage der Missbräuchlichkeit befasst hat, geht es nicht an, «unbesehen auf die Kriterien der Missbrauchsgesetzgebung (Art. 269 ff. OR) zurückzugreifen»; seines Erachtens ist jede *erhebliche* finanzielle Schlechterstellung des Untermieters zu beachten, die nicht durch Eigenleistungen des Untervermieters eine sachlich nachvollziehbare Rechtfertigung findet. Das Bundesgericht entscheidet jeweils situativ, ohne eindeutige allgemeine Leitplanken anzugeben.<sup>68</sup>

### C. Rechtsverhältnis zwischen Obervermieter und Untermieter

Zwischen dem Vermieter und dem Untermieter besteht kein Vertragsverhältnis, doch kann der Vermieter vom Untermieter von Gesetzes wegen verlangen, dass er die Mietsache *nicht anders gebraucht, als dies dem Untervermieter (Mieter) gestattet ist* (Art. 262 Abs. 3 Satz 2 OR).<sup>69</sup> Bei vertragswidrigem Gebrauch haftet der Untermieter dem Vermieter nach Massgabe von Art. 97 OR (i.V.m. Art. 257f OR) auf Schadenersatz, allenfalls solidarisch mit dem Mieter (Art. 262 Abs. 3 und 101 OR, s. oben II.B., S. 213 unten/2014).

Mit Beendigung der Hauptmiete kann der Vermieter vom Untermieter die *Mietsache herausverlangen*, vorab obligatorisch (Art. 262 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 267 OR),<sup>70</sup> aber auch dinglich, falls er Eigentümer der Mietsache ist (Art. 641 Abs. 2 ZGB).<sup>71</sup> Mit dem Rückgabeanspruch gegen den Untermieter konkurriert derjenige gegen den Mieter (Art. 70 Abs. 2 OR, sog. formale Solidarität). Ist auch der Untermietvertrag beendet, so ist der Untermieter sowohl dem Vermieter als auch dem Mieter zur Herausgabe verpflichtet, doch kann dieser Letztere nur die Herausgabe an den Vermieter verlangen.<sup>72</sup>

Vor Beendigung der Hauptmiete ist der Untermieter in seinem Besitz geschützt, falls die Untermiete zulässig ist. Andernfalls (bei unzulässiger Untermiete) steht zwar dem Vermieter ein Herausgabeanspruch (Art. 262 Abs. 3 OR analog) zu, doch kann er grundsätzlich nur die Herausgabe an den Mieter beziehungsweise Untervermieter verlangen, Herausgabe an sich selbst nur dann, wenn jener den Besitz nicht übernehmen kann oder will (vgl. § 986 Abs. 1 Satz 2 BGB/DE<sup>73</sup>).<sup>74</sup>

Art. 262 Abs. 3 OR verschafft nur dem Obervermieter Rechte, nicht auch dem Untermieter. Dieser hat gegenüber jenem namentlich kein Gebrauchsrecht und daher auch kein Recht auf Mängelbeseitigung im Sinne von Art. 259a lit. a OR.

### III. Präzisierungen zur Übertragung der Miete

Bei der Geschäftsmiete (Miete von Geschäftsräumen) kann der Mieter vom Vermieter unter Umständen verlangen, dass er einem Parteiwechsel zustimmt (Art. 263 Abs. 2 OR; s. oben I.B.). Die Mitwirkung des Vermieters kann im Rahmen eines dreiseitigen Vertragsabschlusses erfolgen, aber auch durch vorgängige oder nachträgliche Zustimmung zu einem von Mieter und Übernehmer

<sup>61</sup> Vgl. BGer, 4A\_518/2014, 19.11.2014, E. 6, in: mp 2015, 54 ff.; BGer, 4A\_211/2016, 7.7.2016, in: DB 2016, 16 ff.

<sup>62</sup> Bericht des Bundesrates (FN 5), 117; BSK OR I-WEBER (FN 10), Art. 262 N 7, m.w.N.; SPIRIG (FN 5), mp 2015, N 23 ff., m.w.N. Ausser Betracht bleiben im Folgenden die Besonderheiten der genossenschaftlichen Miete (dazu SCHOCH [FN 39], 107 ff.).

<sup>63</sup> So im Ergebnis PETER NIEDERÖST, in: Mieterinnen- und Mieterverband Deutschschweiz (Hrsg.), Mietrecht für die Praxis, 9. A., Zürich 2016, 617 ff.

<sup>64</sup> JUD/STEIGER (FN 5), N 32; TERCIER/BIERI/CARRON (FN 9), N 10.52, je m.w.N.

<sup>65</sup> HEINRICH (FN 44), 108.

<sup>66</sup> MAJA L. BLUMER, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Obligationenrecht, Kurzkommentar 2. A., Basel 2014, Art. 262 N 4.

<sup>67</sup> ZK-HIGI (FN 10), Art. 262 OR N 43.

<sup>68</sup> BGE 129 III 422 E. 4; BGer, 4A\_518/2014, 19.11.2014, E. 3–5, m.w.N., in: mp 2015, 54 ff.

<sup>69</sup> BGE 120 II 112, 116 oben.

<sup>70</sup> BGer, 4C.251/1998, 22.10.1998, in: mp 1999, 46 f., E. 3b; HGer ZH, 8.11.2016, in: ZR 2016, Nr. 6, E. 3.2. Ob Art. 262 Abs. 3 OR tatsächlich einen obligatorischen Rückgabeanspruch vermittelt, ist freilich strittig (Nachweise in KGer SG, 2.11.1999, in: GVP SG 1999, Nr. 45, E. 6a, wo ein solcher Anspruch verneint wird).

