Universität Zürich[UZH]

Masterthese

zur Erlangung des

Master of Advanced Studies in Real Estate

Die Untermiete (Art. 262 OR): Eine gesetzliche Bürde für den Vermieter?

Verfasser: Philipp Käser

Burstwiesenstrasse 56, 8055 Zürich

pkaeser@gmx.ch, 078 870 75 35

Eingereicht bei: Dr. iur. Thomas Wetzel

Abgabedatum: 12. August 2011

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis ..... **IV**

Abbildungsverzeichnis ..... **VI**

Executive Summary ..... **VII**

1 Einleitung **1**

2 Grundlagen und juristische Terminologie (Art. 262 OR) **1**

2.1 Der Begriff der Untermiete 2

2.2 Der Begriff der Miete 3

2.3 Die Vertragsparteien 3

2.3.1 Der Vermieter 3

2.3.2 Der Mieter 4

2.4 Das Mietobjekt 4

2.4.1 Der Sachenbegriff nach dem Zivilgesetzbuch 5

2.4.2 Differenzierungen des Sachenbegriffs im Mietrecht 5

2.4.3 Der Raumbegriff im Sinne des Mietrechts 6

2.4.3.1 Der Wohnraum 6

2.4.3.2 Der Geschäftsraum 7

2.4.3.3 Übrige Räume und andere unbewegliche Sachen 7

2.5 Formvorschriften 8

2.6 Abgrenzungen zu verwandten Rechtsinstituten 8

2.6.1 Pacht (Art. 275 ff. OR) 8

2.6.2 Gebrauchsleihe (Art. 305 OR ff.) 9

2.6.3 Unentgeltliche Aufnahme Dritter 9

2.6.4 Gastaufnahmevertrag 10

2.6.5 Raummiete mit Dienstleistungen 11

2.6.6 Gemeinsamer Mietvertrag 11

2.6.7 Abtretung der Miete nach Art. 263 OR 11

3 Die Entstehung der Untermiete **13**

3.1 Umfang der Untermiete 13

3.2 Dauer des Untermietverhältnisses 14

3.3 Aufklärungspflicht des Mieters 15

3.4 Rechtsmissbräuchliche und treuewidrige Untermiete 16

3.4.1 Krasses Missverhältnis der Interessen 16

3.4.2 Zweckwidrige Verwendung der Untermiete 17

3.4.3 Untermiete ohne sachlich ausreichendes Interesse 17

3.4.4 Rechtsfolge 18

4 Die Zustimmung zur Untermiete 18
4.1 Einzelheiten zur Zustimmung 18
4.1.1 Form 18
4.1.2 Frist 19
4.1.3 Inhalt und Umfang einer Zustimmung 20
4.1.4 Wirkung der Zustimmung 22
4.1.5 Widerruf 22
4.2 Die Gründe für eine Zustimmungsverweigerung 23
4.2.1 Verweigerung der Bekanntgabe der Bedingungen (Art. 262 Abs. 2 lit. a OR) 23
4.2.2 Missbräuchlichkeit der Bedingungen der Untermiete (Art. 262 Abs. 2 lit. b OR) 25
4.2.2.1 Missbräuchlichkeit trotz Mehrleistung des Mieters 26
4.2.2.2 Missbräuchlickeit bei teilweiser Untermiete eines Mietobjekts 27
4.2.2.3 Missbräuchliche, gewinnorientierte Untermiete 28
4.2.3 Nachteile für den Vermieter (Art. 262 Abs. 2 lit. c OR) 29
4.2.3.1 Widerspruch in Bezug auf den Verwendungszweck 30
4.2.3.2 Widerspruch in Bezug auf Gebrauchs- und Vertragsmodalitäten 30
4.2.3.3 Widerspruch in Bezug auf die Anforderungen an den (Unter-) Mieter 31

5 Wirkungen der Untermiete 32
5.1 Bei Zustimmung des Vermieters zur Untermiete 32
5.1.1 Wirkung zwischen Mieter und Vermieter 32
5.1.2 Wirkung zwischen Mieter und Untermieter 33
5.1.3 Wirkung zwischen Vermieter und Untermieter 34
5.2 Bei fehlender Zustimmung des Vermieters zur Untermiete 36
5.2.1 Wirkung zwischen Vermieter und Mieter 36
5.2.1.1 Untermiete ohne Zustimmung des Vermieters 36
5.2.1.2 Untermiete trotz berechtigter Verweigerung 37
5.2.1.3 Untermiete trotz unberechtigter Verweigerung 37
5.2.2 Wirkung zwischen Mieter und Untermieter 38
5.2.2.1 Untermiete ohne Zustimmung des Vermieters 38
5.2.2.2 Untermiete trotz berechtigter Verweigerung 39
5.2.2.3 Untermiete trotz unberechtigter Verweigerung 39
5.2.3 Wirkung zwischen Vermieter und Untermieter 39
5.2.3.1 Untermiete ohne Zustimmung des Vermieters 39
5.2.3.2 Untermiete trotz berechtigter Verweigerung 40
5.2.3.3 Untermiete trotz unberechtigter Verweigerung 40

