

Der Zahlungsverzug des Mieters

Im Folgenden geht es nicht allein um den Verzug mit der Zahlung von Mietzinsen und Nebenkosten (Art. 257d OR), sondern auch um sonstigen Zahlungsverzug, etwa mit der Ablösung eines Bauhandwerkerpfandrechts. Dieser untersteht den allgemeinen Verzugsregeln, welche allerdings einzelner richterrechtlicher Modifikationen (Art. 1 Abs. 2 ZGB) bedürfen. Auch bei der Anwendung von Art. 257d OR kommt man nicht ohne das allgemeine Verzugsrecht und richterrechtliche Sonderregeln aus.

Demeure du locataire pour le paiement de loyer et frais accessoires

Dans cet exposé, l'auteur ne traite pas uniquement le cas du locataire en demeure pour le paiement de loyer et frais accessoires (art. 257d CO), mais également les autres cas de demeure du locataire, qui, par exemple, après avoir été interpellé ne fait pas radier une hypothèque des artisans et entrepreneurs. Ce dernier cas doit être jugé selon les règles générales sur la demeure, auxquelles le juge doit toutefois apporter quelques modifications (art. 1 al. 2 CC). Même en appliquant l'art. 257d CO on ne pourrait se passer ni de ces règles générales ni de règles spéciales établies par le juge.



Prof. Dr. iur. ALFRED KOLLER, Rechtsanwalt, St. Gallen

ALFRED KOLLER, Prof. Dr. iur., avocat, St. Gallen

Inhaltsverzeichnis

I.	Überblick	88
A.	Verzug mit der Zahlung von Mietzinsen oder Nebenkosten (Art. 257d OR)	88
B.	Sonstiger Zahlungsverzug des Mieters	91
II.	Einzelheiten zur Kündigung nach Art. 257d OR	93
A.	Die Entstehung des Kündigungsrechts	93

B.	Modalitäten des Kündigungsrechts	97
C.	Haftungsfolgen der Kündigung	99
D.	Rechtsslage bei Mängeln der Kündigung	100
E.	Sonderfragen	102

I. Überblick

Der Zahlungsverzug des Mieters ist in Art. 257d OR geregelt. Diese Bestimmung betrifft allerdings nur den Verzug mit der Zahlung von Mietzinsen und/oder Nebenkosten, zudem ist die Regelung lückenhaft, das allgemeine Verzugsrecht (Art. 102 ff. OR) wird daher nicht vollständig verdrängt. Sonstiger Zahlungsverzug, etwa mit der Ablösung eines Bauhandwerkerpfandrechts (BGE 123 III 124), untersteht den allgemeinen Regeln, welche allerdings durch ungeschriebenes Sonderrecht (Art. 1 Abs. 2 ZGB) gewisse Modifikationen erfahren.

A. Verzug mit der Zahlung von Mietzinsen oder Nebenkosten (Art. 257d OR)

a. Verzug vor und nach Mietantritt

Art. 257d OR betrifft ausschliesslich den Zahlungsverzug «nach der Übernahme der Sache», also nach Mietantritt. Kommt der Mieter schon vorher in Verzug, so bestimmt sich die Rechtsslage ausschliesslich nach allgemeinem Verzugsrecht. Der Mieter haftet also für Verzugszinsen und allfälligen darüber hinausgehenden Verzugsschaden nach Massgabe von Art. 103 f. und 106 OR. Ferner kann der Vermieter unter den Voraussetzungen von Art. 107 Abs. 2 OR vom Vertrag zurücktreten und bei Verschulden des Mieters Ersatz des positiven (Art. 107 Abs. 2 OR) oder negativen Vertragsinteresses (Art. 109 Abs. 2 OR) verlangen. Kommt der Mieter erst nach Übernahme der Sache in Zahlungsverzug, so bleibt es hinsichtlich der Haftung für Verzugszinsen und Verzugsschaden bei der allgemeinen Regelung (Art. 103 f., 106 OR). Hingegen steht dem Vermieter der Rücktritt nach Art. 107 Abs. 2 OR nicht offen. Stattdessen kann er den Vertrag nach Massgabe von Art. 257d OR kündigen. Da Art. 257d OR eine Haftungsregelung vermissen lässt, bleibt es insoweit bei der allgemeinen Regelung (Art. 107 und 109 OR). Diese beiden Bestimmungen sind allerdings auf Fälle zugeschnitten, in denen es zufolge Rücktritts zur vollständigen Rückabwicklung des Vertrags kommt. Wo der Vertrag – wie im Falle einer Kündigung nach Mietantritt – bereits teilweise erfüllt ist und insoweit

aufrecht bleibt, bedürfen sie – lückenfüllend (Art. 1 Abs. 2 ZGB) – der Modifikation.

Insbesondere kann der Kündigende (hier: der Vermieter) unter dem Titel des negativen Vertragsinteresses nicht verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn er den Vertrag überhaupt nicht geschlossen hätte, vielmehr hat er lediglich Anspruch darauf, so gestellt zu werden, «wie wenn er von Anfang an nur einen Vertrag im Umfang der erbrachten Leistung abgeschlossen hätte»¹. Er hat mit anderen Worten nur Anspruch auf teilweisen Ersatz des negativen Vertragsinteresses. Praktisch geht es vor allem um den Ersatz von Aufwendungen, welche im Vertrauen auf den Erhalt der *vollständigen* Leistung erfolgten und daher durch die teilweise Nichtausführung des Vertrags nutzlos geworden sind (Frustrationsschaden²)³. Im Einzelfall kann es aber auch um die Liquidation von entgangenem Gewinn gehen (s. das Beispiel in II./C. am Ende).

Die hier vertretene Ansicht, wonach Art. 257d OR erst ab Mietantritt des Mieters zur Anwendung kommt, ist nicht unbestritten. Andere lassen für die Anwendbarkeit der Bestimmung genügen, dass der Vermieter dem Mieter das Mietobjekt *zur Verfügung hält* (BGE 127 III 548 E. 3, →mp 4/01, S. 194)⁴. Diese Auffassung verträgt sich nicht mit dem Wortlaut von Art. 257d OR («Übernahme der Sache», «réception de la chose», «consegna [Übergabe⁵] della cosa»), und Gründe, nicht wörtlich zu interpretieren, bestehen m.E. nicht. Im Gegenteil scheint es sachlich nicht richtig, den Vermieter schon vor Mietantritt auf das gegenüber Art. 107 OR umständlichere Verfahren von Art. 257d OR zu verweisen⁶. Zudem ist vor Mietantritt der Rücktritt (so Art. 107 Abs. 2 OR) die