<sup>71</sup> BGer, 4C.251/1998, 22.10.1998, in: mp 1999, 46 f., E. 3b; HGer ZH, 8.11.2016, in: ZR 2016, Nr. 6, E. 3.2.

<sup>72</sup> Vgl. ARNDT TEICHMANN, in: Jauernig (hrsg. von Rolf Stürner), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 16. A., München 2015, § 546 N 3.

<sup>73</sup> Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738).

<sup>74</sup> Vgl. EMIL W. STARK/BARBARA LINDENMANN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der Besitz, Art. 919–941 ZGB, 4. A., Bern 2016, vor Art. 926–929 N 55.

geschlossenen Übernahmevertrag, also durch einseitiges Rechtsgeschäft.<sup>75</sup> Präzisierungen:

### A. Der Anspruch auf Zustimmung zur Vertragsübertragung

Der Vermieter ist grundsätzlich verpflichtet, einem vom Mieter beabsichtigten Parteiwechsel zuzustimmen, es sei denn, er könne gegen den Mieterwechsel wichtige Gründe geltend machen (Art. 263 Abs. 2 OR).<sup>76</sup> Wichtiger Grund im Sinne dieser Bestimmung ist jeder Umstand, der dem Vermieter nach Treu und Glauben die Annahme des Übernehmers als neuen Mieter unzumutbar erscheinen lässt.<sup>77</sup> Im Vordergrund steht die mangelnde Zahlungsfähigkeit des Übernehmers, daneben sind es im Wesentlichen dieselben Umstände, welche «wesentliche Nachteile» im Sinne von Art. 262 Abs. 2 lit. c OR begründen.<sup>78</sup> Die Unzumutbarkeit kann daher zum Beispiel auch in fehlender Gewähr für einen vertragskonformen Gebrauch der Mietsache oder darin begründet sein, dass zwischen dem Vermieter und dem Übernehmer Feindschaft oder wirtschaftliche Konkurrenz besteht.<sup>79,80</sup> Bei der Geschäftsmiete ist ein wichtiger Grund unter anderem auch dann gegeben, wenn der Mieter zwar den Mietvertrag über die Geschäftsräume, nicht aber auch das Geschäft oder zumindest Teile davon auf einen Dritten übertragen will; nach anderer Auffassung findet Art. 263 OR in einem solchen Fall gar keine Anwendung (s. oben I.B.).

Damit der Vermieter prüfen kann, ob Umstände vorliegen, die ihm eine Ablehnung des neuen Mieters erlauben, sind ihm vom Mieter nicht nur die notwendigen Unterlagen zur Verfügung zu stellen, «sondern es ist ihm auch genügend Zeit einzuräumen, diese Dokumente zu prüfen und gegebenenfalls weitere Abklärungen zu treffen».<sup>81</sup>

Bei gegebenen Voraussetzungen hat der Mieter Anspruch auf eine *schriftliche* Zustimmung des Vermieters (Art. 263 Abs. 1 OR), er kann sich jedoch auch mit einer

mündlichen Erklärung begnügen. Die Schriftform ist also keine Gültigkeitsform, sondern Beweisform im Interesse des Mieters. Das Bundesgericht ist im Ergebnis gleicher Meinung, es scheint aber davon auszugehen, dass eine nicht schriftliche Zustimmung «an sich» ungültig ist und nur auf dem Weg des Rechtsmissbrauchsverbots Geltung erlangt.<sup>82</sup> Die vom Bundesgericht vertretene Ansicht findet sich auch in der Lehre und in der kantonalen Rechtsprechung.<sup>83</sup>

Folgt man dieser Auffassung, betrachtet man also das Schriftformerfordernis als Gültigkeitsvoraussetzung einer rechtswirksamen Zustimmung, so genügt eine mündliche oder konkludente Zustimmung grundsätzlich nicht. Wer – mit dem Bundesgericht – annimmt, im Falle einer nicht-schriftlichen Zustimmung sei es ohne weiteres rechtsmissbräuchlich, sich auf das Schriftformerfordernis zu berufen (Art. 2 Abs. 2 ZGB), verwendet einen unüblich weiten Rechtsmissbrauchsbegriff.

### B. Rechtsverhältnis zwischen Vermieter und Übernehmer

Mit Abgabe der Zustimmungserklärung tritt der Übernehmer «anstelle des Mieters in das Mietverhältnis ein» (Art. 263 Abs. 3 OR). Der Mietvertrag besteht vorbehaltlich einer abweichenden Abrede zwischen Vermieter und Übernehmer unverändert weiter, etwa was den Gebrauchszweck, die Gebrauchsmodalitäten oder die Vertragsdauer anbelangt. Der Anspruch auf die Mietzinse steht nun dem Vermieter gegenüber dem Übernehmer zu, umgekehrt ist dieser zum Gebrauch berechtigt. Umstritten ist, ob und allenfalls inwieweit der Übernehmer auch in *bereits bestehende Rechte und Pflichten* des Mieters eintritt. Die wohl herrschende Lehre befürwortete dies generell, nach anderen findet keinerlei Rückwirkung statt. Daneben gibt es verschiedene mittlere (eine teilweise Rückwirkung bejahende) Auffassungen.<sup>84</sup> Meines Erachtens wirkt der Vertragsübergang – gleich wie im Falle von Art. 261 OR<sup>85</sup> – grundsätzlich nicht in die

<sup>75</sup> Vgl. KOLLER, OR AT (FN 20), N 83.26 f.

<sup>76</sup> Verweigert der Vermieter die Zustimmung ohne wichtigen Grund, so kann der Mieter auf Feststellung der Zustimmungspflicht klagen (WEBER [FN 16], 153).