6 Möglichkeiten des Vermieters zur Beendigung eines Untermietverhältnisses und allfällige Schadenersatzansprüche bei der Rückgabe 40
6.1 Ordentliche Kündigung des Hauptmietverhältnisses 41
6.2 Ausserordentliche Kündigung des Hauptmietverhältnisses 42
6.2.1 Voraussetzung nach Art. 257f OR 43
6.2.2 Gerichtspraxis 44
6.2.3 Risiken einer ausserordentlichen Kündigung 44
6.3 Widerruf der Zustimmung zur Untermiete 45
6.4 Ausweisung des Untermieters durch den Vermieter 46
6.4.1 Ausweisung nach beendigtem Hauptmietverhältnis 46
6.4.2 Ausweisung bei ungekündigtem Hauptmietverhältnis 46
6.5 Klage auf Beendigung der Untermiete 47
6.6 Schadenersatzansprüche bei Rückgabe des Mietobjekts 47
6.6.1 Mögliche Ansprüche gegenüber dem Mieter 48
6.6.2 Mögliche Ansprüche gegenüber dem Untermieter 49

7 Die Untermiete in der Praxis 49
7.1 Auf Untermiete basierende Geschäftsmodelle 50
7.1.1 Kurzfristige Untermiete von möblierten Wohnungen während Messen und anderen Grossveranstaltungen 50
7.1.2 Zwischennutzungen mit befristeten Untermieten z. B. bis Beginn umfassender Renovationsarbeiten bzw. Realisierung eines Neubauprojekts 51
7.1.3 Vermittlung von Untermietangeboten 51
7.1.4 Mittelfristige Untervermietung im Hinblick auf einen Verkauf 52
7.2 Untermietvertragsklauseln in Musterverträgen 53
7.2.1 Mustervertrag aus dem Buch Vertragsvorlagen von Streiff/ Pellegrini/von Kaenel 53
7.2.2 Mustervertrag des Hauseigentümerverbandes 53
7.2.3 Mustervertrag des SVIT beider Basel 54
7.2.4 Entwicklung einer Standardklausel 55

8 Schlussbemerkungen 56
Anhang 61
Literaturverzeichnis 63
Materialienverzeichnis 67

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
BBl	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichtes (amtliche Sammlung)
DdB	Droit du Bail (Neuchâtel)
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
HEV	Hauseigentümerverband
i. S. (v.)	im Sinne (von)
lit.	litera (Buchstabe)
MP	Mietrechtspraxis (Zürich)
MRA	MietRecht Aktuell (Zürich)
M & W	Mieten und Wohnen (Zürich)
MV	Mieterverband
N	Note (Randnote, Randziffer)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
OR	BG betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (mit den seitherigen Änderungen; SR 220)
PartG	BG über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 18. Juni 2004 (Partnerschaftsgesetz, SR 211.231)
Pra	Die Praxis (Basel)
SJ	La Semaine judiciare (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (mit den seitherigen Änderungen, SR 311.0)

SVIT	Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft
TA	Tages-Anzeiger (Zürich)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (mit den seitherigen Änderungen, SR 210)

Im allgemeinen Sprachgebrauch übliche Abkürzungen, welche in offiziellen Nachschlagewerken (u. a. Duden) aufgeführt werden, wurden gemäss der Wegleitung für das Verfassen einer Masterthese der Studienkommission des Master of Advanced Studies in Real Estate nicht im Abkürzungsverzeichnis aufgenommen.

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1 Vertragsverhältnisse bei Untermiete, S. 2

Abbildung 2 Mietrechtliche Unterscheidung des Sachenbegriffs, S. 5, vgl. SVIT 2008 S. 7-8 N 17

Abbildung 3 Startseite für Vermietungsinteressenten bei Basellodging, S. 61, vgl. http://www.basellodging.ch/de/vorteile.php [abgerufen am 31.7.2011]

Abbildung 4 Die Mietervorteile bei einer Untermiete aus Sicht von Basellodging, S. 62, vgl. http://www.basellodging.ch/de/vorteile.php [abgerufen am 31.7.2011]

Executive Summary

Das Mietrecht räumt dem Mieter grundsätzlich das Recht ein, sein Mietobjekt einem Dritten, dem Untermieter, weiterzuvermieten. Die wichtigsten gesetzlichen Regelungen dazu finden sich in Art. 262 OR, welche die betroffenen Vertragsparteien beachten müssen.

Der Vermieter kann einer Untermiete nur gestützt auf die gesetzlich abschliessend definierten Gründen seine Zustimmung verweigern (Art. 262 Abs. 2 OR), ansonsten ist er verpflichtet, dem Gesuch des Mieters um Zustimmung zur Untermiete zu entsprechen.

