



Kommentar zu: Urteil: [4A_393/2018](#) vom 20. Februar 2019
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Mietantritt für Übergang des Mietverhältnisses nicht notwendig

Autor / Autorin

Michael Lysakowski, Dario Galli, Markus Vischer

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

PETER & KIM
ATTORNEYS AT LAW

In seinem Urteil 4A_393/2018 vom 20. Februar 2019 entschied das Bundesgericht die in der Lehre kontrovers diskutierte Frage, ob für den Übergang des Mietverhältnisses gemäss Art. 261 Abs. 1 OR der Mietantritt bereits erfolgt sein muss. Es kam zum Ergebnis, dass bereits der Abschluss des Mietvertrags für den Übergang des Mietverhältnisses gestützt auf Art. 261 Abs. 1 OR ausreicht.

Sachverhalt

[1] Mit Mietvertrag vom 19. August 2010 (nachfolgend Mietvertrag) vermietete die B. AG (Beklagte und Beschwerdegegnerin, nachfolgend Verkäuferin) der A. GmbH (heute A. AG; Klägerin und Beschwerdeführerin, nachfolgend Mieterin) ein noch nicht bezugsberechtigtes Mietobjekt. Am 15. März 2013 unterzeichneten die Parteien einen Nachtrag 1 zum Mietvertrag (nachfolgend Nachtrag 1). Am 18. August 2013 verkaufte die Verkäuferin der C. AG (nachfolgend Käuferin) das fragliche Mietobjekt (Sachverhalt Teil A).

[2] Am 14. Februar 2014, d.h. nach dem Verkauf des fraglichen Mietobjekts an die Käuferin, wurde ein Nachtrag 2 zum Mietvertrag (nachfolgend Nachtrag 2) abgeschlossen. D., welcher damals für die Verkäuferin einzelzeichnungsberechtigt war, unterzeichnete den Nachtrag 2 – wie zuvor schon den Mietvertrag und den Nachtrag 1 – für eine als «Vermieterin» definierte Partei, nämlich die Verkäuferin. Im Gegensatz zum Mietvertrag und Nachtrag 1 fehlte auf dem Nachtrag 2 der Firmenstempel der Verkäuferin neben der Unterschrift von D. Zudem war die Mieterin noch unter der alten Gesellschaftsform (GmbH statt AG) auf dem Nachtrag 2 aufgeführt (Sachverhalt Teil B und E. 3.2 sowie 3.4.2 *in fine*).

[3] Am 14. April 2016 beehrte die Mieterin vor Handelsgericht des Kantons Zürich im Wesentlichen, die Verkäuferin sei zu verurteilen, ihr CHF 1'780'000 zzgl. Zins zu 5% zu bezahlen. Sie stützte sich auf den Nachtrag 2 und forderte die Zahlung einer Konventionalstrafe, die ihrer Ansicht nach wöchentlich seit Verzug der

Übergabe des Mietobjekts am 2. Juni 2015 angefallen war. Die Verkäuferin bestritt, passivlegitimiert zu sein, da der Nachtrag 2 richtig besehen nicht in ihrem, sondern im Namen der Käuferin unterschrieben worden sei, welche mit dem Erwerb des Mietobjekts gemäss Art. 261 Abs. 1 [OR](#) an die Stelle der Verkäuferin in das Mietverhältnis eingetreten sei. Das Handelsgericht wies die Klage mit Urteil [HG160080-O](#) vom 15. Mai 2018 mangels Passivlegitimation der Verkäuferin ab. Die hiergegen von der Mieterin erhobene Beschwerde in Zivilsachen wies das Bundesgericht ebenfalls ab (Sachverhalt Teile B und C sowie E. 4).

Erwägungen

A. Gesetzlicher Übergang noch nicht angetretener Mietverträge gemäss Art. 261 Abs. 1 OR

[4] Das Bundesgericht hielt fest, die bundesgerichtliche Rechtsprechung habe sich noch nicht im Einzelnen mit der Rechtsfrage auseinandergesetzt, ob ein nicht angetretenes Mietverhältnis nach Art. 261 Abs. 1 OR auf den Erwerber übergehen könne. In der Lehre sei die Frage umstritten (E. 2.3).