<sup>77</sup> BSK OR I-WEBER (FN 10), Art. 263 N 5; CR CO I-LACHAT, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations I, 2. A., Genf/Basel 2012, Art. 263 N 6.

<sup>78</sup> Anders wohl ZK-HIGI (FN 10), Art. 263 OR N 30.

<sup>79</sup> Abweichend BSK OR I-WEBER (FN 10), Art. 263 N 5. Seines Erachtens darf der Zustimmungentscheid nicht von subjektiven Kriterien wie z.B. Feindschaft abhängig gemacht werden.

<sup>80</sup> Eine Übersicht über mögliche wichtige Gründe findet sich bei AELLEN (FN 11), 73 f. Dabei ist jedoch zu beachten, dass nur im Einzelfall beurteilt werden kann, ob ein bestimmter Umstand als wichtiger Grund aufgefasst werden darf oder nicht.

<sup>81</sup> AELLEN (FN 11), 75.

<sup>82</sup> BGE 125 III 226 E. 2b; BGer, 4A\_352/2012, 21.11.2012, E. 3.3 a.E., in: MRA 2013, 57 ff.; vgl. auch BGer, 4A\_130/2015, 2.9.2015, in: mp 2016, 60 ff.

<sup>83</sup> TERCIER/BIERI/CARRON (FN 9), N 2088; AELLEN (FN 11), 72 a.E., m.w.N. in Fn 56.

<sup>84</sup> Meinungsstand bei URBAN HULLIGER/PETER HEINRICH, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Art. 184 ff. OR, 3. A., Zürich 2016, Art. 263 OR N 7; BSK OR I-WEBER (FN 10), Art. 263 N 6; BLUMER (FN 24), N 1069 ff.; neustens NIEDERÖST (FN 63), 640 ff.

<sup>85</sup> Allerdings ist auch hinsichtlich dieser Bestimmung umstritten, inwieweit der Vertragsübergang zurückwirkt (Nachweise bei ALFRED KOLLER, Verkauf einer vermieteten Wohnliegenschaft, in: Alfred Koller [Hrsg.], Der Grundstückskauf, 3. A., Bern 2017 [zit. KOLLER, Verkauf], § 7 N 5 Fn 11).



Vergangenheit,<sup>86</sup> weder was die Pflichten noch was die Rechte des Mieters anbelangt. Allfällig bestehende Mietzinsausstände sind daher nach wie vor vom bisherigen Mieter – und nur von ihm – zu begleichen, umgekehrt bleibt ihm beispielsweise ein zufolge Minderung (Art. 259d OR) entstandener Anspruch auf Rückzahlung zuviel bezahlten Mietzinses erhalten. Freilich kann anderes verabredet werden. Dabei genügt für die Übertragung von Forderungen ein Vertrag zwischen dem Übernehmer und dem alten Mieter (Zession, Art. 164 OR), wogegen für eine Übertragung von Schulden die Zustimmung des Vermieters erforderlich ist (externe Schuldübernahme, Art. 176 Abs. 1 OR). Abweichungen können sich dort ergeben, wo besondere Geschäftsübernahmeregeln (z.B. Art. 181 OR) eingreifen.

Nach Art. 263 Abs. 1 und 3 OR hat die Übertragung der Miete das «Mietverhältnis» zum Gegenstand. Gemeint ist damit, folgt man dem Gesagten, der Mietvertrag, nicht aber daraus bereits entstandene Rechte und Pflichten. Das entspricht dem typischen hypothetischen Parteiwillen; ein sachlicher Grund, weshalb der Gesetzgeber eine von diesem abweichende Regelung hätte treffen sollen, besteht nicht. Dass Art. 263 Abs. 4 OR bei wörtlicher Interpretation auch auf bereits entstandene Pflichten bezogen werden *könnte*, kann nicht entscheidend sein. Im Übrigen dürfte der Kontroverse geringe praktische Bedeutung zukommen, da die Parteien nebst dem Mietvertrag über die Geschäftsräumlichkeiten regelmässig auch das Geschäft oder zumindest Teile davon übertragen (vgl. oben I.B. mit FN 13) und ihre Rechtsbeziehung darin mehr oder weniger umfassend regeln werden. Wiederholt sei, dass nach Auffassung einzelner Autoren Art. 263 OR überhaupt nur zur Anwendung gelangt, wenn der Übernahmevertrag nicht nur die Geschäftsräumlichkeiten, sondern auch das Geschäft beschlägt (s. oben I.B.).

### C. Rechtsverhältnis zwischen Vermieter und ehemaligem Mieter

Im Falle einer wirksamen Vertragsübertragung tritt zwar der Übernehmer an die Stelle des Mieters, doch haftet dieser mit jenem noch solidarisch weiter bis zu dem Zeitpunkt, in dem der Mietvertrag endet oder beendet werden kann, höchstens aber für zwei Jahre (Art. 263 Abs. 4 OR). Diese solidarische Haftung ist Ausgleich dafür, dass der Vermieter die Zustimmung zur Vertragsübertragung – vorbehaltlich besonderer (wichtiger) Gründe – nicht verweigern darf. Mit dem Umfang der Solidarität befasst sich BGE 121 III 408.<sup>87</sup>

In diesem Entscheid ging es um Folgendes: V. hatte dem M. ein Restaurant in Yverdon-les-Bains für die Zeit vom 1. September