Obwohl drei Parteien bei einem Untermietverhältnis involviert sind (da ein Miet- und ein Untermietverhältnis vorliegt), besteht kein Vertragsverhältnis zwischen dem Vermieter und dem Untermieter.

Wie die Analyse der Gerichtspraxis ergeben hat, wird der die Untermiete regelnde Art. 262 OR (wie auch die übrigen mietrechtlichen Bestimmungen) tendenziell mieterfreundlich ausgelegt.

Durch diese Auslegung der Untermietklausel durch die Judikation bestehen juristische Stolpersteine für den Vermieter. Im praktischen Teil der Arbeit wird deshalb eine mögliche Standardklausel für die Untermiete ausgearbeitet. Sie regelt die Untermiete ausführlich und hat zum Ziel, dass der Mieter weiss, was gesetzlich und vertraglich zulässig ist und er sich entsprechend verhalten kann und muss. Die vorgeschlagene, eingehende Regelung ist nicht nur eine Hilfe für den Mieter, sondern dient demnach auch dem Vermieter, da der Zustimmungsprozess beschleunigt und optimiert werden kann.

In den Schlussbemerkungen werden Empfehlungen für den Vermieter formuliert, welche sich aus der Auseinandersetzung mit dem Thema ergeben.

Der Vermieter soll für das Thema „Untermiete“ sensibilisiert werden. Ihm wird ein proaktives Vorgehen empfohlen, da die gesetzlich zwingende Bestimmung der Untermiete nicht wegbedungen werden kann.

1 Einleitung

Untermiete ist ein Rechtskonstrukt, welches unterschiedliche Assoziationen weckt. Für die Einen bedeutet es nur eine gesetzlich verordnete, mühsame Bürde, für Andere hingegen ein von Gesetzes wegen dem Mieter zustehendes und für diesen extensiv auszulegendes Recht.

Die heute geltende gesetzliche Formulierung trat am 1. Juli 1990 in Kraft. Es handelt sich demnach um einen Gesetzesartikel eher jüngeren Datums. Trotz der offenbaren Verbreitung in der Praxis hat sich die Lehre diesem Thema kaum gewidmet.

Die vorliegende Arbeit wird sich der in der Zwischenzeit entstandenen Rechtsprechung und der damit einhergehenden Auseinandersetzung in der Lehre annehmen.

Im ersten Teil der Arbeit werden die zentralen Gesetzesbestimmungen betreffend die Untermiete analysiert: Was beabsichtigte der Gesetzgeber? Wie wird die Regelung von den Gerichten heute ausgelegt? Sind die richterlichen Entscheide im Einklang mit den Auslegungen durch die Lehre? Zur Untersuchung des Gesetzestextes gehören des Weiteren die Abgrenzungen zu rechtsverwandten Rechtsinstituten.

Der zweite Teil ist praxisorientiert. Zuerst wird auf bestehende, auf Untermiete basierende Geschäftsmodelle eingegangen. Danach werden Musterverträge u. a. von Interessenverbänden analysiert.

Gestützt auf den ersten, theoretischen Teil sowie die Analyse dieser Standardverträge wird schliesslich eine mögliche, allgemeingültige Mustervertragsklausel für die Untermiete formuliert und Empfehlungen für den Vermieter ausgearbeitet.

Die Arbeit beabsichtigt, dem Leser einen aktuellen Überblick über das Thema Untermiete zu geben, indem einerseits auf das geschriebene Gesetz, auf die aktuellen Lehrmeinungen der Jurisprudenz sowie auch auf die bis zum heutigen Datum ergangene Rechtsprechung eingegangen wird. Zudem soll die Masterthesis den Vermieter für die Thematik sensibilisieren und ihm Stolpersteine in der Praxis sowie deren Beseitigung aufzeigen.

2 Grundlagen und juristische Terminologie (Art. 262 OR)

Um eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Thematik Untermiete zu ermöglichen, werden zu Beginn verschiedene juristische Begriffe genauer erläutert. In einem weiteren Schritt werden die Abgrenzungen zu verwandten Rechtsinstituten aufgezeigt.

2.1 Der Begriff der Untermiete

Das Gesetz definiert den Begriff der Untermiete nicht umfassend und genau, sondern erwähnt ihn lediglich punktuell in den Bestimmungen von Art. 262 OR, Art. 268 OR sowie 273b OR.[1] Der Gesetzgeber ging vermutlich von der Annahme aus, dass die den drei genannten Artikeln vorangehenden Artikel zur Miete im Allgemeinen zusammen mit der Definition der Miete in Art. 253 OR ausreichend aussagekräftig für die Untermiete sind.