-
- ¹ SCHENKER FRANZ, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht (Diss.), Freiburg 1988, Rn 769 a.E.
 - ² KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2017, Rn 57.32, m.w.Nw. Allgemein zum Frustrationsschaden KOLLER, a.a.O., Rn 46.11; GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 10. Aufl., Zürich 2014, Rn 2860 ff.
 - ³ Vgl. z.B. HUBER PETER/FAUST FLORIAN, Schuldrechtsmodernisierung, Einführung in das neue Recht, München 2002, Rn 4.47.
 - ⁴ So auch ein guter Teil der Lehre, z.B. WEBER ROGER, Basler Kommentar, 6. Aufl., Basel 2015, N 2 zu Art. 257d OR; BLUMER MAJA, Gebrauchsüberlassungsverträge (Miete, Pacht), Schweizerisches Privatrecht VII/3, Basel 2012, Rn 846; MIETRECHT FÜR DIE PRAXIS/SPIRIG, 9. Aufl., Zürich 2016, Ziff. 27.2.1, m.w.Nw.
 - ⁵ S. KÖBLER GERHARD, Rechtsitalienisch, 2. Aufl., München 2004, S. 253.
 - ⁶ Vgl. POLIVKA LUKAS, MRA 2001, S. 159 ff., in seiner Kommentierung von BGE 127 III 548 (S. 163 Anm. 1), →mp 4/01 S. 194.

der Sachlage angemessene Auflösungsform, nicht die Kündigung (so Art. 257d OR).

b. Kündigung nach Mietantritt: Grundsätzliches zu Art. 257d OR

Kündigungsvoraussetzungen und Kündigungsmodalitäten sind teilweise unterschiedlich, je nachdem, ob es sich bei der Mietsache um Wohnungs- oder Geschäftsräume oder um andere Mietobjekte handelt.

1. Kommt der Mieter bei der **Wohn- und Geschäftsraummiete** nach Mietantritt in Zahlungsverzug, so kann ihm der Vermieter schriftlich eine zusätzliche Zahlungsfrist (Nachfrist i.S.v. Art. 107 Abs. 2 OR) von mindestens 30 Tagen setzen und ihm androhen, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Mietverhältnis gekündigt werde (Art. 257d Abs. 1 OR). Beahlt der Mieter innert der gesetzten Frist nicht, so kann der Vermieter mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen (Art. 257d Abs. 2 OR).

Stellt man Art. 257d OR dem Art. 107 Abs. 2 OR, der wie gesehen die Vertragsauflösung vor Mietantritt regelt, gegenüber, so lassen sich verschiedene Unterschiede feststellen: *Erstens* tritt an die Stelle der von Art. 107 Abs. 2 OR vorgesehenen «angemessenen» Nachfrist eine von vornherein bestimmte Minimalfrist (30 Tage). *Zweitens* hat die Nachfristansetzung nach Art. 257d OR schriftlich zu erfolgen, während nach Art. 107 Abs. 2 OR kein Formerfordernis besteht. *Drittens* verlangt Art. 257d OR, dass dem Mieter die Vertragsauflösung mit der Nachfristansetzung angedroht wird (Kündigungsandrohung), wogegen bei Art. 107 OR ein entsprechendes Erfordernis (Rücktrittsandrohung) fehlt.

Hinsichtlich der *Nachfristansetzung* einschliesslich der *Kündigungsandrohung* gilt nach herrschender Ansicht – in Abweichung von Art. 107 Abs. 2 OR – die eingeschränkte Empfangstheorie, falls sie mittels eingeschriebenen Briefs erfolgt (unten II./A./Ziff. 4). Hingegen gilt hinsichtlich der *Kündigungserklärung* – gleich wie für die Rücktrittserklärung nach Art. 107 Abs. 2 OR – die ordentliche, uneingeschränkte Empfangstheorie⁷ (BGE 137 III 208 E. 3.1.3 = Pra 2011 Nr. 106, →mp 2/11 S. 115)⁸. Nach herrschender Ansicht hat der Vermieter für die Kündigung nach Art. 257d OR – anders als für den Rücktritt nach Art. 107 Abs. 2 OR – ein amtliches Formular zu verwenden (Art. 266I OR). Umstritten ist, ob die Kündigung nach Art. 257d OR – entsprechend Art. 107 OR – unver-

⁷ S. dazu neustens KOLLER, OR AT (Fn 2), Rn 3.146; ferner GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn 2), Rn 196a.

⁸ In der Lehre ist umstritten, welche der Empfangstheorien zum Zuge kommen soll (s. Fn 28).

zöglich nach Ablauf der Nachfrist zu erfolgen hat. Das ist m.E. zu bejahen (s. unten II./A./Ziff. 5).

Bei wörtlicher Interpretation setzt Art. 257d OR ein *zweistufiges* Vorgehen voraus: Der Vermieter muss den säumigen Mieter vorerst zur Zahlung auffordern und die Kündigung für den Fall der Nichtzahlung androhen und dann in einem zweiten Schritt, wenn die fristgemässe Zahlung ausgeblieben ist, kündigen. Der Vermieter muss m.E. aber auch die Möglichkeit haben, bereits mit der Zahlungsaufforderung die Kündigung auszusprechen, bedingt für den Fall, dass die Zahlung ausbleiben sollte. Dass Art. 257d OR diese Möglichkeit nicht ausdrücklich vorsieht, ist m.E. – gleich wie im Rahmen von Art. 107 OR⁹ – ohne Belang (anders BGE 119 II 147 E. 3, →mp 1/94 S. 24 und 4A_585/2010 E. 3.1. →mp 2/11 S. 109)¹⁰.

2. **Bei anderen Mietsachen** als Wohn- und Geschäftsräumen werden an die Kündigung nach Art. 257d OR weniger strenge Anforderungen gestellt: Einmal muss die Nachfrist lediglich zehn Tage betragen (statt 30), sodann kann der Vermieter den Vertrag bei gegebenen Voraussetzungen – wie nach Art. 107 Abs. 2 OR – *fristlos* kündigen, er hat also weder eine bestimmte Kündigungsfrist zu wahren, noch kann er nur auf einen bestimmten Termin kündigen. Auch wird man hinsichtlich der Nachfristsetzung bzw. Kündigungsandrohung die ordentliche Empfangstheorie zur Anwendung bringen müssen, denn die eingeschränkte Empfangstheorie lässt sich nur mit dem besonderen Schutzbedürfnis des Mieters bei der Wohnungs- und Geschäftsmiete rechtfertigen. Aus der gleichen Erwägung hätte in Art. 257d OR auf das Schriftformerfordernis hinsichtlich der Fristsetzung bzw. Kündigungsandrohung – gleich wie in Art. 107 OR – verzichtet werden können.

B. Sonstiger Zahlungsverzug des Mieters

Zahlungsverzug, der nicht den Mietzins oder die Nebenkosten betrifft, unterliegt – wie bereits gesagt – den allgemeinen Verzugsregeln (Art. 102 ff. OR). Die Art. 107–109 OR finden freilich lediglich analoge Anwendung, da sich der hier interessierende Zahlungsverzug nicht auf die Hauptleistungspflicht des Mieters (Pflicht zur Zahlung von Mietzins und Nebenkosten) bezieht. Zudem erfahren sie kraft ungeschriebenen Rechts (Art. 1 Abs. 2 ZGB) einzelne Modifikationen, insbesondere durch analoge Heranziehung von Art. 257d OR.

⁹ KOLLER, OR AT (Fn 2), Rn 55.115.

¹⁰ Ebenso schon im «Guhl» (GUHL THEO, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 44 Rn 145; dem Bundesgericht folgend BASK/WEBER (Fn 4), N 6 zu Art. 257d OR.

