2.7.2. Obligationenrecht – Besonderer Teil – allgemein/Droit des obligations – Partie spéciale – en général

2.7.2.3. Miete, Pacht/Bail à loyer, bail à ferme

BGer 4A_39/2019: Mietrecht, Kündigung nach Art. 257f Abs. 3 OR

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_39/2019 vom 23. Juli 2019, A. *gegen* M.Z., Vorzeitige Kündigung infolge Verletzung der Verpflichtung zum persönlichen Gebrauch der Mietwohnung (Art. 257f Abs. 3 OR).



Markus Vischer*

I. Sachverhalt

Am 21. Januar 2014 schloss M.Z. als Mieter einen unbefristeten Mietvertrag mit A. als Vermieter über eine 2½-Zimmer-Wohnung in Marin-Epagnier. Der schriftliche Mietvertrag enthielt keine explizite Verpflichtung des Mieters zum persönlichen Gebrauch der Mietwohnung.

Am 30. Oktober 2015 erfuhr der Vermieter, dass zwei weitere Personen die Mietwohnung bewohnten. Auf sein Ersuchen hin erklärte der Mieter, dass die Mietwohnung seit 1. Juli 2015 nur von einer Person, nämlich seiner Tochter C.Z., bewohnt werde. Er bezahle aber nach wie vor die Miete, weil seine Tochter noch in der Lehre sei. Bei der zweiten Person müsse es sich um den Freund der Tochter handeln, welcher diese ab und zu besuche. Nachdem der Vermieter auch festgestellt hatte, dass der Mieter über eine andere Adresse verfügte, setzte der Vermieter dem Mieter eine Frist an, um die Wohnung zur persönlichen Bewohnung zurückzunehmen, und drohte ihm andernfalls die Kündigung an. Diese Kündigung erfolgte am 15. September 2016 mit Wirkung auf den 31. Oktober 2016.

Der Mieter gelangte daraufhin an das zuständige Gericht, welches am 25. November 2016 die Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit der Kündigung feststellte. Eine Berufung gegen diesen Entscheid wurde von der kantonalen Oberinstanz mit Urteil vom 30. November 2018 abgewiesen, woraufhin die Vermieterin mit zivilrechtlicher Beschwerde an das Bundesgericht gelangte.

II. Begründung

Das Bundesgericht hielt fest, dass Art. 257f Abs. 3 OR insbesondere dann anwendbar sei, wenn der Mieter seinen vertraglichen Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem Gebrauch der Mietsache nicht nachkomme. Nach seiner Rechtsprechung könnten die Parteien den Inhalt des Mietvertrags aufgrund der Vertragsfreiheit innerhalb der Schranken des Rechts (Art. 19 Abs. 1 OR) frei festlegen. In diesem Sinne werde der zulässige Gebrauch der Mietsache durch die Vereinbarung der Parteien festgelegt, ob diese Vereinbarung nun ausdrücklich oder stillschweigend sei. Wenn der Gebrauch sich nicht klar aus dem Mietvertrag ergebe, kämen die allgemeinen vertraglichen Auslegungsregeln zum Zug (E. 3.1).

Nach der Lehre beinhalte der normale Gebrauch einer Mietwohnung das Recht des Mieters, seinen Ehepartner, seinen Partner, seinen Konkubinatspartner, seine Kinder und weitere nachstehende Personen, wie z.B. Freunde, zu beherbergen. Eine solche Beherbergung sei weder Untermiete noch Gebrauchsleihe. Bezüglich Beherbergung von Kindern ergebe sich dies aus Art. 276 Abs. 1 ZGB und nach deren Volljährigkeit aus Art. 277 Abs. 2 ZGB (E. 4.3).

Im konkreten Fall liege die Beherbergung der Tochter deshalb im Rahmen des normalen Gebrauchs. Eine unzulässige Untermiete und auch eine unzulässige Gebrauchsleihe, auf welche letztlich die Regeln über die Untermiete analog anwendbar wären, lägen nicht vor. Der Vermieter könne deshalb Art. 257f Abs. 3 OR nicht anrufen (E. 4.2 und 4.4).

Unter diesen Umständen müsse nicht geprüft werden, ob aufgrund einer Vertragsauslegung eine Vereinbarung vorliege, wonach der Mieter eine Verpflichtung zum persönlichen Gebrauch der Mietwohnung habe. Die Situation möge sich nach Abschluss der Ausbildung und ab finanzieller Selbstständigkeit der Tochter anders darstellen. Die Beschwerde sei deshalb abzuweisen (E. 5 und 6).

III. Bemerkungen

BGer 4A_39/2019 vom 23. Juli 2019 ist ein Bundesgerichtsurteil, das den Leser etwas sprachlos zurücklässt und deshalb zur Kategorie derjenigen Urteile gehört, die unter die Rubrik «Wenn mir Mon-Repos die Ruhe raubt …»[1] fallen. Das Urteil beginnt zwar mit der korrekten Feststellung,

* Markus Vischer, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG, Zürich.