Wie der Begriff der Untermiete bereits andeutet, bestehen bei ihr zwei Vertragsverhältnisse – ein Haupt- und ein Untervertrag. Letzterer bedingt zwingend Ersteren und richtet sich inhaltlich nach diesem aus. Daraus resultiert faktisch eine Vertragskette.[2]

Sowohl der Haupt- wie auch der Untervertrag müssen von der rechtlichen Qualifikation ein Mietvertrag sein, damit von einer Untermiete gesprochen werden und die Regelungen derselben zur Anwendung gelangen können.

Wie später noch aufgezeigt wird, ist es jedoch nicht notwendig, dass das Mietobjekt der Untermiete vom Umfang her identisch ist mit dem Mietobjekt des Hauptvertrages.[3]

Vertragsparteien bei einem Untermietverhältnis sind einerseits der Untervermieter, welcher im Hauptmietverhältnis mit dem Vermieter selber Mieter ist sowie andererseits der Untermieter. Der (Haupt-) Vermieter hat mit dem Untermieter kein direktes Vertragsverhältnis.

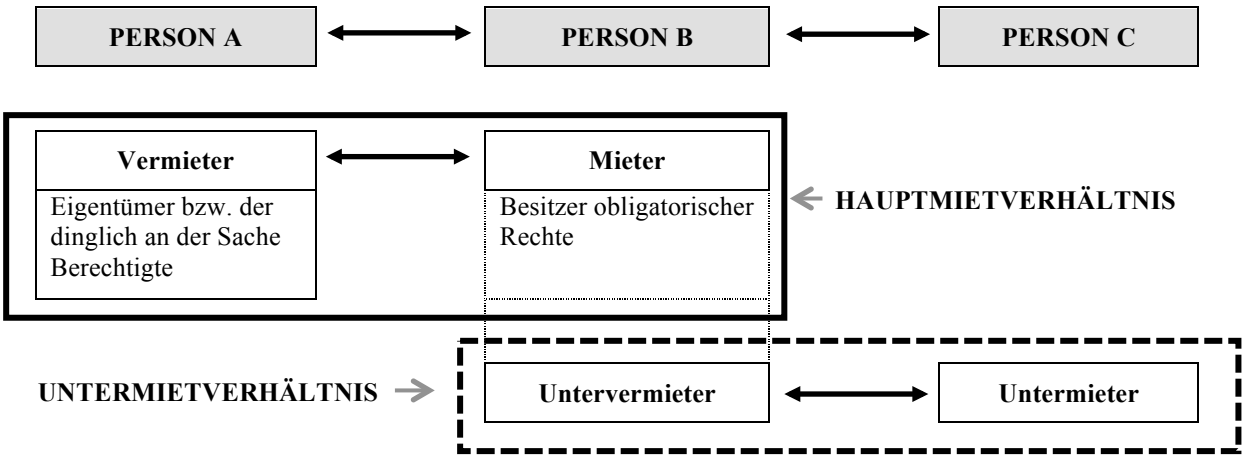

Abb. 1: Vertragsverhältnisse bei Untermiete

Aus der vorangehenden graphischen Darstellung wird ersichtlich, dass ein Mieter dem Untermieter nicht mehr Gebrauchsrechte weitergeben kann, als ihm der Hauptvermieter

1 MRA 2008 S. 131
2 Cerutti 1990 S. 4 N. 9-10 und S. 6 N 19-21
3 Vgl. dazu Kapitel 3

vertraglich zusteht. Versprechen kann er weiterreichende Rechte dennoch, auch wenn er seine Versprechungen dann unter Umständen nicht halten kann.
Der Untermieter kann – theoretisch betrachtet – ebenfalls erneut als Vermieter auftreten und das gemietete Objekt an eine weitere Person „unter-untervermieten".
Zusammenfassend lässt sich die Untermiete wie folgt definieren: *„Untermiete ist ein Mietverhältnis i. S. v. Art. 253 ff. OR zwischen dem Mieter und dem Untermieter, welches zwar unabhängig vom Hauptmietverhältnis besteht, jedoch auf letzterem basiert."*[4]
Da es sich bei der Untermiete um die Miete einer gemieteten Sache handelt, soll als nächstes die Miete eingehender betrachtet und definiert werden.