1. Will der Vermieter den Vertrag verzugsbedingt auflösen, so kann er dies vorbehaltlich Art. 108 OR nur, wenn er dem Mieter eine angemessene **Nachfrist** ansetzt und diese ungenutzt verstreicht (Art. 107 Abs. 2 OR). Nach Mietantritt hat sich der Vermieter an die Fristen von Art. 257d Abs. 1 OR, der freilich nur analoge Anwendung findet, zu halten. Bei der Wohnungs- und Geschäftsmiete beträgt also die Nachfrist mindestens 30 Tage, bei sonstigen Mietverträgen zehn Tage.
2. Bei gegebenem Auflösungsstatbestand steht dem Vermieter vor Mietantritt der **Rücktritt** offen (Art. 107 Abs. 2 OR), danach (nur) die **Kündigung** (Art. 257d OR analog). In beiden Fällen kann der Vertrag grundsätzlich fristlos aufgelöst werden, was sich für den Rücktritt aus Art. 107 Abs. 2 OR, für die Kündigung aus Art. 257d Abs. 2 OR ergibt. Eine Ausnahme gilt bei der Wohnungs- und Geschäftsmiete. Hier hat der Vermieter – in analoger Anwendung von Art. 257d Abs. 2 OR – eine Kündigungsfrist von 30 Tagen zu wahren (BGE 123 III 124, DB 9/97, MRA 3/97).

BGE 123 III 124: Der Mieter einer Liegenschaft hatte es – nach Mietantritt – pflichtwidrig unterlassen, Bauhandwerkerpfandrechte abzulösen, worauf der Vermieter den Vertrag unter Berufung auf Art. 257f OR, aber unter Beachtung der in Art. 257d OR vorgesehenen Modalitäten vorzeitig kündigte. Das Bundesgericht schützte die Kündigung gestützt auf Art. 107 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 257d OR (nicht: Art. 257f OR). Art. 257d OR wandte es analog an, Art. 107 Abs. 2 OR hingegen unmittelbar (direkt), dies in der Annahme, bei der verletzten Pflicht handle es sich um eine Hauptleistungspflicht (E. 3c a.E.). M.E. war diese Annahme verfehlt, damit auch die unmittelbare Anwendung von Art. 107 Abs. 2 OR¹¹. Im praktischen Ergebnis ist dem Entscheid jedoch zuzustimmen, weil sich der Vermieter an die Voraussetzungen von Art. 107 Abs. 2 und 257d OR gehalten hatte und die rechtsirrtümliche Berufung auf Art. 257f OR nicht schadete (so zutreffend E. 3d). Im Übrigen kann man sich fragen, ob man nicht nebst Art. 257d auch Art. 257f OR als Analogiebasis hätte heranziehen können. Denn letzten Endes beruhen beide Bestimmungen – wie auch Art. 107 Abs. 2 OR – auf demselben Regelungsgedanken: dass nämlich bei Vorliegen eines wichtigen Grundes der Vertrag vorzeitig aufgelöst werden kann.

3. Im Falle einer Kündigung steht dem Vermieter **Ersatz des positiven oder negativen Vertragsinteresses** zu, freilich mit den gleichen Modifikationen, wie sie bei einer Kündigung wegen Verzugs mit der Zahlung von Mietzinsen zu beachten sind (dazu oben A./a. Kleindruck).

.....
¹¹ Vgl. meinen OR AT (Fn 2), Rn 58.10, auch 55.75.

Art. 266g OR, wonach der Richter bei einer Kündigung aus wichtigem Grund über die vermögensrechtlichen Folgen nach seinem Ermessen zu bestimmen hat, kommt nicht zum Zuge. Zwar ist im Umstand, dass der Mieter eine ihm gesetzte Nachfrist zur Zahlung ungenutzt hat verstreichen lassen, ein wichtiger Grund im Sinne dieser Bestimmung zu sehen. Art. 266g OR kommt jedoch dort, wo vertragswidriges Verhalten einer Partei als Kündigungsgrund in Frage steht, nicht zur Anwendung. Die Anwendung verbietet sich, weil das vertragswidrige Verhalten von Rechts wegen Haftungsfolgen (Ersatz des positiven oder negativen Vertragsinteresses) nach sich ziehen muss, ohne dass es insoweit auf das Ermessen des Richters ankäme. So verhält es sich – wie gesehen – beim Tatbestand von Art. 257d OR, und ebenso beim Tatbestand von Art. 257f OR; gleich muss es sich generell verhalten, wo vertragswidriges Verhalten einer Partei den Kündigungsgrund abgibt¹².

II. Einzelheiten zur Kündigung nach Art. 257d OR

Die praktische Hauptbedeutung hat Art. 257d OR bei der Wohnungs- und Geschäftsmiete. Ich beschränke mich daher im Folgenden auf diese.

A. Die Entstehung des Kündigungsrechts

Von den Voraussetzungen, unter denen dem Vermieter die Kündigung nach Art. 257d OR offensteht, war überblicksweise bereits die Rede (oben I./A./b./Ziff. 1). Hier sind Präzisierungen und Ergänzungen anzubringen (zum Sonderproblem, dass es sich beim Mietobjekt um die Familienwohnung handelt, s. unten E./Ziff. 1):

1. Der Mieter muss mit der Zahlung von Mietzinsen (oder Nebenkosten) in **Verzug** sein. Ob Verzug vorliegt, beurteilt sich ausschliesslich nach Art. 102 OR¹³. «Rückstand» i.S.v. Art. 257d OR bedeutet also nichts anderes als Verzug i.S.v.

¹² SPIRIG IRÈNE, Ausserordentliche Kündigungen ausserhalb des mietrechtlichen Katalogs, mp → 1/12 S. 1 ff., 17; KOLLER ALFRED, Ausserordentliche Kündigung der Wohnungs- und Geschäftsmiete wegen vertragswidrigen Verhaltens des Mieters, AJP 2010, S. 845 ff., 847.

¹³ Einzelheiten bei MIETRECHT FÜR DIE PRAXIS/SPIRIG (Fn 4), Ziff. 27.2.3 und dort verwiesene Ziffern; BLUMER, SPR VII/3 (Fn 4), Rn 846 ff.; BASK/WEBER (Fn 4), N 3 zu Art. 257d OR; HULLIGER URBAN, Neuere Rechtsprechung zur Kündigung wegen Zahlungsverzugs, MRA 2012, S. 65 ff., 66.

Art. 102 OR¹⁴. Hervorzuheben ist, dass eine Hinterlegung des Mietzinses gemäss Art. 259g Abs. 1 OR der Zahlung gleichsteht (Art. 259g Abs. 2 OR). Verzug ist also ausgeschlossen, wenn der Vermieter Mängel der Mietsache pflichtwidrig nicht beseitigt und der Mieter in der Folge Mietzinse nach Massgabe von Art. 259g Abs. 1 OR hinterlegt.