1988 bis 30. September 1998 vermietet. Im November 1990 hat M. das Geschäft mit Zustimmung von V. (Art. 263 Abs. 1 OR) auf X. übertragen. In der Folge kam X. mit der Zahlung des Mietzinses in Verzug, was zur vorzeitigen Vertragsauflösung auf den 31. Mai 1992 führte (Art. 257d OR). X. benutzte jedoch die Räumlichkeiten – gegen den Willen von V. – noch geraume Zeit weiter. Hierauf verlangte V. von M. für diese Zeitspanne eine Gebrauchsentschädigung (aus faktischem Vertrag<sup>88</sup>) in Höhe von rund CHF 25'000. M. widersetzte sich. Das Bundesgericht gab V. recht und stellte der Sache nach fest, Art. 263 Abs. 4 OR ordnet nicht nur eine solidarische Haftung für den Mietzins an, vielmehr haftete der ursprüngliche Mieter für alle mietvertraglichen Verpflichtungen des neuen Mieters solidarisch, so beispielsweise auch für Schäden, die der neue Mieter am Mietobjekt anrichtete. Dasselbe gelte für die in Frage stehende Entschädigung. Das bedeutet im praktischen Ergebnis, dass sich der ehemalige Mieter vertragswidriges Verhalten des neuen Mieters – entgegen Art. 146 OR – anrechnen lassen muss.

BGE 140 III 344 E. 5 hat klargestellt, dass die Solidarität von Art. 263 Abs. 4 OR unter Art. 143 ff. OR fällt und keine mietspezifischen Besonderheiten aufweist.

### D. Rechtsverhältnis zwischen Übernehmer und ehemaligem Mieter

Für dieses Verhältnis bestehen keinerlei mietrechtliche Besonderheiten. Vielmehr bestimmt sich die Rechtslage nach dem von den Parteien abgeschlossenen Übernahmevertrag sowie den einschlägigen allgemeinen Gesetzesregeln.

Soweit die Solidarität nach Art. 263 Abs. 4 OR reicht, bestimmt sich die Regresslage nach Art. 148 OR. Dessens Abs. 1, wonach von einer an den Gläubiger (hier: Vermieter) geleisteten Zahlung jeder Solidarschuldner einen gleichen Anteil zu übernehmen hat, ist allerdings ohne praktische Bedeutung. Denn regelmässig finden sich in den Übernahmeverträgen einschlägige Regressregeln. Typischerweise ist (insbesondere) vorgesehen, dass der Übernehmer für Mietzinse, die vom ausscheidenden Mieter nach der Übertragung der Miete bezahlt werden, aufzukommen hat.<sup>89</sup> Entsprechendes gilt – aufgrund ergänzender Vertragsauslegung<sup>90</sup> – auch bei Fehlen einer vertraglichen Regressregel, denn wer den Mietvertrag überträgt, will – für den Gegner erkennbar – nicht mehr für den Mietzins aufkommen.<sup>91</sup> Aber nur für künftige Mietzinse will er nicht mehr aufkommen, weshalb er für bereits entstandene Mietzinsausstände haftbar bleibt,

<sup>86</sup> Die für eine generelle Rückwirkung vorgebrachten Gründe (s. dazu die Dissertation von MATTHIAS MINDER, Die Übertragung des Mietvertrags bei Geschäftsräumen [Art. 263 OR], Zürich 2010, N 808) vermögen m.E. nicht zu überzeugen.

<sup>87</sup> BGE 121 III 408, in: Pra 1996, Nr. 151.

<sup>88</sup> Siehe dazu KOLLER, OR AT (FN 20), N 2.133 f.; KOLLER, OR BT (FN 19), § 9 N 315; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 29), N 1184 ff., insb. N 1189.

<sup>89</sup> MINDER (FN 86), N 859.

<sup>90</sup> Siehe dazu allgemein KOLLER, OR AT (FN 20), N 8.03, 10.04/24.

<sup>91</sup> BSK OR I-WEBER (FN 10), Art. 263 N 7.

im Innenverhältnis nicht anders als im Aussenverhältnis (dazu oben III.B.).

### E. Das Schicksal eines Untermietverhältnisses

Ein vom Mieter abgeschlossener Untermietvertrag bleibt vom Übergang des Mietverhältnisses nach Art. 263 OR unberührt. Der bisherige Mieter ist also dem Untermieter nach wie vor zur Überlassung der Mietsache verpflichtet. Hat der Letztere die Miete bereits angetreten, kann er vom neuen Mieter meines Erachtens nicht ausgewiesen werden (die neue Miete «bricht» die Untermiete nicht<sup>92</sup>). Andernfalls (bei noch nicht vollzogenem Mietantritt) hat er zwar jenem gegenüber grundsätzlich keinen Anspruch auf Gebrauchsüberlassung und kann daher das Mietobjekt – soweit es beim Grundsatz bleibt – nicht herausverlangen, hingegen kann er den bisherigen Mieter (seinen Vermieter) nach Massgabe von Art. 97 OR auf Schadenersatz belangen, falls sich der neue Mieter weigert, das Untermietverhältnis fortzusetzen.<sup>93</sup> Vorbehalten sind Fälle, in denen der neue Mieter den Untermietvertrag mit allen Rechten und Pflichten vom bisherigen Mieter übernommen hat und dieser Übernahmevertrag als echter Vertrag zugunsten des Untermieters aufzufassen ist; alsdann kann sich der Untermieter dem neuen Mieter gegenüber vollumfänglich auf den Mietvertrag berufen (Art. 112 Abs. 2 OR). Diese «Drittwirkung» ist zu vermuten, da sie – für den Übernehmer erkennbar – im Interesse des bisherigen Mieters liegt (dieser kann damit die erwähnte Haftungsgefahr beseitigen) und daher typischerweise dem hypothetischen Parteiwillen entspricht.<sup>94</sup>