2.2 Der Begriff der Miete

In Art. 257 OR ist die Legaldefinition für den Begriff der Miete festgehalten. Darin werden die zentralen Elemente der Miete aufgezählt und die Vertragsparteien genannt:
Der Vermieter verpflichtet sich, dem Mieter gegen Entrichtung eines Mietzinses eine Sache zum Gebrauch für eine bestimmte oder unbestimmte Zeit zu überlassen.
Ein Mietvertrag kommt zustande, wenn sich die Vertragsparteien über die wesentlichen Vertragspunkte (essentalia negotii) geeinigt haben. Dafür müssen sich die Vertragsparteien mindestens über das zum Gebrauch zu überlassende Mietobjekt und über den Mietzins einig sein.[5] Eine Einigung über die Dauer des Mietverhältnisses ist jedoch nicht nötig. Treffen die Parteien keine Regelung, so geht das Gesetz gemäss Art. 255 Abs. 3 OR von einer unbefristeten Mietdauer aus.
Der Mietzins ist das vom Mieter zu entrichtende Entgelt für die Überlassung der Sache zum Gebrauch. Die Entschädigung kann monetärer Natur sein oder auch in Form von Sachleistung erfolgen. Wird jedoch kein Mietzins vereinbart, liegt kein Mietvertrag vor, sondern eine Gebrauchsleihe (Art. 305 ff. OR). Die Entgeltlichkeit ist ein zentrales Abgrenzungskriterium zu anderen Rechtsinstituten.

2.3 Die Vertragsparteien

Am Rechtsverhältnis der Miete sind nach Art. 253 OR zwei Parteien beteiligt. Diese werden im Gesetz als Mieter und Vermieter bezeichnet.

2.3.1 Der Vermieter

Der Vermieter stellt das Mietobjekt zur Verfügung. Er muss dafür nicht notwendigerweise auch der Eigentümer der Sache sein. Die Verfügungsberechtigung über das Miet-

[4] Vgl. dazu Lachat/Stoll/Brunner 2009 N 23/2.1
[5] Higi 1994 S. 86 N 32 zu Art. 253 OR

objekt kann bspw. kraft eines dinglichen Rechts (Nutzniessung nach Art. 745 ff. ZGB) oder auch kraft einer besonderen obligatorischen Rechtsbeziehung (Untermiete) bestehen. Häufig erfolgt die Vermietung durch Liegenschaftsverwaltungen, welche in vielen Fällen nicht Eigentümer sind, aber im Rahmen eines Auftrages (Art. 394 ff. OR) die im Zusammenhang mit dem Mietobjekt bestehenden Interessen des Eigentümers wahrnehmen.

Als Vermieter können sowohl natürliche als auch juristische Personen einen Mietvertrag abschliessen. Auch eine rechtsfähige Personengesellschaft kann als Vermieter auftreten, während eine einfache Gesellschaft infolge fehlender Rechtspersönlichkeit keine rechtliche Verpflichtung eingehen kann.[6] Schliesslich kann jede öffentlich-rechtliche Körperschaft und Anstalt (z. B. Kanton Basel-Stadt, Basler Verkehrsbetriebe) sowie jede Handelsgesellschaft (in Form einer Kollektiv- und Kommanditgesellschaft) Vermieter sein.[7]

Der Vermieter kann eine Einzelperson sein oder aus einer Mehrzahl von Personen bestehen.

2.3.2 Der Mieter

Der Mieter kann als Vertragspartei die im Mietvertrag festgehaltenen Rechte ausüben, muss aber im Gegenzug die vertraglichen Pflichten erfüllen. Sein Hauptrecht besteht im Gebrauch des Mietobjekts, während seine Hauptpflicht das fristgerechte Bezahlen des Mietzinses ist.

Als Mieter können die gleichen wie unter 2.3.1 aufgeführten Personen mit einer Rechtspersönlichkeit vertragliche Verpflichtungen eingehen (weswegen eine Personengemeinschaft deshalb auch nicht Mieter sein kann).

Die mieterseitige Vertragspartei kann ebenfalls aus einer Mehrzahl von Personen bestehen (Mitmieter). Für letztere bedeutet dies, dass sie neben den Rechten des Mieters auch dessen Pflichten haben. Sie haften solidarisch gegenüber dem Vermieter.

Ehegatten respektive eingetragenen gleichgeschlechtlichen Partnern räumt das Gesetz einige ausdrückliche Rechte ein, obwohl sie nicht Vertragspartei sind.[8]

2.4 Das Mietobjekt

Gegenstand der Miete kann alles sein, was eine Sache ist, wobei der Begriff der Sache im Obligationenrecht nicht definiert wird. Die Lehre beschreibt Sachen als *„unpersönli-*

---

[6] Lachat/Stoll/Brunner 2009 N 2/1.2.1

[7] Vgl. u. a. Higi 1994 S. 26 N 99 zu Vorbemerkungen zum 8. Titel, SVIT 2008 S. 5 N 9

[8] Bspw. muss der Vermieter bei der Kündigung der Familienwohnung die Kündigung auch dem Ehegatten zukommen lassen (Art. 266n OR).

che, körperliche, für sich bestehende Gegenstände, die der menschlichen Herrschaft unterworfen werden können."[9]

2.4.1 Der Sachenbegriff nach dem Zivilgesetzbuch

Das Zivilgesetzbuch unterscheidet in Bezug auf den Sachenbegriff zwischen beweglichen (Art. 713 ff. ZGB) und unbeweglichen Sachen (Art. 655 ff. ZGB). Erstere sind nicht fest mit dem Boden verbunden und deren räumliche Lage kann ohne Substanzverlust beliebig geändert werden.[10] Unbewegliche Sachen hingegen sind mit dem Boden fest verbundene Gegenstände.