Eine den Anforderungen von Art. 259g Abs. 1 OR nicht genügende Hinterlegung wird u.U. wie eine rechtmässige behandelt, nämlich dann, wenn der Mieter bei der Hinterlegung gutgläubig davon ausging, es sei ein zur Hinterlegung rechtfertigender Mangel gegeben, während dies in Wirklichkeit nicht der Fall ist (BGE 125 III 120, →mp 2/99 S. 87; AppGer BS, BJM 2011, S. 22 E. 2.4.2). Einen Schritt weiter geht KGer SG, GVP SG 2010, S. 211. Nach diesem Entscheid kann der Mieter, der die Nebenkostenabrechnung zu Unrecht, aber gutgläubig, bestreitet, Mietzinse hinterlegen und damit eine Verzugs Kündigung ausschliessen. Es sei in einem solchen Fall eine echte Gesetzeslücke anzunehmen und diese modo legislatoris «durch analoge Anwendung dieser Bestimmung (Art. 259g Abs. 2 OR) zu schliessen» (S. 212 f.). Die verzugsausschliessende Wirkung der Hinterlegung wird also von den Voraussetzungen des Art. 259g Abs. 1 OR vollständig getrennt und aus dem Gewährleistungsrecht (Art. 259a ff. OR) herausgelöst.

2. Das Kündigungsrecht setzt sodann voraus, dass der Vermieter dem Mieter eine **Nachfrist** von mindestens 30 Tagen angesetzt hat. Bei Ansetzung einer zu kurzen Frist kann der Vermieter dem Mieter nicht rechtswirksam kündigen, auch nicht nach fruchtlosem Ablauf der 30-tägigen Frist (TC VD, SJZ 1990, S. 182 Nr. 5). Die zu kurze Frist verlängert sich also nicht in die gesetzlich vorgesehene. Wer anders entscheidet (OGer ZH, ZR 1991, S. 172), verzichtet auf das Erfordernis der *Fristansetzung*¹⁵. Dieses Erfordernis hat aber seinen guten Sinn: Der Mieter soll genau wissen, bis wann er noch Erfüllungsanstrengungen unternehmen muss, und zwar ohne dass er im Gesetz nachsehen müsste¹⁶.

In der Nachfristansetzung muss der Rückstand des Mieters genau bezeichnet werden, zwar nicht unbedingt ziffernmässig, aber jedenfalls so, «que l'objet de la mise en demeure soit déterminable sans discussion, par exemple avec

¹⁴ Verzug setzt nach allgemeiner Regel Fälligkeit der Forderung voraus. Zur kontroversen Frage, ob die Fälligkeit von Nebenkosten das Vorliegen einer prüffähigen Rechnung voraussetzt, s. KOLLER, OR AT (Fn 2), Rn 39.60, m.Hw. zum Meinungsstand.

¹⁵ Die in der Rechtsprechung bestehende Kontroverse betr. die rechtliche Behandlung einer zu kurzen Nachfrist findet sich auch in der Lehre (Nw. bei MIETRECHT FÜR DIE PRAXIS/SPIRIG, Fn 4, Ziff. 27.2.4.2).

¹⁶ Vgl. KOLLER, OR AT (Fn 2), Rn 55.96, betr. Art. 107 Abs. 2 OR.

une désignation précise des mois de loyers restés en souffrance» (BGer 4A_299/2011 E. 4; 4A_368/2007 E. 2.1).

3. Die von Art. 257d OR vorausgesetzte **Kündigungsandrohung** muss ausdrücklich erfolgen; ein Verweis auf Art. 257d OR oder auf eine Vertragsklausel, welche den Gesetzestext wiedergibt, genügt nicht (BGE 136 III 196 E. 2.4 = Pra 2010 Nr. 128, →mp 2/10 S. 145)¹⁷.

BGE 136 III 196 (mit rechtlich unerheblichen Sachverhaltsänderungen): Mit Vertrag vom 23. März 2006 haben A und B der Y für die Dauer von fünf Jahren Geschäftsräume in Genf vermietet. Der Mietzins (samt Nebenkosten) wurde auf Fr. 4175.-, der Mietbeginn auf 1. Mai 2006 festgesetzt. Art. 4 Abs. 2 des Vertrags sah sodann Folgendes vor:

«Der Mietzins ist jeweils spätestens am 5. des laufenden Monats zu bezahlen. Bei Zahlungsverzug können die Vermieter der Mieterin eine Frist von 30 Tagen zur Zahlung ansetzen und ihr androhen, dass sie bei nicht fristgemässer Zahlung den Vertrag mit einer Frist von 30 Tagen auf Ende Monat kündigen werden (Art. 257d OR).»

Ab März 2007 stellte Y ihre Mietzinszahlungen ein. Hierauf forderten A und B sie mit eingeschriebenem Brief vom 6. Mai 2007 auf, die ausstehenden Mietzinse im Betrag von Fr. 12'525.- bis 15. Juli zu bezahlen. Für den Unterlassungsfall drohten sie an, «von Art. 4 Abs. 2 des Mietvertrags Gebrauch zu machen». Als keine Zahlung erfolgte, kündigten A und B das Vertragsverhältnis am 16. Juli 2007 mit amtlichem Formular per 31. August 2007. Y focht die ausgesprochene Kündigung an und hatte mit ihrem Begehren Erfolg, letztinstanzlich vor Bundesgericht. Dieses stellte fest, die Androhung, bei Nichtnutzung der Nachfrist gemäss Art. 4 Abs. 2 des Vertrags zu verfahren, habe den Anforderungen von Art. 257d OR nicht genügt.

4. Die **Nachfristansetzung** hat schriftlich zu erfolgen. Regelmässig geschieht dies mit eingeschriebenem Brief. Kann diesfalls das Schreiben nicht ausgehändigt werden, gilt es aus Erwägungen des Mieterschutzes erst als zugestellt, wenn es bei der Post abgeholt wird bzw. die siebentägige Abholungsfrist abläuft; dies in Abweichung von der ordentlichen Empfangstheorie, wonach die Zustellung als in dem Moment erfolgt gilt, da die Sendung bei der Post abgeholt werden kann (BGE 119 II 147 E. 2, →mp 1/94 S. 24; 137 III 208 E. 3.1.3 = Pra

¹⁷ Ein Formulierungsvorschlag für eine Nachfristansetzung mit Kündigungsandrohung findet sich bei HULLIGER, MRA 2012 (Fn 13), S. 67.

2011 Nr. 106¹⁸, →mp 2/11 S. 115; 143 III 15 E. 4.1 = Pra 2017 Nr. 45). Hat der Kunde mit der Post eine längere als die siebentägige Abholungsfrist vereinbart, ist im vorliegenden Kontext trotzdem auf die Siebentagefrist abzustellen¹⁹.