Anders das Bundesgericht in dem in FN 92 zitierten Entscheid (E. 2.1.2), in welchem es davon ausgeht, dass mit der Übertragung der Miete der Untermieter die Mietsache an den neuen Mieter herauszugeben hat. Es begründet dies wie folgt: Eine Sache gültig vermieten könne nur, wer daran ein Gebrauchsrecht habe, denn niemand könne mehr Rechte übertragen, als er selber hat. Mit der Übertragung der Miete nach Art. 263 OR gehe das Gebrauchsrecht des bisherigen Mieters/Untervermieters unter; damit werde es ihm unmöglich, seine Leistung gegenüber dem Untermieter zu erbringen; dementsprechend gehe auch das Gebrauchsrecht des Untermieters unter. Das überzeugt nicht. Zwar trifft es zu, dass – grundsätzlich – niemand mehr

Rechte übertragen kann, als er selbst hat. Darum geht es aber vorliegend nicht. Denn mit der Untermiete überträgt der Mieter nicht sein eigenes Gebrauchsrecht (dieses bleibt gegenüber dem [Ober-]Vermieter bestehen), vielmehr räumt er dem Untermieter ein selbstständiges Gebrauchsrecht ein.<sup>95</sup> Wäre es anders, müsste das Untermietrecht im Falle einer Mietübertragung nach Art. 263 OR auch dann untergehen, wenn der Mieter und der Übernehmer sich auf die Übertragung des Untermietvertrags einigen und dem Untermieter gegenüber dem Übernehmer ein selbstständiges Forderungsrecht einräumen (Art. 112 Abs. 2 OR). Das wird aber zu recht von niemandem behauptet. Im Gegenteil ist allseits anerkannt, dass das Gebrauchsrecht des Untermieters in einem solchen Fall *weiter* besteht, nicht etwa neu begründet wird.

### IV. Präzisierungen zur vorzeitigen Rückgabe der Mietsache

Zu Art. 264 OR, der sich – wenn auch nicht umfassend – mit der vorzeitigen Rückgabe der Mietsache befasst, siehe überblicksweise oben I.C.<sup>96</sup> Die Bestimmung sieht vor, dass die vorzeitige Rückgabe den Mieter zwar nicht von der Pflicht zur Zahlung des Mietzinses entbindet (Art. 264 Abs. 2 OR), der Vermieter sich jedoch anrechnen lassen muss, was er an Auslagen erspart, durch anderweitige Verwendung der Sache gewinnt oder absichtlich zu gewinnen unterlässt (Art. 264 Abs. 3 OR<sup>97</sup>). Eine absichtliche Gewinnvereitelung liegt namentlich vor, wenn der Vermieter einen vom Mieter angebotenen Ersatzmieter treuwidrig nicht annimmt (dieser Tatbestand ist in Art. 264 Abs. 1 OR konkretisiert),<sup>98</sup> ferner etwa, wenn er einen potenziellen Nachmieter treuwidrig dazu bringt, sich nicht als

<sup>92</sup> Anderer Ansicht BGE 139 III 353 E. 2.1.2, in: Pra 2014, Nr. 38, dazu im nächsten Absatz.

<sup>93</sup> Anders BSK OR I-WEBER (FN 10), Art. 263 N 6a; er glaubt – im Anschluss an THOMAS KOLLER, ZBJV 2014, 925 ff., 927 f. (Anm. zu BGE 139 III 353) –, dass der Untermietvertrag analog Art. 261 OR auf den neuen Mieter übergeht und dieser daher zur Überlassung der Mietsache an den Untermieter verpflichtet ist.

<sup>94</sup> Vgl. in verwandtem Zusammenhang KOLLER, Verkauf (FN 85), § 7 N 7.

<sup>95</sup> Wie das Bundesgericht beispielsweise auch ZINON KOUMBARAKIS, MRA 2014, 123 ff, in seiner Kommentierung von BGE 139 III 353 (S. 130, Anm. 6): «Wird das Hauptmietverhältnis auf einen Dritten übertragen, erlischt das Gebrauchsrecht des bisherigen Mieters *und damit auch dasjenige des Untermieters*» (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>96</sup> Eingehend zu dieser Bestimmung BASIL HUBER, Die vorzeitige Rückgabe der Mietwohnung, Diss., St. Gallen 2000; FERTIG (FN 28), 371 ff.; BÄTTIG (FN 18), 121 ff. und 177 ff.; ANNA KLEY, Die vorzeitige Rückgabe der Mietsache – praktische Fragen, mp 2013, 257 ff.

<sup>97</sup> Siehe analog Art. 324 Abs. 2 OR und in allgemeinerem Zusammenhang Art. 156 OR.

<sup>98</sup> Die Annahme des Ersatzmieters kann auf zwei Arten geschehen, nämlich indem der Vermieter in den bestehenden Mietvertrag eintritt oder indem er mit dem Nachmieter einen neuen Mietvertrag schliesst. Im ersten Fall (Vertragseintritt) geht es rechtlich gesehen um eine Vertragsübernahme, welche die Mitwirkung aller drei Beteiligten (Vermieter, Mieter und Ersatzmieter) voraussetzt. Gegebenenfalls wird der bisherige Vertrag fortgesetzt. Insbesondere hat der bisherige Mietzins weiterhin Bestand, eine Anfechtung nach Art. 270 OR (Anfechtung des Anfangsmietzinses) scheidet aus (BGer, 4A\_504/2009, 6.1.2010).