Das Zivilgesetzbuch kennt auch die Konstruktion der Fahrnisbauten (Art. 676 ZGB). Sie stellt eine Mischung zwischen beweglichen und unbeweglichen Bauten dar. Es handelt sich dabei um Bauten, welche ohne Absicht bleibender Verbindung auf fremdem Boden errichtet werden und nicht ins Eigentum des Grundeigentümers übergehen.

2.4.2 Differenzierungen des Sachenbegriffs im Mietrecht

Das Mietrecht orientiert sich nicht – wie man etwa erwarten könnte – an der Einteilung nach dem Zivilgesetzbuch, sondern macht zusätzliche Unterscheidungen respektive erwähnt diese in Gesetzesartikeln im Obligationenrecht speziell.

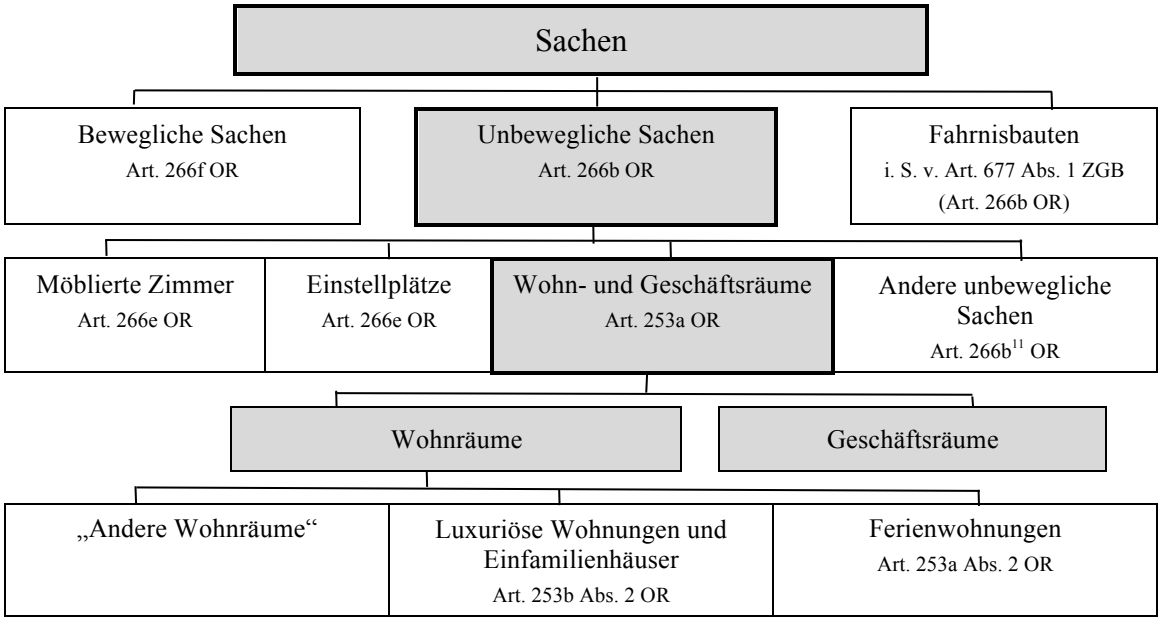

Abb. 2: Mietrechtliche Unterscheidung des Sachenbegriffs

---

9 Schmid/Hürlimann-Kaup 2009 S. 1 N 4

10 Nef/Roberto 1995 S. 29

11 Es handelt sich hierbei eigentlich nur um eine negative Definition. Unter diese Kategorie fällt alles Unbewegliche, welches nicht unter die anderen gesetzlichen Kategorien subsumiert werden kann. Vgl. SVIT 2008 S. 31 N 18

Grundsätzlich haben die Mietrechtsbestimmungen für alle Mietverhältnisse Geltung, ausser die entsprechenden Bestimmungen schränken die Anwendbarkeit ein oder es handelt sich explizit um spezielle Regelungen.
Die vorliegende Arbeit konzentriert sich auf die unbeweglichen Sachen als Mietobjekte und im Besonderen auf Wohn- und Geschäftsräume. Aus diesem Grund soll als nächster Schritt der Raumbegriff umschrieben werden.