Aus dem Gesagten folgt, dass eine gültige Nachfristansetzung – unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbots, Art. 2 Abs. 2 ZGB (BGE 140 III 244 E. 5.2 a.E. = Pra 2014 Nr. 95, →mp 3/14 S. 217) – auch während einer Ortsabwesenheit des Mieters erfolgen kann. Dieser hat demnach selbst dafür zu sorgen, dass er von einer Nachfristansetzung Kenntnis erlangt. Er kann sich z.B. die Post an seinen momentanen Aufenthaltsort weiterleiten lassen oder einer Vertrauensperson Vollmacht zur Behändigung eingeschriebener Sendungen erteilen. «Ferner stellt die Post dem Benutzer verschiedene Online-Dienste zur Verfügung, unter anderem auch Information über Versand von Einschreibebriefen per SMS oder E-Mail. Es kann auf die Homepage www.post.ch verwiesen werden.»²⁰

5. Für die **Wahrung der Nachfrist** gelten die allgemeinen Erfüllungsregeln²¹. Da Geldschulden grundsätzlich Bringschulden sind (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR), muss das Geld im Regelfall fristgemäss beim Vermieter eintreffen. Im Einzelfall kann freilich eine Hol- oder Versendungsschuld abgemacht sein²². Letzteres ist etwa dann anzunehmen, wenn der Vermieter dem Mieter einen Post-einzahlungsschein zukommen lässt (BGE 124 III 145 E. 2, →mp 3/98 S. 128). Zur Wahrung der Zahlungsfrist genügt in einem solchen Fall die termingerechte Einzahlung am Postschalter²³.

BGE 124 III 145 (mit unwesentlichen Sachverhaltsänderungen): Mit Vertrag vom 20. Oktober 1995 vermietete V ein Restaurant vom 20. Oktober 1995 bis 31. Oktober 2000 an M. Dieser war verpflichtet, den Mietzins in monatlichen Raten à Fr. 5'200.– im Voraus zu bezahlen. Mit Schreiben vom 1. Mai 1997

.....
¹⁸ Eine ausführliche Besprechung des Urteils findet sich bei **KOLLER THOMAS**, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2011, S. 21 ff., 38 ff., eine Zusammenfassung bei **KOLLER ALFRED**, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil I, Bern 2012, § 9 Rn 307.

¹⁹ **BASK/WEBER** (Fn 4), N 5 zu Art. 257d OR.

²⁰ **MAAG ANDREAS**, MRA 2017, S. 31 ff., 38 (Anm. zu BGE 143 III 15).

²¹ Der Zahlung (Erfüllung) gleichgestellt sind Erfüllungssurrogate wie die Verrechnung (BGer 4A_32/2007) oder die Leistung an Erfüllung statt.

²² S. zur begrifflichen Trennung von Bring-, Hol- und Versendungsschulden **KOLLER**, OR AT (Fn 2), Rn 38.02.

²³ S. im Einzelnen **KOLLER**, OR AT (Fn 2), Rn 38.31 ff.

mahnnte V den M für den verfallenen Mai-Mietzins und setzte ihm eine 30-tägige Nachfrist zur Begleichung des Ausstandes an. Gleichzeitig drohte er M an, das Mietverhältnis nach unbenütztem Ablauf der Frist vorzeitig auf Ende Juli 1997 zu kündigen (Art. 257d OR). Die Zahlungsfrist endete am Montag, den 2. Juni 1997. Am Freitag, den 30. Mai 1997, um 10.00 Uhr, zahlte M den rückständigen Betrag am Schalter der Post Q ein. Die Gutschrift auf dem Konto des V erfolgte jedoch erst am 3. Juni 1997. V kündigte daher das Mietverhältnis androhungsgemäss per 31. Juli 1997. Das Bundesgericht hat die Kündigung – unter Annahme einer Versendungsschuld – für unwirksam erklärt. Sie wäre hingegen gültig gewesen, wenn es sich um eine Bringschuld gehandelt hätte, weil dann die Zahlung um einen Tag zu spät erfolgt wäre.

B. Modalitäten des Kündigungsrechts

1. Art. 257d OR setzt dem Kündigungsrecht keine zeitliche Schranke. Es fragt sich jedoch, ob der Vermieter nach ungenutztem Ablauf der Nachfrist analog Art. 107 Abs. 2 OR «unverzüglich» kündigen muss, andernfalls er das Kündigungsrecht verliert. M.E. ist dies zu bejahen, weil die ratio legis von Art. 107 Abs. 2 OR²⁴ auch in diesem Kontext Beachtung heischt. Das Bundesgericht ist gegenteiliger Auffassung, doch dürfe die Kündigung nicht rechtsmissbräuchlich hinausgezögert werden (Art. 2 Abs. 2 ZGB; BGer 4A_366/2008, →mp 1/09, S. 14; 4A_245/2017 E. 5.2 und 5.4, →mp 1/18 S. 50)²⁵.

In BGer 4A_366/2008 hatte der Vermieter einer Wohnung nach Ablauf der dem Mieter gesetzten Nachfrist (22. April 2006) mit der Kündigung fast drei Wochen (bis zum 12. Mai 2006) zugewartet, und dies, obwohl der Mieter inzwischen längst (am 24. April 2006) gezahlt hatte. «Cette inaction est longue et elle correspond probablement à la limite de ce qui peut être admis, au regard des règles de la bonne foi» (E. 4). M.E. hätte die Kündigung für unwirksam erklärt werden müssen: weil sie nicht unverzüglich nach dem 22. April 2006 erfolgte und weil sie jedenfalls treuwidrig hinausgezögert wurde. (Es kann unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben nicht angehen, mit der Kündigung wochenlang zuzuwarten, nachdem der Mieter zwar nicht innert der Nachfrist, aber immerhin kurz danach gezahlt hat.²⁶)

²⁴ Dazu KOLLER, OR AT (Fn 2), Rn 55.116; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn 2), Rn 2765.

²⁵ Wie das Bundesgericht auch die herrschende Lehre (w.Nw. bei KOLLER, AJP 2010 [Fn 12], S. 854 Fn 42 und 43 sowie S. 849 Fn 19).

²⁶ Vgl. GIAVARINI MARCO, MRA 2008, S. 206 ff., 210 f. (Anm. zum referierten Entscheid). Differenzierend HULLIGER (Fn 13), S. 71 f.

Nach der Rechtsprechung muss der Vermieter nicht nur nicht unverzüglich nach Ablauf der Nachfrist, sondern er muss auch nicht auf den erstmöglichen Kündigungstermin nach Fristablauf kündigen, vielmehr steht ihm die Kündigung auf einen späteren Termin offen (so ausdrücklich OGer ZH, ZR 1991, S. 172, der Sache nach auch BGE 119 II 232, →mp 1/94 S. 16). Das Rechtsmissbrauchsverbot bleibt selbstverständlich wiederum vorbehalten.

2. Für die Kündigung nach Art. 257d OR gelten die allgemeinen Grundsätze, die bei Ausübung eines ausserordentlichen Kündigungsrechts zu beachten sind²⁷. Hervorzuheben ist lediglich, dass die Kündigungserklärung nach den üblichen Grundsätzen wirksam wird und daher die eingeschränkte Empfangstheorie – anders als mit Bezug auf die Nachfristansetzung und die Kündigungsandrohung – nicht zum Tragen kommt (s. bereits oben I./A./b./Ziff. 1). Wenn also der Vermieter mit eingeschriebenem Brief kündigt, so wird die Erklärung in dem Moment wirksam, in dem das Schreiben bei der Post abgeholt werden kann, nicht erst mit der tatsächlichen Abholung bzw. dem Ablauf der Abholungsfrist (BGE 137 III 208 E. 3.1.3 = Pra 2011 Nr. 106, →mp 2/11 S. 115; 140 III 244 E. 5.2 = Pra 2014 Nr. 95, →mp 3/14 S. 217; 143 III 15 E. 4 = Pra 2017 Nr. 45)²⁸.