[1] Thomas Koller, Wenn mir Mon-Repos die Ruhe raubt …, Bemerkungen zu methodisch problematischem Judizieren des Bundesgerichts im Mietrecht, Jusletter vom 3.2.2014; s.a. Thomas Koller, Spieglein, Spieglein an der Wand – Oder: Gedanken zum Umgang mit dem Ärger über höchstrichterliches Ungenügen, Jusletter vom 15.9.2014, zum Heilmittel bei geraubter Ruhe.

dass die Parteien aufgrund der Vertragsfreiheit innerhalb der gesetzlichen Schranken den Inhalt des Mietvertrags und damit auch den zulässigen Gebrauch der Mietsache vertraglich bestimmen können, endet aber nach Ausführungen zur elterlichen Unterhaltspflicht aufgrund von Art. 276 Abs. 1 ZGB und Art. 277 Abs. 2 ZGB in einem Rückwärtssalto bei der Feststellung, es müsse im konkreten Fall nicht geprüft werden, was die Parteien bezüglich des zulässigen Gebrauchs der Mietsache vereinbart hätten. Das ist methodisch problematisches Judizieren des Bundesgerichts, um es gelinde auszudrücken, wie es auch schon von anderer Seite im Bereich des Mietrechts gerügt wurde.[2] Damit soll nicht gesagt werden, dass das Urteil im Resultat notwendigerweise falsch ist. Nur hätte dieses Resultat methodisch sauber und stringent hergeleitet werden müssen. Der Weg dazu hätte z.B. folgender sein können:

Schritt 1 (Verpflichtung zum persönlichen Gebrauch?): Weil der zulässige Gebrauch einer Mietsache grundsätzlich durch Parteivereinbarung bestimmt wird,[3] ist im konkreten Fall als Erstes zu prüfen, ob eine Verpflichtung des Mieters zum persönlichen Gebrauch der Mietwohnung vereinbart wurde (und ob der persönliche Gebrauch der Tochter nach der Parteivereinbarung allenfalls ein persönlicher Gebrauch des abwesenden Mieters ist). Diese Frage ist nach den allgemeinen Vertragsauslegungsregeln zu beantworten,[4] allerdings entgegen dem Bundesgericht im konkreten Fall[5] nicht nur, wenn der Vertrag (bzw. sein Wortlaut) unklar ist.[6] Das bedeutet nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, dass subjektiv-objektiv vorzugehen ist:[7] Zuerst ist der wirkliche Wille der Parteien und alsdann, wenn dies nicht möglich ist, der hypothetische Wille der Parteien bezüglich des Gebrauchs der Mietwohnung zu eruieren.[8] Daran ändert Art. 256 OR nichts, weil auch der «vorausgesetzte Gebrauch» gemäss dieser Bestimmung auf nichts anderes als den Parteiwillen verweist.[9] Es kann aufgrund fehlender genügender Kenntnisse des Sachverhalts im konkreten Fall nicht beurteilt werden, ob eine Verpflichtung des Mieters zum persönlichen Gebrauch der Mietwohnung vereinbart wurde (und auch nicht, ob der persönliche Gebrauch der Tochter nach der Parteivereinbarung ein persönlicher Gebrauch des abwesenden Mieters war).

Schritt 2a (Bei Bejahung einer im konkreten Fall verletzten Verpflichtung zum persönlichen Gebrauch): Ist eine Verpflichtung des Mieters zum persönlichen Gebrauch der Mietwohnung zu bejahen (und wurde sie verletzt), ist zu prüfen, ob eine Verpflichtung des Mieters zum persönlichen Gebrauch der Mietwohnung innerhalb der Schranken des Rechts wie insbesondere Art. 19/20 OR und Art. 27 ZGB gültig vereinbart werden kann. Die Frage der zulässigen Gebrauchsvereinbarungen im Mietrecht, also z.B. Verbote bzw. Gebote in Bezug auf die Belegung (z.B. gleichgeschlechtliche Paare, Konkubinatspaare, Kinder, Haustiere), persönliches Verhalten (z.B. Rauchen, Alkohol- und Drogenkonsum, Musizieren, Essen [z.B. keine Fleischesser], Kleider [z.B. keine Burkas]), geschäftliches Verhalten (z.B. Konkurrenztätigkeit, Gebrauchspflicht, Öffnungszeiten), Ausstattung (z.B. keine Kruzifixe) etc.,[10] ist heikel und ihre Beantwortung dem dauernden gesellschaftlichen Wandel unterworfen.[11] Nach der hier vertretenen Auffassung ist eine Verpflichtung des Mieters zum persönlichen Gebrauch einer Mietwohnung grundsätzlich gültig, hält also vor den Schranken des Rechts grundsätzlich stand.[12] Eine andere Frage ist, ob es zulässig ist, eine Beherbergung von unterhaltsberechtigten Kindern bei Abwesenheit des Mieters oder gar eine Mitbeherbergung von unterhaltsberechtigten Kindern bei Anwesenheit des Mieters auszuschliessen. Diese Frage ist nach der hier vertretenen Auffassung bei der zweiten Untervariante je nach Konstellation, z.B. bei minderjährigen Kindern, eher zu verneinen. Sie ist aber v.a. in der ersten Untervariante nicht per se zu verneinen.[13]