2.4.3 Der Raumbegriff im Sinne des Mietrechts

Unter Raum im Sinne des Mietrechts wird grundsätzlich jede durch Wände horizontal und durch Decken und Boden vertikal abgeschlossene Einheit verstanden.[12] Eine Einheit kann aus einem oder mehreren Räumen bestehen und möbliert oder unmöbliert sein und sie besteht für eine gewisse Dauer.
Die bundesgerichtliche Praxis legt den Begriff weit aus. So qualifizierten die Bundesrichter Autowaschboxen als Raum, obwohl diese nicht gegen alle Seiten geschlossen waren. Sie erwähnten jedoch im gleichen Urteil, dass unüberbaute Flächen und bloss ebenerdige Anlagen nicht unter diesen Begriff fallen.[13]
Für das Mietrecht ist zentral, für welche Art von Nutzungen die Räume eingesetzt werden, da je nach Nutzung unter Umständen Bestimmungen für Wohn- und Geschäftsräume gelten oder nicht.
Ob sich ein Mietvertrag auf einen Wohn- oder Geschäftsraum bezieht, bestimmt sich nicht anhand der baulichen Ausgestaltung der Räume oder der tatsächlichen Nutzung durch den Mieter, sondern nach dem zwischen den Parteien vertraglich vereinbarten Gebrauchszweck.[14]
Im Folgenden wird auf die drei wichtigsten Kategorien der unbeweglichen Sachen eingegangen: Wohnraum, Geschäftsraum und andere unbewegliche Sachen.

2.4.3.1 Der Wohnraum

Die Botschaft für die Revision des Mietrechts im Jahr 1985 definiert Räume als Wohnräume, welche zum Wohnen gemietet werden.[15] Ausformuliert bedeutet dies, dass die Räume für einen dauernden Aufenthalt von Personen geeignet sein müssen. Sie müssen geschlossen sein und dem Mieter eine gewisse Privatsphäre bieten.[16] Eine minimale Ausstattung wie Schlaf- und Kochstelle, sanitäre Einrichtungen – sei es auch nur zur

[12] Higi 1994 S. 98 N 8 zu Art. 253a-253b OR
[13] Vgl. BGE 124 III 111, E. 2b und 2c
[14] Weber 2007 N 4 zu Art. 253a/253b OR
[15] Botschaft 1985 S. 1421
[16] Lachat/Stoll/Brunner 2009 N 4/4.2.1

Mitbenutzung – sowie Beheizung und Stromversorgung werden ebenfalls vorausgesetzt.[17]

Beim Begriff des Wohnraums hat der Gesetzgeber weitere Untergruppen gebildet. Er erwähnt namentlich Einfamilienhäuser, luxuriöse Wohnungen[18] sowie Ferienwohnungen[19]. E contrario ergibt sich durch die Bezeichnung dieser drei Untergruppen eine Gruppe, welche sämtliche anderen Formen von Wohnräumen umfasst.

Diese Untergruppen spielen im Mietrecht insofern eine Rolle, als Einfamilienhäuser und luxuriöse Wohnungen vollständig und Ferienwohnungen teilweise vom Schutz der missbräuchlichen Mietzinsen (Art. 269-270e OR) gemäss Art. 2 VMWG ausgenommen sind.[20] Die übrigen Bestimmungen des Mietrechts, insbesondere auch die Regelung über die Untermiete nach Art. 262 OR, sind jedoch auch für diese Vertragsobjekte anwendbar.

2.4.3.2 Der Geschäftsraum

Auch im Falle der Geschäftsräume unterlässt es der Gesetzgeber, im Gesetz den Begriff zu definieren. In der Botschaft zum Gesetz werden unter Geschäftsräume *„die Räumlichkeiten, die dem Betrieb eines Gewerbes oder der Ausübung einer beruflichen Tätigkeit dienen (Büros, Werkstätten, Magazine und Lagerräume)“* erwähnt.[21]

Das Bundesgericht versteht unter Geschäftsraum *„jeden Raum, der tatsächlich dazu beiträgt, dass der Mieter seine Persönlichkeit in privater oder wirtschaftlicher Hinsicht entfalten kann.“*[22] Diese sehr breit gefasste Definition wird in der Lehre zu Recht kritisiert, da faktisch jede Tätigkeit darunter fallen kann. Sogar Tätigkeiten, welche einem ideellen oder nicht wirtschaftlichen Zweck folgen, können eine Geschäftstätigkeit i. w. S. darstellen.[23]

Liegt eine gemischte Nutzung (Wohn- und Geschäftsraum) vor, ist auf den überwiegenden Gebrauchszweck der Mietsache abzustellen.[24]

2.4.3.3 Übrige Räume und andere unbewegliche Sachen

Da das Gesetz sich auf die Definition von Wohn- und Geschäftsräumen beschränkt, muss es e contrario eine dritte Gruppe geben, welche die übrigen Räume umfasst.

---

17 SVIT 2008 S. 34 N 5
18 Vgl. dazu Art. 253b Abs. 2 OR
19 Vgl. dazu Art. 253a Abs. 2 OR
20 Weber 2007 N 6 zu Art. 253a/253b OR
21 Botschaft 1985 S. 1421
22 U. a. BGE 113 II 406
23 Lachat/Stoll/Brunner 2009 N4/4.3.1
24 SVIT 2008 S. 38 N 10

Fehlt einer unbeweglichen Sache die Raumeigenschaft, so ist sie zur gesetzlichen Kategorie der anderen unbeweglichen Sachen zu zählen.