In BGE 137 III 208 (→mp 2/11 S. 115) ging es zwar nicht um eine Verzugs-kündigung nach Art. 257d OR, sondern um eine Kündigung nach Art. 261 Abs. 2 lit. a OR. Das Bundesgericht hat jedoch klargestellt, dass bei jeder mietrechtlichen Kündigung die ordentliche Empfangstheorie zum Zuge kommt, nicht die eingeschränkte. Im konkreten Fall hatte Mieter X unter Berufung auf diese geltend gemacht, er habe das eingeschrieben versandte Kündigungsschreiben erst am 1. April 2008 auf der Post abgeholt, die auf den 30. September 2008 ausgesprochene Kündigung sei daher mangels Wahrung der sechsmonatigen Kündigungsfrist (Art. 261 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 266d OR) ungültig, wiewohl das Schreiben bereits ab dem 27. März auf der Poststelle zur Abholung bereit lag. Nach der ordentlichen Empfangstheorie konnte dieser Einwand keinen Erfolg haben.

²⁷ Dazu KOLLER, OR BT (Fn 18), § 9 Rn 283 ff.

²⁸ Ebenso z.B. BARTELS TOBIAS, Die Fristwahrung im Mietrecht – insbesondere bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen, MRA 2002, S. 165 ff., 173; a.A. etwa REICHLIN JEREMY, Le respect des délais de droit civil matériel, SJ 2017 II, S. 67 ff., 78 f. Er will jede einem Mieter gegenüber abgegebene Willenserklärung des Vermieters, namentlich jede Kündigung, der eingeschränkten Empfangstheorie unterwerfen.

C. Haftungsfolgen der Kündigung

Hat der Vermieter den Vertrag nach Art. 257d OR aufgelöst, so kann er bei Verschulden des Mieters Ersatz des positiven oder negativen Vertragsinteresses verlangen (oben I./A./a., Absatz 1 a.E.). Das ist freilich nicht allseits anerkannt. Einzelne Autoren beschränken den Mieter auf das negative, andere auf das positive Vertragsinteresse²⁹. In diesem letzteren Sinne hat sich auch das Bundesgericht ausgesprochen (BGE 127 III 548, →mp 4/01, S. 194).

BGE 127 III 548 (ähnlicher Sachverhalt in BGer 4A_22/2009): V vermietete dem M eine 4-Zimmer-Wohnung in Neuenburg zu einem monatlichen Mietzins von Fr. 1'400.-. Der Mietbeginn wurde auf den 1. April 1996 festgesetzt. Der Vertrag war erstmals auf den 31. März 1997 kündbar. Wegen Zahlungsverzugs des Mieters kündigte der Vermieter den Vertrag nach Art. 257d OR vorzeitig – rechtswirksam – auf den 31. Juli 1996. Ab 1. April 1997 vermietete er die Wohnung weiter. In dieser Situation bestand das positive Vertragsinteresse des V im Mietzinsausfall für die Zeit vom 1. August 1996 bis 31. März 1997 (8 × Fr. 1'400.- = Fr. 11'200.-). Das Bundesgericht hat die Haftung des M im Grundsatz bejaht, die Angelegenheit aber zur Schadenersatzbemessung (Art. 43 f. OR) und insbesondere zur Klärung der Frage, ob dem Vermieter nicht eine frühere Weitervermietung möglich gewesen wäre, an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Ob man der bundesgerichtlichen oder der hier vertretenen Ansicht folgt, ist regelmässig ohne praktische Bedeutung, weil das positive Vertragsinteresse normalerweise grösser ist als das negative. Es gibt jedoch Ausnahmen³⁰. Im Einzelfall kann beides identisch sein.

Beispiel: V bietet seine Wohnung für die Zeit vom 1. Januar 2008 bis zum 31. Dezember 2010 zu einem Mietzins von Fr. 1'000.- monatlich zur Miete an. Mehrere Interessenten sind gewillt, den Mietvertrag zu diesen Bedingungen zu schliessen. V entscheidet sich für den Interessenten M. In der Folge löst er den Vertrag gestützt auf Art. 257d OR zu Recht per Ende 2009 auf. Hier kann er – unter Vorbehalt allfälliger Herabsetzungsgründe (Art. 43 f. OR i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR) – Fr. 12'000.- Schadenersatz verlangen: unter dem Titel des positiven Vertragsinteresses, weil er von M diesen Betrag bei ordentlicher Beendigung zugute gehabt hätte, unter dem Titel des negativen Vertragsinteresses, weil er bei Abschluss des Vertrags mit einem anderen Interessenten für

²⁹ Nw. bei **WESSNER PIERRE**, in: Bohnet François/Carron Blaise/Montini Martino, Droit du bail à loyer et à ferme, 2. Aufl., Basel 2017, N 49 zu Art. 257d OR.

³⁰ **KOLLER**, OR AT (Fn 2), Rn 14.227 f.

die Zeit vom 1. Januar 2010 bis Ende 2010 ebenfalls einen Zahlungsanspruch über Fr. 12'000.– gehabt hätte.

D. Rechtslage bei Mängeln der Kündigung

Bei den Mängeln, welche einer Kündigung anhaften können, sind zwei grosse Kategorien zu unterscheiden: Entweder wird ein Kündigungsrecht ausgeübt, obwohl ein solches Recht gar nicht besteht (nachstehend a.), oder es wird ein bestehendes Kündigungsrecht fehlerhaft ausgeübt (nachstehend b.).

a. Ausübung eines nicht bestehenden Kündigungsrechts

Kündigt der Vermieter, obwohl die Voraussetzungen für eine Kündigung fehlen (er kündigt z.B., ohne vorgängig eine Nachfrist angesetzt zu haben), so ist die Kündigung ex lege **unwirksam**³¹, die beabsichtigte Gestaltungswirkung bleibt also aus, ohne dass es einer Anfechtung durch den Kündigungsempfänger bedarf (BGE 121 III 156 = Pra 1995 Nr. 272, →mp 3/95 S. 155; anders noch BGE 119 II 147, →mp 1/94 S. 24).

Eine unwirksame Kündigung bedarf nicht nur keiner Anfechtung, sondern eine solche ist rechtlich gar nicht möglich. Vielmehr kann lediglich die Unwirksamkeit der Kündigung festgestellt werden³². Praktisch geschieht dies freilich häufig in einem Anfechtungsverfahren (vgl. z.B. BGE 122 III 92 E. 2d, →mp 2/96 S. 113; 136 III 196, →mp 2/10 S. 145)³³.