[5] Das Bundesgericht führte aus, dass nach den Erwägungen der Vorinstanz zum Wortlaut Art. 261 Abs. 1 OR in zeitlicher Hinsicht gemäss allen drei Sprachfassungen ab Abschluss des Vertrages anwendbar sei. Die Mieterin beanstandete diese Ausführung nicht. Hingegen wende sie ein, der Begriff «Mietverhältnis» beinhalte den Mietantritt. Mit diesem Argument übergehe die Mieterin jedoch, dass der Begriff «Mietverhältnis» in Art. 261 Abs. 1 OR nur als Rechtsfolge und nicht als Tatbestandsmerkmal verwendet werde (E. 2.4.1).

[6] Sodann fuhr das Bundesgericht mit einer historischen Auslegung fort. Die Vorinstanz habe gefolgert, Art. 261 OR setze nicht voraus, dass die Mieterin die Sache bereits in Besitz genommen habe. Die Vorinstanz habe zur Begründung insbesondere ausgeführt, dass die noch im ersten Vorentwurf enthaltene Wendung «nach der Übergabe der Sache» durch die heute geltende Formulierung «nach Abschluss des Mietvertrages» ersetzt worden sei. Die Mieterin habe eingewendet, der Passus sei nur gestrichen worden, weil die Übergabe der Sache bereits angesichts der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur alten Rechtslage als selbstverständlich gegolten habe. Das Bundesgericht verwarf dieses Argument mit der Begründung, dass es in der von der Mieterin zitierten Rechtsprechung nicht zur vorliegenden Rechtsfrage Stellung genommen habe (E. 2.4.2).

[7] Zum Zweck der Bestimmung habe die Vorinstanz zu Recht erwogen, dass der Gesetzgeber vor allem den Mieterschutz stärken wollte, indem er den Übergang des Mietverhältnisses *ipso iure* statuierte. Wie die Vorinstanz weiter zutreffend ausgeführt habe, sollte mit der Gesetzesrevision zudem generell das Vertrauen in den Bestand eines Dauerschuldverhältnisses gestärkt werden. Denn auch diejenige Mieterin, die zu Recht auf den Antritt des Mietverhältnisses vertraue, tätige regelmässig bereits entsprechende Dispositionen in Hinblick auf die Benutzung des Mietobjekts (E. 2.4.3).

[8] In Bezug auf die Gesetzessystematik habe die Vorinstanz, so das Bundesgericht, korrekterweise das von der Mieterin vorgebrachte und in der Lehre vertretene Argument verworfen, Art. 261 Abs. 2 OR mache «mit dem darin vorgesehenen Kündigungsrecht deutlich, dass der Mietantritt erfolgt sein muss, damit der Übergang der Rechte und Pflichten stattfindet». Diese Ansicht gründe, laut Bundesgericht, nämlich auf der falschen Prämisse, dass für die Kündigung nach Art. 261 Abs. 2 OR die Besitzübertragung oder der Mietantritt notwendig sei (E. 2.4.4).

[9] Das Bundesgericht hielt abschliessend fest, dass sich der Rechtsstandpunkt der Vorinstanz als zutreffend erwiesen habe. Folglich sei auch ihr Schluss nicht zu beanstanden, der zwischen den Parteien abgeschlossene Mietvertrag sei mit dem Verkauf des Mietobjekts auf die Käuferin übergegangen (E. 2.4.5).

B. Rechtsbindungswille der Verkäuferin

[10] Das Bundesgericht erinnerte daran, dass für das Zustandekommen und die Auslegung einer Vereinbarung zunächst massgebend sei, was die Parteien tatsächlich übereinstimmend gewollt hätten. Erst wenn der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien unbewiesen bleibe, seien die Erklärungen der Parteien aufgrund

des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (E. 3.1).