Nachmieter zu präsentieren,<sup>99</sup> oder wenn er sich treuwidrig nicht um einen Ersatzmieter bemüht<sup>100</sup> und die Bemühungen Erfolg gehabt hätten.<sup>101</sup> Praktisch im Vordergrund steht der Tatbestand von Art. 264 Abs. 1 OR, auf den ich mich im Folgenden beschränke. Drei Punkte bedürfen näherer Erläuterung:

### A. Anforderungen an den Ersatzmieter

Nach Art. 264 Abs. 1 OR ist der Mieter von seiner Pflicht zur Mietzinszahlung dann befreit, wenn der von ihm vorgeschlagene Ersatzmieter (Nachmieter) für den Vermieter zumutbar und zudem zahlungsfähig und bereit ist, den Mietvertrag zu den bisherigen Bedingungen zu übernehmen.<sup>102</sup> Sind die letzteren beiden Voraussetzungen (Zahlungsfähigkeit und Fortsetzungswille) erfüllt, wird regelmässig auch die erste Voraussetzung (Zumutbarkeit des Ersatzmieters) erfüllt sein. Im Einzelfall können jedoch

besondere Gründe vorliegen, welche es dem Vermieter unzumutbar machen, einen zahlungsfähigen und fortsetzungswilligen Ersatzmieter anzunehmen. In Betracht fallen insbesondere Umstände, welche «wesentliche Nachteile» im Sinne von Art. 262 Abs. 2 lit. c OR begründen oder einen wichtigen Grund im Sinne von Art. 263 Abs. 2 OR abgeben. Daher braucht beispielsweise der Vermieter einen Ersatzmieter, der mit ihm verfeindet ist oder in wirtschaftlicher Konkurrenz steht, im Regelfall nicht anzunehmen.<sup>103</sup>

Bei der Wohnungsmiete gilt ein Ersatzmieter dann als zahlungsfähig, wenn Mietzins und Nebenkosten nicht mehr als einen Drittel seines Einkommens ausmachen.<sup>104</sup> Das Umgekehrte gilt hingegen nicht: Auch wer für die Miete mehr als einen Drittel seines Einkommens ausgeben muss, kann im Einzelfall – bei entsprechend hohem Einkommen – als zahlungsfähig anzusehen sein.<sup>105</sup> In die Solvenzprüfung einzubeziehen sind nach herrschender Lehre auch Bürgschaften oder Garantien (Art. 111 OR) Dritter.<sup>106</sup> Höchststrichterlich ist die Frage nicht geklärt.<sup>107</sup> Speziell zur Frage, ob die Kostengutsprache einer Sozialbehörde die fehlende Zahlungsfähigkeit des Nachmieters aufzuwiegen vermag, siehe BÄTTIG (FN 18), 177.<sup>108</sup>

### B. Prüfungsfrist

Dem Vermieter muss eine angemessene Frist eingeräumt werden, um sich über das Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 264 Abs. 1 OR schlüssig zu werden. Was angemessen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Bei einem erfahrenen Vermieter (etwa einer Liegenschaftsverwaltung) darf die Frist kürzer sein als bei einem «Feierabendvermieter».<sup>109</sup> Von entscheidender Bedeutung ist sodann, ob der Mieter dem Vermieter mit seinem Begehren bereits alle für die Beurteilung erforderlichen Angaben (z.B. Name und Adresse, Zivilstand, Kinderanzahl des Ersatzmieters) und Unterlagen (z.B.

<sup>99</sup> Hierher gehört vor allem das sog. Abwerben. Gemeint ist damit der Fall, bei dem der Vermieter einem potenziellen Ersatzmieter eine andere Wohnung vermietet und sich dieser deshalb nicht als Ersatzmieter zur Verfügung stellt. Ein solches Verhalten ist offensichtlich treuwidrig, weshalb es zu halten ist, wie wenn es zum Eintritt in den Mietvertrag gekommen wäre (KGer FR, 31.8.2011, in: mp 2013, 295 ff., 299 f.).

<sup>100</sup> Ob und inwieweit der Vermieter Suchbemühungen anzustellen hat, bestimmt sich analog den Grundsätzen über die Schadensminderungspflicht, mithin nach Treu und Glauben (BGE 117 II 156 E. 3a). Der Vermieter darf daher entsprechende Bemühungen grundsätzlich dem Mieter überlassen, der sich von seiner Mietzinszahlungspflicht befreien will (BÄTTIG [FN 18], MRA 2012, 192 f., auch zum Folgenden). Ist allerdings der Mieter ersichtlich nicht imstande, einen Ersatzmieter zu suchen, so hat der Vermieter die nötigen Vorkehrungen zu treffen (z.B. BGER, 21.9.1988, in: mp 1989, 23 ff.), freilich nur im Rahmen des nach Treu und Glauben Zumutbaren. Wer beispielsweise ein Haus für ein Jahr vermietet in der Absicht, es nachher abzureissen, der ist nicht verpflichtet, Suchbemühungen anzustellen, wenn der Mieter die Mietsache kurz vor Mietende zurückgibt und daher kaum Aussicht besteht, für die restliche Mietzeit einen Ersatzmieter zu finden. Hat es der Vermieter pflichtwidrig unterlassen, Suchbemühungen anzustellen, so entfällt sein Mietzinsanspruch nur insoweit, als die pflichtgemässen Bemühungen zum Erfolg geführt hätten (Kausalitätserfordernis; vgl. Tribunal des baux VD, 27.6.1995, in: mp 1997, 167 ff., 170, und in verwandtem Zusammenhang KOLLER, OR AT [FN 20], N 51.12).

<sup>101</sup> Es muss also zwischen der Pflichtverletzung und dem Ausbleiben der Ersatz Einkünfte ein Kausalzusammenhang bestehen (vgl. FN 100 a.E.).