Eine unwirksame Kündigung ist in dem Sinne heilbar, als der Kündigungsempfänger (hier: Mieter) den Kündigenden (Vermieter) bei der Kündigung behaften kann. «Der Vertrag gilt dann als aufgelöst, ohne dass der Kündigende – nach einem Sinneswandel – einwenden könnte, er bestehe fort.»³⁴

Umstritten ist, ob eine Kündigung, die wegen Nichtvorliegens der Kündigungsvoraussetzungen unwirksam ist, in eine ordentliche Kündigung auf den nächs-

³¹ Vgl. demgegenüber Art. 337c OR. Danach bewirkt auch eine ungerechtfertigte vorzeitige Entlassung des Arbeitnehmers die Auflösung des Arbeitsvertrags (z.B. **REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ**, Berner Kommentar, Der Arbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern 2014, N 1 zu Art. 337c OR). Dieser Regel, welche erst mit der Revision von 1971 Aufnahme ins Gesetz gefunden hat, liegen spezifisch arbeitsrechtliche Gesichtspunkte zugrunde, welche m.E. nicht auf das Mietrecht übertragen werden dürfen.

³² Zur Frage, ob eine Sperrfrist nach Art. 271a Abs. 1 lit. d OR ausgelöst wird, wenn eine ungültige Kündigung vom Mieter «angefochten» wird, s. **KOLLER**, OR BT (Fn 18), § 10 Rn 88.

³³ S. zur ganzen Problematik **GUHL/KOLLER** (Fn 10), § 44 Rn 177.

³⁴ **GUHL/KOLLER** (Fn 10), § 44 Rn 194.

ten Termin umgedeutet werden kann³⁵. Das Bundesgericht verneint dies (BGE 135 III 441 = Pra 2010 Nr. 30, →mp 4/09 S. 247), ein guter Teil der Lehre will hingegen die Umdeutung zulassen, falls sie ersichtlich dem Parteiwillen des Kündigenden entspricht. Ein Teil der kantonalen Rechtsprechung steht auf dem gleichen Standpunkt³⁶. Das Bundesgericht hat neuerdings immerhin anerkannt, dass der Kündigende für den Fall, dass die ausserordentliche Kündigung ungültig sein sollte, gültig eine ordentliche Kündigung (Eventualkündigung) aussprechen kann (BGE 137 III 389 E. 8.4, →mp 4/11 S. 315).

In BGE 135 III 441 (→mp 4/09 S. 247) ging es um Folgendes: A und B schlossen im Jahre 1999 einen Mietvertrag über einen Lagerraum. Der Vertrag war einmal jährlich auf Ende April kündbar, erstmals auf Ende April 2002. Am 3. Juli 2006 erwarb X das Eigentum an der Liegenschaft mit dem vermieteten Lageraum. Kurz danach kündigte er die Miete zufolge dringenden Eigenbedarfs per 31. Januar 2007 (Art. 261a Abs. 2 lit. a OR). Der Mieter akzeptierte die Kündigung nicht. Der Vermieter hielt jedoch daran fest und machte im Schlichtungsverfahren subsidiär geltend, die auf den 31. Januar 2007 ausgesprochene ausserordentliche Kündigung sei gegebenenfalls in eine ordentliche Kündigung per Ende April 2007 umzuwandeln. Das Bundesgericht hat diese Umwandlung abgelehnt.

b. Fehlerhafte Ausübung eines bestehenden Kündigungsrechts

Es sind verschiedene hierher gehörige Tatbestände auseinanderzuhalten:

1. Wo nach Art. 257d OR ein Kündigungsrecht besteht, der Kündigende jedoch den Kündigungstermin oder die Kündigungsfrist nicht einhält, da ist die Kündigung vermutungsweise **wirksam, wenn auch nicht auf den vorgesehenen, sondern den nächstmöglichen Termin** (Art. 266a Abs. 2 OR analog)³⁷.
2. Wird ein Kündigungsrecht ausgeübt, ohne die Schriftform (Art. 266l OR) zu wahren, so ist die Kündigung – gleich wie bei Ausübung eines nicht bestehenden Kündigungsrechts – von Gesetzes wegen unwirksam, nicht bloss anfechtbar. Das Gesetz spricht von **Nichtigkeit** (Art. 266o OR).

Eine irgendwie geartete Konversion einer nichtigen Kündigung ist ausgeschlossen. Hingegen kommt eine Heilung in dem oben (a., dritter Absatz) um-

³⁵ S. allgemein zur Konversion KOLLER, OR AT (Fn 2), Rn 13.96/148 f., m.w.Nw.

³⁶ Nw. bei KOLLER, AJP 2010 (Fn 12), S. 854 Fn 42 und 43 sowie S. 849 Fn 19 mit Schilderung eines Falls, in dem eine Konversion für zulässig erachtet wurde.

³⁷ Vgl. OGer AR, AR GVP 2002, S. 77; BASK/WEBER (Fn 4), N 9 zu Art. 257d OR und N 5 zu Art. 266a OR, mit Präzisierungen.

schriebenen Sinne in Frage. Wenn also der Mieter den Vermieter bei der Kündigung behaftet, so kann dieser nicht einwenden, der Vertrag bestehe fort.

3. Wird ein an sich bestehendes Kündigungsrecht treuwidrig ausgeübt, so ist die Kündigung wirksam, wenn auch **anfechtbar** (Art. 271 OR; BGE 122 III 92 E. 2d, →mp 2/96 S. 113). S. Näheres unten in E./Ziff. 3.

E. Sonderfragen

1. Ist der Mieter verheiratet und handelt es sich bei der vermieteten Wohnung um die **Wohnung der Familie** i.S.v. Art. 266m OR, so haben sowohl die Nachfristansetzung mit Kündigungsandrohung (Art. 257d Abs. 1 OR) als auch die Kündigung bei ungenutztem Fristablauf (Art. 257d Abs. 2 OR) in gesonderten Schreiben an beide Ehegatten zu erfolgen (Art. 266n OR). Entsprechendes gilt, wenn der Mieter in eingetragener Partnerschaft lebt. Ein Verstoß gegen Art. 266n OR hat Nichtigkeit der Kündigung zur Folge (Art. 266o OR).

Dass der Vermieter verpflichtet ist, das Kündigungsschreiben dem Ehegatten (eingetragenen Partner) des Mieters separat zuzustellen, bedeutet nicht, dass es ihm persönlich ausgehändigt werden muss, vielmehr gelten hinsichtlich der Zustellung die allgemeinen Grundsätze der Empfangstheorie, ohne mietrechtliche Besonderheiten (BGE 118 II 42, →mp 2/93 S. 83). Demzufolge kann eine Zustellung an den Ehegatten des Mieters auch durch Zustellung an diesen erfolgen, soweit er nach den allgemeinen Grundsätzen als empfangszuständig anzusehen ist. Das ist der Fall, solange die Ehegatten gemeinsam in der Familienwohnung leben. Zieht einer vorübergehend aus, entfällt damit auch die Empfangszuständigkeit des andern (im Falle einer *definitiven* Aufhebung des gemeinsamen Haushalts wird Art. 266n OR unbeachtlich, damit auch das Erfordernis separater Zustellung).

Art. 266n OR ist auch dann zu beachten, wenn der Mieter sich erst nach Mietvertragsabschluss verheiratet (oder eine Partnerschaft eintragen lässt). Unkenntnis des Vermieters von der Heirat hindert die Anwendung der Bestimmung nicht (BGer 4C.441/2006, →mp 3/07, S. 155). Es ist daher dem Vermieter zu empfehlen, vor Einleitung des Kündigungsverfahrens entsprechende Abklärungen zu treffen.