[11] Nach den Erwägungen der Vorinstanz seien sich die Parteien darüber einig gewesen, dass D. den Nachtrag 2 als Vertreter für eine als «Vermieter» bezeichnete Partei unterschrieben habe. Strittig sei indessen, wer vertreten worden sei. Die Verkäuferin sei zwar am Anfang des Dokuments als «Vermieter» definiert worden, doch sei kein Grund ersichtlich, weshalb sie sich durch den Vertreter zu einem Zeitpunkt, in welchem sie den Mietantritt gar nicht mehr hätte gewähren können, weiterhin als Vermieterin hätte verpflichten wollen. Da der Firmenstempel der Verkäuferin auf dem Nachtrag 2 fehle und die unterdessen geänderte Gesellschaftsform der Mieterin ebenso unbeachtet geblieben sei, sei die Nennung der Verkäuferin als «Vermieter» wohl darauf zurückzuführen, dass der Mietvertrag oder der Nachtrag 1 als Vorlage dienten. Dabei sei vergessen gegangen, die Vertragsparteien anzupassen. In der Folge habe die Vorinstanz die Passivlegitimation der Verkäuferin für allfällige Ansprüche verneint, die der Mieterin aufgrund des Nachtrags 2 zustehen sollten (E. 3.2).

[12] Das Bundesgericht hielt fest, die Vorinstanz habe nicht eindeutig erläutert, ob und inwieweit sie einen tatsächlichen oder einen rechtlichen Konsens bezüglich der behaupteten Verpflichtung der Verkäuferin durch den Nachtrag 2 verneint habe. So habe sie einerseits erwogen, ein übereinstimmender wirklicher Wille sei betreffend das Vertretungsverhältnis im Nachtrag 2 nicht behauptet worden, weshalb ein allfälliger rechtlicher Konsens zu bestimmen sei. Andererseits habe sie nach dieser (vermeintlich) objektivierten Auslegung insofern auf eine subjektive zurückgegriffen, als sie geschlossen habe, der Beweis der Vertretung der Verkäuferin sei gescheitert. Trotz dieser Unzulänglichkeiten sei der Entscheid, so das Bundesgericht, nicht aufzuheben, falls die Vorinstanz im Ergebnis willkürfrei und bundesrechtskonform sowohl einen entsprechenden tatsächlichen als auch rechtlichen Konsens verneinen konnte (E. 3.3).

[13] Nachdem das Mietverhältnis bereits vor Abschluss des Nachtrags 2 auf die Käuferin als neue Vermieterin übergegangen sei, hätte die Verkäuferin durch den Nachtrag 2 nur verpflichtet werden können, wenn dieser Nachtrag 2 eine eigenständige Verpflichtung darstellte. Hiervon sei, so das Bundesgericht, jedoch nicht auszugehen (E. 3.4).

[14] Gemäss Bundesgericht sei es naheliegend, dass die Vorinstanz den Mietvertrag mitsamt seinen Nachträgen als rechtliche Einheit betrachtet habe. Die Vorinstanz habe daher angesichts des von ihr festgestellten Inhalts zu Recht geschlossen, dass der Nachtrag 2 den Mietvertrag (mitsamt des Nachtrags 1) lediglich ergänze sowie abändere, mithin insoweit von ihm abhängig sei, als er einzig eine akzessorische Bedeutung habe. Jedenfalls greife laut Bundesgericht die gegenteilige Ansicht der Mieterin, der Nachtrag 2 sei als eigenständige Verpflichtung der Verkäuferin zuzuordnen zu kurz. Es erhelle nicht, weshalb die Verkäuferin einen neuen Mietvertrag hätte vereinbaren sollen, der parallel zum ursprünglichen und inzwischen auf die Käuferin übergegangenen Mietverhältnis bestünde; zumal sie ihre Hauptpflicht der Übergabe der Sache zum vereinbarten Zeitpunkt grundsätzlich von vornherein nicht hätte erfüllen können. Weshalb D. trotzdem die Verkäuferin hätte verpflichten wollen, zeige die Mieterin ebenfalls nicht auf und sei auch nicht ersichtlich (E. 3.4.1).