<sup>102</sup> BGER, 4A\_332/2016, 20.9.2016, in: mp 2016, 138 ff. Mit einem tieferen Mietzins muss sich der Vermieter in keinem Fall begnügen (BÄTTIG [FN 18], 190, m.w.N., auch auf abweichende Ansichten). Ist der Ersatzmieter nicht bereit, den bisherigen Mietzins zu bezahlen, so hilft es dem Mieter im Regelfall auch nicht, wenn er bereit ist, für die Zinsdifferenz bis zum regulären Vertragsende selbst aufzukommen (BGE 117 II 156 E. 3b); Lehre und kantonale Rechtsprechung sind allerdings teilweise anderer Auffassung (s. die Nachweise bei HUBER [FN 96], 59, Fn 241 und 242).

<sup>103</sup> BGE 119 II 36, in: Pra 1994 Nr. 33. Weitere Gründe dieser Art bei BLUMER (FN 24), N 1035. «Eine Wohngemeinschaft als Nachmieterin ist an sich noch kein Ablehnungsgrund» (BezGer Maloja, 6.6.2012, in: mp 2014, 149 ff., Regeste).

<sup>104</sup> Genaueres in BGE 119 II 36 E. 3d, in: Pra 1994, Nr. 33.

<sup>105</sup> KGer FR, 31.8.2011, in: mp 2013, 295 ff., E. 2b, wo Zahlungsfähigkeit allerdings verneint wurde.

<sup>106</sup> BLUMER (FN 24), N 1034, m.w.N.

<sup>107</sup> Vgl. BGER, 4A\_411/2013, 13.1.2014, in: DB 2014, 22 ff., wo die Frage deshalb offengelassen werden konnte, weil die vom Mieter angebotene Bürgschaft nicht gültig begründet war.

<sup>108</sup> Eine «Kasuistik zur Zahlungsfähigkeit» findet sich bei FERTIG (FN 28), N 9.44 ff.

<sup>109</sup> Ausdruck von KLEY (FN 96), 269. In diesem Sinne auch KGer FR, 31.8.2011, in: mp 2013, 295 ff., 298; IRÈNE SPIRIG, in: Mieterinnen- und Mieterverband Deutschschweiz (Hrsg.), Mietrecht für die Praxis, 9. A., Zürich 2016, 753.

Betriebsregisterauszug)<sup>110</sup> geliefert hat oder nicht.<sup>111</sup> Trifft dies nicht zu und muss daher der Vermieter nachfragen, verlängert sich die Frist naturgemäss. Entsprechendes gilt, wenn es für die Weitervermietung beispielsweise einer behördlichen Bewilligung oder der Zustimmung eines Stiftungsrates bedarf<sup>112</sup> oder wenn es sich beim angebotenen Nachmieter um einen Ausländer handelt und nicht von vornherein feststeht, ob er in der Schweiz eine Aufenthaltsbewilligung hat.

Der Gesetzeswortlaut könnte den Eindruck erwecken, ein Nachmieter könne rechtswirksam erst nach Rückgabe des Mietobjekts gestellt beziehungsweise könne erst dann rechtswirksam ein entsprechender Vorschlag unterbreitet werden. Richtigerweise wird man jedoch schon einen früheren Vorschlag genügen lassen, soweit es dem Vermieter schon jetzt zumutbar ist, den Vorschlag zu prüfen. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Mieter den definitiven Willen der (späteren) vorzeitigen Vertragsbeendigung geäussert hat.<sup>113</sup>

Im Allgemeinen soll nach KLEY eine Frist von 20 Tagen für Wohnungen und 30 Tagen für Geschäftsräume ausreichen.<sup>114</sup> Andere sprechen von einer Frist von zehn Tagen beziehungsweise sechs Wochen.<sup>115</sup> Das Obergericht Solothurn will bei Wohnungsmieten eine Frist von 10–20 Tagen genügen lassen.<sup>116</sup> Angesichts dieser Unsicherheiten hinsichtlich der Bemessung der angemessenen Frist ist der Mieter gut beraten, dem Vermieter für seine Antwort eine genaue Frist zu setzen. Hält der Vermieter diese für unangemessen kurz, ist er nach Treu und Glauben gehalten, dies dem Mieter mitzuteilen, andernfalls er die (allenfalls zu kurze) Frist gelten lassen muss.<sup>117</sup>

Erfolgt das Angebot eines Ersatzmieters schriftlich, so wird die Prüfungsfrist mit dessen Zugang beim Vermieter in Gang gesetzt (*Empfangstheorie*<sup>118</sup>). Entscheidend ist also der Moment, in dem das Schreiben in den Machtbereich des Vermieters gelangt. Kann ein Einschreibebrief dem Vermieter nicht zugestellt werden und wird ihm daher eine Abholungseinladung in den Briefkasten gelegt, kommt es auf den darauf folgenden Tag an.<sup>119</sup>

<sup>110</sup> Siehe dazu im Einzelnen BÄTTIG (FN 18), 178 ff.; FERTIG (FN 28), N 9.107 ff.

<sup>111</sup> BÄTTIG (FN 18), 180 f.; FERTIG (FN 28), N 9.118.

<sup>112</sup> KLEY (FN 96), 269.

<sup>113</sup> Vgl. BGer, 4A\_388/2013, 7.1.2014, E. 2.1; OGer SO, 16.6.2014, in: SOG 2014, Nr. 3, s. dazu unten IV.C., Kleindruck.

<sup>114</sup> KLEY (FN 96), 269.

<sup>115</sup> So BLUMER (FN 24), N 1037.

<sup>116</sup> OGer SO, 16.6.2014, in: SOG 2014, Nr. 3, E. 5.

<sup>117</sup> Vgl. in verwandtem Zusammenhang (Nachfrist nach Art. 107 Abs. 2 OR) GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 29), N 2736; KOLLER, OR AT (FN 20), N 55.92.