2. **Art. 257d OR und Mieterstreckung.** Das grundsätzliche Recht des Mieters, eine Erstreckung des gekündigten Mietverhältnisses zu verlangen, wenn die Beendigung der Miete für ihn oder seine Familie eine durch die Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigende Härte zur Folge hätte (Art. 272 OR), besteht bei einer Kündigung nach Art. 257d OR nicht (Art. 272a Abs. 1 lit. a

OR)³⁸. Der Vermieter kann sich bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 257d OR selbst dann auf den Erstreckungsausschluss berufen, wenn er ordentlich statt ausserordentlich nach Art. 257d OR kündigt (BGE 117 II 415, →mp 1/92 S. 42). Daran kann er insbesondere dort interessiert sein, wo die ordentliche Kündigungsfrist – wie bei der Vermietung einzelner Zimmer (Art. 266e OR) – kürzer ist als die dreimonatige von Art. 257d OR.

Ein erstrecktes Mietverhältnis kann vom Vermieter nicht ordentlich gekündigt werden (Art. 272d OR e contrario), eine ausserordentliche Kündigung ist hingegen nicht ausgeschlossen³⁹. Die Erstreckung hindert also den Vermieter nicht daran, das Mietverhältnis nach Massgabe von Art. 257d OR aufzulösen, wenn der Mieter mit der Zahlung von Mietzinsen oder Nebenkosten in Verzug gerät.

3. **Art. 257d OR und Kündigungsschutz gemäss Art. 271 und 271a OR.** Nach Art. 271 Abs. 1 OR ist eine Kündigung anfechtbar, wenn sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst. Treuwidrig ist eine Kündigung insbesondere dann, wenn sie aus einem der in Art. 271a Abs. 1 lit. a-c und f OR erwähnten Gründe erfolgt (sachlicher Kündigungsschutz) oder wenn sie während einer Sperrfrist gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. d oder e OR ausgesprochen wird (zeitlicher Kündigungsschutz). Ausserordentliche Kündigungen wie jene von Art. 257d OR sind vom zeitlichen Kündigungsschutz ausgenommen (Art. 271a Abs. 3 OR)⁴⁰, nicht aber vom sachlichen (BGer 4A_634/2009

³⁸ Art. 272a Abs. 1 OR erwähnt noch weitere ausserordentliche Kündigungen, bei denen eine Erstreckung ausgeschlossen ist (lit. b-d). Die Aufzählung ist zwar nicht abschliessend (KOLLER, OR BT I [Fn 18], § 9 Rn 134), doch schliesst nicht jede ausserordentliche Kündigung eine Erstreckung aus (KOLLER, a.a.O.; BGE 4C.395/2006 [Kündigung aus wichtigem Grund, Art. 266g OR], →mp 1/08 S. 29).

³⁹ HULLIGER (Fn 13), S. 65; KOLLER, OR BT I (Fn 18), § 10 Rn 117.

⁴⁰ Der Satz, dass auch während einer Sperrfrist ausserordentlich gekündigt werden kann, ist in Art. 271a Abs. 3 OR nicht in dieser Allgemeinheit verankert. Vielmehr erwähnt die Bestimmung lediglich die im Gesetz ausdrücklich geregelten Tatbestände ausserordentlicher Kündigung (Art. 257d, 257f Abs. 3 und 4, 261, 266g und 266h OR), die Bestimmung ist jedoch zu verallgemeinern. Sie erfasst daher auch ungeschriebene Kündigungstatbestände, wie etwa die Kündigung wegen der Nichtablösung eines Bauhandwerkerpfandrechts (dazu oben I./B./Ziff. 2). Ein schönes Beispiel für eine zulässige ausserordentliche Kündigung während einer Sperrfrist findet sich in BGer, Pra 1998 Nr. 153 (der Entscheid betrifft allerdings nicht Art. 257d OR): Die Eheleute C waren seit 1968 Mieter einer Wohnung in Genf. Mit Erhöhungsanzeige vom 17. Juni 1994 gab die Vermieterin ihre Absicht bekannt, die Jahresmiete ab 1. Oktober 1994 auf Fr. 22 500.– zu erhöhen. Die Mieter fochten diese Erhöhung an. Noch bei laufendem Verfahren, also innert der Sperrfrist von Art. 271a Abs. 1 lit. d OR, kündigte die Vermieterin den Mietvertrag nach Art. 257f
→ → →

E. 2.2.2; 4A_361/2008 E. 2.3 = MRA 2009, S. 193 ff.). Sind freilich die Voraussetzungen für eine ausserordentliche Kündigung erfüllt, handelt der Kündigende mit gutem Grund und daher in aller Regel nicht treuwidrig. Nur ganz ausnahmsweise verhält es sich anders: wenn die Kündigung *offensichtlich* treuwidrig und damit rechtsmissbräuchlich i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB ist (BGE 120 II 31; 4C.173/2005⁴¹, →mp 3/06 S. 182).

In BGE 120 II 31 hat das Bundesgericht eine nach Art. 257d OR ausgesprochene Kündigung für treuwidrig erklärt, weil der Vermieter dem Mieter die Kündigung androhte, noch bevor er Gewissheit erlangt hatte, dass der geforderte Betrag tatsächlich geschuldet war.

4. Verlässt der Mieter das Mietobjekt trotz rechtswirksamer Zahlungsverzugs-kündigung nicht, so kann der Vermieter die **Ausweisung** im summarischen Verfahren verlangen, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist (Art. 257 ZPO; BGE 139 III 38 E. 2, →mp 2/13 S. 167)⁴². Andernfalls hat er – je nach Streitwert – das ordentliche oder vereinfachte Verfahren einzuschlagen (Art. 219 ff. bzw. Art. 243 ff. ZPO). Hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit ist zu beachten, dass in den Kantonen mit Handelsgericht dieses für die Ausweisung im summarischen Verfahren zuständig ist, falls die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 ZPO erfüllt sind (BGE 140 III 155 E. 4, →mp 2/14 S. 157)⁴³.

← ← ←

Abs. 3 OR wegen andauernder Lärmbelästigung durch die Eheleute C. Die Kündigung wurde von allen Instanzen für zulässig erachtet, weil einerseits die Voraussetzungen von Art. 257f Abs. 3 OR erfüllt waren und andererseits die Sperrfrist der Kündigung wegen Art. 271a Abs. 3 lit. c OR nicht entgegenstand.

- ⁴¹ Weitere Kasuistik und Beispiele bei **BLUMER**, SPR VII/3 (Fn 4), Rn 865 f.
- ⁴² S. im Einzelnen **TANNER MARTIN**, Die Ausweisung des Mieters im Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO unter besonderer Berücksichtigung der ausserordentlichen Kündigungen nach Art. 257d OR und Art. 257f OR, ZZZ 2010, S. 263–332.
- ⁴³ **SUTTER-SOMM THOMAS/LÖTSCHER CORDULA**, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, N 38 a.E. zu Art. 257 ZPO; **HULLIGER URBAN/MAAG ANDREAS**, Zur sachlichen Zuständigkeit der Handelsgerichte in mietrechtlichen Streitigkeiten – ein Zwischenbericht, MRA 2014, S. 103 ff., 112 unten/113.