---

2 Koller, Jusletter vom 3.2.2014 (FN 1).

3 So wie erwähnt korrekt BGer, 4A_39/2019, 23.7.2019, E. 3.1.

4 So grundsätzlich korrekt BGer, 4A_39/2019, 23.7.2019, E. 3.1.

5 BGer, 4A_39/2019, 23.7.2019, E. 3.1.

6 Korrekt z.B. BGE 136 III 186 E. 3.2.1; zur Ablehnung der sogenannten «Eindeutigkeitsregel» z.B. auch Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. A., Zürich/Basel/Genf 2014, N 1221.

7 Zur Kritik dieser Rechtsprechung z.B. Markus Vischer, Der Mängelbegriff im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht, recht 2015, 1 ff., 2, Fn 12; s.a. Dario Galli/Michael Kündig/Markus Vischer, «Schiedsgutachterklauseln» in M&A-Verträgen, GesKR 2018, 424 ff., 430, Fn 75 m.w.H., insbesondere m.H. auf Christoph Müller, in: Regina E. Aebi-Müller/Christoph Müller (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018, Art. 18 OR N 70 ff.; s. neuerdings auch Christoph Brunner, in: Christoph Brunner/Dario Galli/Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2018, Jusletter vom 11.11.2019, N 42, 55 und 86 f.

8 Z.B. Vischer (FN 7), 2.

9 Dazu ausführlich z.B. Vischer (FN 7), 4 f. i.V.m. 1 ff.

10 Zu diesen Beispielen Vischer (FN 7), 8 f.

11 Bezüglich Sittenwidrigkeit nach Art. 19/20 OR z.B. Claire Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2019, N 412.

12 So implizit auch BGE 136 III 186 E. 3.2.1.

13 S. im Übrigen auch BGer, 4A_39/2019, 23.7.2019, E. 5, wo das Bundesgericht festhält, dass sich die Fragestellung bezüglich der Tochter verändern mag, «lorsque l'enfant aura terminé sa formation et sera indépendante financiérement».

Schritt 2b (Bei Verneinung einer gültigen Verpflichtung zum persönlichen Gebrauch): Ist eine Verpflichtung des Mieters zum persönlichen Gebrauch der Mietwohnung zu verneinen oder ist sie nicht gültig, ist in einem *ersten Unterschritt* zu prüfen, ob der Tochter gemäss Parteivereinbarung im Mietvertrag ein Gebrauchsrecht bei Abwesenheit des Mieters eingeräumt wurde (und ob ein allfälliger Ausschluss des Gebrauchsrechts innerhalb der Schranken des Rechts gültig vereinbart werden kann). Die Frage ist nicht zu verwechseln mit der (üblicherweise aufgrund der Parteivereinbarung zu bejahenden)[14] Frage nach dem Gebrauchsrecht von engsten Familienmitgliedern und so auch einer Tochter des Mieters bei Anwesenheit des Mieters (und mit der Frage, ob ein solches Gebrauchsrecht innerhalb der Schranken des Rechts gültig ausgeschlossen werden kann).[15] Aufgrund fehlender genügender Kenntnisse des Sachverhalts kann diese Frage im konkreten Fall nicht beurteilt werden. Ist die Frage zu verneinen, ist in einem *zweiten Unterschritt* zu prüfen, ob eine unzulässige Untermiete vorlag. Eine im Verhältnis Vermieter–Mieter unzulässige «Untermiete» kann auch dann vorliegen, wenn das Rechtsverhältnis zwischen Mieter und Drittem kein (Unter-) Mietvertrag, sondern eine Gebrauchsleihe[16] oder eine Beherbergung[17] ist. Eine im Verhältnis Vermieter–Mieter unzulässige «Untermiete» kann aber auch vorliegen, wenn im Verhältnis Mieter–Dritter ein anderes Rechtsverhältnis als ein Miet-, Gebrauchsleihe- oder ein Beherbergungsvertrag, also wie im vorliegenden Fall z.B. ein durch das Familienrecht, insbesondere Art. 277 Abs. 2 ZGB, bestimmtes Rechtsverhältnis, vorliegt.[18] Denn Vermieter und Mieter sind durch den Mietvertrag gebunden, auf welchen Miet- und nicht Familienrecht zur Anwendung kommt, weshalb das im Verhältnis Mieter–Dritter geltende Familienrecht die Anwendung des Untermietrechts im Verhältnis Vermieter–Mieter nicht ausschliessen kann. Aufgrund fehlender genügender Kenntnisse des Sachverhalts kann im konkreten Fall nicht beurteilt werden, ob im Resultat eine unzulässige Untermiete (aufgrund direkter oder analoger Anwendung) vorlag. Die Frage ist angesichts des wohl zeitlich befristeten Charakters des Arrangements zwischen dem Mieter und seiner Tochter eher zu verneinen.[19]