[15] Nachdem sich die Würdigung der Vorinstanz des Nachtrags 2 als Ergänzung bzw. Abänderung des Mietvertrags als zutreffend erwiesen habe, leuchte gemäss Bundesgericht auch der weitere Schluss ein, es sei der Mieterin insofern im Sinne von Art. 32 Abs. 2 OR gleichgültig gewesen, wen D. bei Unterzeichnung des Nachtrags 2 konkret vertreten habe, solange diese Person über das Mietobjekt als Vermieterin gültig disponieren konnte. Da die Mieterin auf dem Nachtrag 2 fälschlicherweise weiterhin als GmbH bezeichnet wurde und der noch auf dem Nachtrag 1 verwendete Firmenstempel der Verkäuferin neben der Unterschrift von D. fehle, sei es denn auch durchaus plausibel, dass die Verkäuferin im Nachtrag 2 nur infolge unsorgfältiger Übernahme beider Parteibezeichnungen vom Nachtrag 1 weiterhin am Anfang des Dokuments als «Vermieter» aufgeführt wurde. Dass D. den Mietvertrag sowie den Nachtrag 1 unterzeichnete und gemäss Handelsregister für die Verkäuferin einzelzeichnungsberechtigt sei, vermöge ebenfalls keine Bundesrechtsverletzung zu begründen. Denn entgegen dem, was die Mieterin zu unterstellen versuche, verdränge eine gesellschaftsrechtliche Zeichnungsberechtigung

immerhin nicht die Möglichkeit, ebenso eine andere (juristische) Person nach den Grundsätzen von Art. 32 ff. OR zu vertreten (E. 3.4.2).

[16] Laut Bundesgericht könne im Übrigen dahin gestellt bleiben, ob die Vorinstanz den Nachtrag 2 zutreffend der Käuferin zugeordnet habe. Massgebend sei einzig, dass die Vorinstanz willkürfrei schliessen konnte, ein tatsächlicher Konsens betreffend die Vertretung der Verkäuferin sei unbewiesen geblieben, und ihr auch keine Bundesrechtsverletzung vorgeworfen werden könne, wenn sie einen rechtlichen Konsens als nicht bestimmbar erachtete. Denn dass D. die Verkäuferin mit Nachtrag 2 verpflichten wollte, habe die Mieterin angesichts der gesamten Umstände nach Treu und Glauben nicht annehmen können. Demnach habe die Vorinstanz zu Recht die Passivlegitimation der Verkäuferin bezüglich allfälliger aus dem Nachtrag 2 erwachsener Ansprüche verneint (E. 3.4.3).

Kurzkommentar

A. Gesetzlicher Übergang noch nicht angetretener Mietverträge gemäss Art. 261 Abs. 1 OR

[17] Im besprochenen Urteil hat das Bundesgericht die seit jeher in der Lehre (s. die Nachweise in E. 2.3) umstrittene Frage entschieden, ob auch noch nicht angetretene Mietverhältnisse *ex lege* mit dem Eigentum am Mietobjekt auf den Erwerber übergehen. Das Bundesgericht legte Art. 261 Abs. 1 OR lehrbuchmässig aus und folgerte u.E. zu Recht, dass auch abgeschlossene, aber noch nicht angetretene Mietverträge auf den Erwerber des Mietobjekts übergehen. Das gegenteilige Auslegungsergebnis würde nämlich zu praktischen Problemen führen:

- Der *vormalige Eigentümer* könnte den Mietvertrag nicht mehr erfüllen und wäre ggf. mit Schadenersatzansprüchen des Mieters konfrontiert.
- Der *Mieter* – welcher darauf vertraut, dass er das Mietobjekt beziehen kann – müsste mit dem neuen Eigentümer Vertragsverhandlungen führen und einen neuen Mietvertrag abschliessen. Im ungünstigsten Fall könnten sich der Mieter und der neue Eigentümer nicht einigen, weswegen der Mieter ein neues Mietobjekt suchen müsste.
- Der *neue Eigentümer* könnte vor dem Kauf des Mietobjekts die Mietzinseinnahmen abgeschlossener, aber noch nicht angetretener Mietverhältnisse im Rahmen der *Financial Due Diligence* nicht berücksichtigen, was zu einer tieferen Bewertung des Verkaufsobjekts führen dürfte. Zudem müsste der neue Eigentümer mit all diesen Mietern Vertragsverhandlungen führen, was zeit- und kostspielig wäre.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass für alle drei beteiligten Parteien eine erhebliche Rechtsunsicherheit bestünde, wenn noch nicht angetretene Mietverhältnisse nicht auf den Erwerber übergängen. Deswegen ist es sachgerecht, dass auch abgeschlossene, aber noch nicht angetretene Mietverhältnisse kraft Art. 261 Abs. 1 OR auf den Erwerber des Mietobjekts übergehen.

B. Rechtsbindungswille der Verkäuferin

[18] Zu entscheiden hatte das Bundesgericht im referierten Urteil weiter die Frage, wer neben der Mieterin durch den Nachtrag 2 verpflichtet worden war. Sowohl die Vorinstanz als auch das Bundesgericht kamen mit einem richterlichen Kunstgriff zum Schluss, dass D. den Nachtrag 2 nicht im Namen der Verkäuferin abgeschlossen hatte und die Verkäuferin daher mangels Passivlegitimation nicht die im Nachtrag 2 vereinbarte und von der Mieterin geforderte Konventionalstrafe zahlen müsse. Wen D. anstelle der Verkäuferin durch den Nachtrag 2 verpflichtet hatte, liess das Bundesgericht – im Gegensatz zur Vorinstanz, welche davon ausging, dass die Käuferin verpflichtet worden war (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich [HG160080-O](#) vom 15. Mai 2018 E. 6.1) – offen (E. 3.4.3).

[19] Diese Meinung des Bundesgerichts überzeugt u.E. nicht. Vorzuziehen ist vielmehr die Auffassung der Vorinstanz: Richtig besehen wurde entweder die Verkäuferin oder die Käuferin durch den Nachtrag 2 verpflichtet. Es ist nicht einzusehen, wer denn sonst durch den Nachtrag 2 hätte verpflichtet werden sollen.

[20] Nichtsdestotrotz ist das Urteil im Ergebnis korrekt. Allerdings sind u.E. die Erwägungen der beiden mit der Sache befassten Gerichte lebensfremd. Es überzeugt nicht, dass D., welcher damals für die Verkäuferin einzelzeichnungsberechtigt war, nicht die Verkäuferin, sondern die Käuferin oder sonst jemanden vertreten wollte. Vielmehr ist nach hier vertretener Auffassung davon auszugehen, dass D. die Verkäuferin vertreten wollte, weil diese wohl fälschlicherweise davon ausging, dass das nicht angetretene Mietverhältnis noch nicht auf die Käuferin übergegangen war. Richtigerweise hätte die Verkäuferin daher Grundlagenirrtum plädieren und nicht ihre Passivlegitimation bestreiten müssen. Damit wäre auch das aus Sicht der Mieterin stossende Ergebnis gemildert worden. Im Falle der erfolgreichen Geltendmachung des Grundlagenirrtums wäre die Verkäuferin nämlich ggf. nach Massgabe von Art. 26 OR zum Schadenersatz verpflichtet gewesen. Zudem würde durch das Dahinfallen des Nachtrags 2 verhindert, dass die Käuferin, obwohl sie evtl. keine Kenntnis vom Nachtrag 2 (und der darin vereinbarten Konventionalstrafe) hatte, in einem Folgeprozess ggf. zur Bezahlung der Konventionalstrafe verpflichtet würde.

MLaw MICHAEL LYSAKOWSKI, Substitut, Walder Wyss AG.

MLaw DARIO GALLI, Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Dr. iur. MARKUS VISCHER, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Zitiervorschlag: Michael Lysakowski / Dario Galli / Markus Vischer, Mietantritt für Übergang des Mietverhältnisses nicht notwendig, in: dRSK, publiziert am 3. Oktober 2019

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

weblaw.ch