<sup>118</sup> Siehe dazu allgemein KOLLER, OR AT (FN 20), N 3.134 f.

<sup>119</sup> OGer SO, 16.6.2014, in: SOG 2014, Nr. 3, E. 6.1, wo allerdings die Berufung des Mieters auf die Zustellfiktion missbräuchlich war, s. dazu unten IV.C., Kleindruck.

### C. Ablehnung eines geeigneten Ersatzmieters

Art. 264 OR begründet zwar zulasten des Vermieters keinen Kontrahierungszwang (oben I.C., S. 211 unten/212, Kleindruck). Lehnt jedoch der Vermieter einen den Erfordernissen von Art. 264 Abs. 1 OR genügenden Ersatzmieter ab,<sup>120</sup> ist der (bisherige) Mieter von seiner Mietzinszahlungspflicht «auf den Zeitpunkt hin befreit, auf welchen der Nachmieter bereit gewesen wäre, den Vertrag zu übernehmen».<sup>121</sup> Dies freilich nur unter der Voraussetzung, dass er das Mietobjekt bereits zurückgegeben hat oder zum entsprechenden Zeitpunkt zurückgibt.<sup>122</sup> Andernfalls hätte ja der Vermieter auch bei Annahme des Ersatzmieters gegenüber diesem keinen Anspruch auf Mietzins gehabt und dementsprechend auch kein Ersatzeinkommen im Sinne von Art. 264 Abs. 3 lit. b OR (Gewinn aus anderweitiger Verwendung der Sache) realisieren können.<sup>123</sup>

Einer ungerechtfertigten Ablehnung des Nachmieters steht es nach herrschender Ansicht gleich, wenn der Vermieter die Prüfungsfrist verstreichen lässt, ohne sich zum Angebot des Mieters zu äussern.<sup>124</sup> Vorbehalten sind allerdings Fälle, in denen der Mieter das Schweigen des Vermieters nach Treu und Glauben nicht dahin deuten darf, er lehne den Nachmieter ab.<sup>125</sup> In einem solchen Fall obliegt es dem Mieter, seinen Übernahmeantrag zu erneuern, andernfalls er von seinen Pflichten nicht entbunden ist.

In dem in FN 125 erwähnten Entscheid hatte eine Wohnungsmieterin dem Vermieter mit Einschreibebrief vom 8. Oktober 2012 die Unterlagen für einen Nachmieter zukommen lassen. Das Schreiben wurde vom Vermieter zufolge Ferienabwesenheit nicht abgeholt und an die Mieterin retourniert. Diese räumte hierauf die Wohnung und schickte dem Vermieter die Wohnungsschlüssel am 28. November 2012 zurück. Der Vermieter verlangte in der Folge den Mietzins bis zum 31. März 2013 (ab diesem Zeitpunkt war die Wohnung neu vermietet). Die Mieterin wies den Anspruch unter anderem mit der Begründung zurück, mit ihrem Einschreibebrief sei am Tage nach dessen erfolgloser Zustellung eine angemessene Frist zur Prüfung des Nachmieters in Gang gesetzt worden, da der Vermieter innert Frist nicht habe vernehmen lassen, sei sie am 28. November 2012 von ihren Verpflichtungen befreit gewesen. Das Ober-

<sup>120</sup> Zur kontroversen Frage, ob die Ablehnung zu begründen ist, s. BÄTTIG (FN 18), MRA 2012, 186 f.; BLUMER (FN 24), SPR VII/3, N 1037.

<sup>121</sup> KLEY (FN 96), 270.

<sup>122</sup> KLEY (FN 96), 270.

<sup>123</sup> Zwischen der Ablehnung des Ersatzmieters und dem Ersatzeinkommen, das der Mieter angerechnet haben will, muss ein Kausalzusammenhang bestehen (vgl. oben FN 100).

<sup>124</sup> Zum Beispiel BLUMER (FN 24), N 1037 f.; TERCIER/BIERI/CARRON (FN 9), N 2109.

<sup>125</sup> Illustrativ OGer SO, 16.6.2014, in: SOG 2014, Nr. 3, E. 6.2, dazu sogleich im Text (Kleindruck).

gericht des Kantons Solothurn teilte diesen Standpunkt nicht: Zwar habe die Frist ab dem betreffenden Zeitpunkt zu laufen begonnen, doch sei die Berufung der Mieterin auf das Schweigen des Vermieters rechtsmissbräuchlich (E. 6.2 a.E.). Denn sie habe um dessen Ferienabwesenheit gewusst und wäre daher nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, ihm den Nachmieter nach der Retournierung des Einschreibebriefes «doch noch zur Kenntnis zu bringen». Die Klage des Vermieters wurde dann aber trotzdem abgewiesen, und zwar weil der Vermieter die Wohnung im Dezember 2012 hatte renovieren lassen. Das sei eine «anderweitige Verwendung der Sache» im Sinne von Art. 264 Abs. 3 lit. b OR, welche sich der Vermieter anrechnen lassen müsse. Nach der betreffenden Bestimmung muss sich allerdings der Vermieter nur einen mit einer solchen Verwendung verbundenen *Gewinn* anrechnen lassen («gewinnt»). Eine Anrechnungspflicht bestand daher nur dann, wenn der Vermieter die Wohnung wegen der Renovation früher als bei regulärer Mietbeendigung vermieten konnte.<sup>126</sup>

<sup>126</sup> Anderer Ansicht BSK OR I-WEBER (FN 10), Art. 264 N 11. Er meint, der Vermieter verliere den Mietzinsanspruch ohne weiteres ab dem Zeitpunkt, in dem er die Sache selbst benützt.