Konklusion: Ein Vorgehen des Vermieters nach Art. 257f Abs. 3 OR ist konkret nur in zwei Fällen zu rechtfertigen: Wenn *erstens* eine Verpflichtung des Mieters zum persönlichen Gebrauch gültig vereinbart und diese verletzt wurde. Oder wenn *zweitens,* bei Verneinung einer gültigen Verpflichtung des Mieters zum persönlichen Gebrauch und bei Verneinung eines Gebrauchsrechts der Tochter, eine unzulässige Untermiete vorlag. In beiden Fällen müssten allerdings noch die weiteren Voraussetzungen von Art. 257f Abs. 3 OR (z.B. Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses, vorgängige Fristansetzung) erfüllt sein. Um also zu «seinem» Resultat zu gelangen, hätte das Bundesgericht ausführen können, (a) der Mieter habe zwar eine Verpflichtung zum persönlichen Gebrauch, der Gebrauch der Tochter in Abwesenheit des Mieters sei aber ein solcher persönlicher Gebrauch, (b) der Mieter habe zwar eine Verpflichtung zum persönlichen Gebrauch, aber diese Verpflichtung sei ungültig, (c) der Mieter habe keine Verpflichtung zum persönlichen Gebrauch und die Tochter habe ein Gebrauchsrecht an der Mietwohnung (evtl. auch, weil ein Ausschluss des Gebrauchsrechts ungültig sei), (d) der Mieter habe keine Verpflichtung zum persönlichen Gebrauch und es liege im Verhältnis Vermieter–Mieter in Bezug auf die Tochter eine zulässige Untermiete vor, oder (e) weitere Voraussetzungen von Art. 257f Abs. 3 OR seien nicht erfüllt.

---

14 S.a. Florian Rohrer, in: Das Schweizerische Mietrecht, Kommentar, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. SVIT-Rohrer), Art. 262 OR N 4; Michel Bise/Aurélie Planas, in: François Bohnet/Blaise Carron/Marino Montini (Hrsg.), Droit du bail à loyer et à ferme, 2. A., Basel 2017, Art. 262 OR N 16a.

15 Dies verneinend z.B. Peter Higi/Anton Bühlmann/Christoph Wildisen, Zürcher Kommentar, Art. 253–265 OR, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2019 (zit. ZK-Higi/Bühlmann/Wildisen), Art. 262 OR N 11.

16 So korrekt BGer, 4A_39/2019, 23.7.2019, E. 4.2; gl.M. Alfred Koller, Rechtsbehelfe des Mieters bei Wegfall des Mietbedarfs, AJP 2018, 209 ff., 212, Fn 32; BSK OR I-Weber, Art. 262 N 2, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015; noch a.M. BGE 136 III 186 E. 3.2.3; a.M. Irène Spirig, Grundsätze der Untermiete und Airbnb, mp 2015, 1 ff., 4; a.M. wohl auch ZK-Higi/Bühlmann/Wildisen (FN 15), Art. 262 OR N 12.

17 Gl.M. Spirig (FN 16), 6; s.a. BGer, 4A_518/2014, 19.11.2014, bezüglich der Anwendung von Art. 262 OR auf alle Arten entgeltlicher Gebrauchsüberlassungsverträge zwischen Mieter und Dritten; s.a. Markus Vischer, Zivilrechtliche Schranken der Wohnungsvermietung über Airbnb, AJP 2017, 478 ff., 488 f. zur Anwendung von Art. 262 OR auf «Airbnb-Verhältnisse» zwischen Mieter und Dritten.

18 Gl.M. SVIT-Rohrer (FN 14), Art. 262 OR N 4, bezüglich entfernter Verwandter, Haushaltshilfen und Konkubinatspartner; a.M. BGer, 4A_39/2019, 23.7.2019, E. 4.4; Koller (FN 16), AJP 2018, 212, Fn 32; Spirig (FN 16), 6 f.

19 S. zur unzulässigen «ewigen» Untermiete z.B. BGer, 4A_39/2019, 23.7.2019, E. 4.1; BGE 138 III 59 E. 2.2.1; BGE 134 III 446 E. 2.2.