2.5 Formvorschriften

Mietverträge bedürfen keiner speziellen Form: Sie können grundsätzlich auch formlos oder durch konkludentes Verhalten der Vertragsparteien entstehen. Die Parteien können jedoch auch Schriftlichkeit vereinbaren (Art. 16 OR). Bei Wohnungsmieten ist der schriftliche Vertragsabschluss üblich.[25]

Bezüglich der Ausübung der Gestaltungsrechte für Wohnräume bestehen asymmetrische Formvorschriften[26] wie folgt: Für den Vermieter ist die Verwendung eines bestimmten Formulars zwingend. Für den Mieter hingegen reicht selbst bei der Kündigung einfache Schriftlichkeit.[27]

In einigen Kantonen ist der Vermieter darüber hinaus verpflichtet, für die Vermietung von Wohnungen ein Formular i. S. v. Art. 269d Abs. 1 OR zu verwenden.

2.6 Abgrenzungen zu verwandten Rechtsinstituten

2.6.1 Pacht (Art. 275 ff. OR)

Die Pacht, insbesondere die nicht landwirtschaftliche,[28] ist dasjenige Rechtsinstitut, welches mit der Miete die meisten Ähnlichkeiten aufweist. Eine Unterscheidung gestaltet sich deshalb nicht immer einfach.

Die Hauptunterschiede bestehen bezüglich der Objekte sowie deren Nutzung.

Während Mietobjekte ausschliesslich Sachen sein können, ist eine Pacht sowohl an einer Sache als auch an einem Recht möglich. Voraussetzung für eine Pacht ist die wirtschaftliche Nutzbarkeit des Objekts,[29] da das Objekt nicht nur gebraucht werden darf, sondern damit auch Erträge erzielt werden dürfen. Bei einem Mietobjekt hingegen wird nur ein Gebrauchsrecht eingeräumt. Die Mietsache als solche ist unproduktiv.[30]

Obwohl das Pachtrecht dem Mietrecht in vielen Teilen angeglichen ist, gibt es einige wichtige Unterschiede wie z. B. die einjährige Mindestdauer eines Pachtverhältnisses.[31]

---

25 Guhl/Koller 2000 S. 407 N 16
26 Bspw. Mietzinserhöhung Art. 269d OR
27 Vgl. Art. 266l Abs. 1 OR
28 Für die landwirtschaftliche Pacht gilt das Bundesgesetz vom 4. Oktober 1985 über die landwirtschaftliche Pacht (LPG, SR 221.213.2).
29 Walter 2008 S. 903 N 2
30 Lachat/Stoll/Brunner 2009 N 2/2.1
31 SVIT 2008 S. 12 N 27

2.6.2 Gebrauchsleihe (Art. 305 OR ff.)

Bei der Gebrauchsleihe wird eine unbewegliche oder bewegliche Sache unentgeltlich zum Gebrauch überlassen. Der Benutzer darf die Sache nicht nur gebrauchen, sondern kommt auch in den Genuss eines allfälligen Nutzens und allfälliger Erträge an der Sache. Wenn die vertragliche Übertragung einer Sache unentgeltlich erfolgt, ist immer von einer Gebrauchsleihe und nicht von einer Miete auszugehen.[32]

Die Unentgeltlichkeit ist nicht mehr gegeben, wenn der vermeintliche Gebrauchsleiher allfällige Reparaturen und Unterhaltsarbeiten auf eigene Kosten durchführen muss und die Kosten über die blosse Erhaltung der Sache hinausgehen.[33] Dasselbe gilt, wenn er für den Gebrauch der Sache eine monetäre und / oder nicht-monetäre Gegenleistung erbringt.

Überlässt ein Mieter ein Objekt zur Gebrauchsleihe, so fällt dies gemäss Bundesgericht nicht unter die Bestimmungen der Untermiete.[34] Es stellt sich jedoch die berechtigte Frage, ob eine dauernde Gebrauchsleihe die Interessen des Vermieters nicht gleichermassen tangiert wie bei einer Untermiete, weshalb die Gebrauchsleihe analog zu letzterer durch den Vermieter zu genehmigen wäre.[35]

2.6.3 Unentgeltliche Aufnahme Dritter

Bei der unentgeltlichen Aufnahme hält sich eine Drittperson auf Zeit im Mietobjekt auf. Als Beispiele seien die unentgeltliche Aufnahme von Gästen oder sonstigen Personen auf Zeit sowie die temporäre Aufnahme von Familienmitgliedern erwähnt.

Nimmt ein Mieter Dritte unentgeltlich auf, so überlässt er im Unterschied zur Gebrauchsleihe das Mietobjekt Dritten nicht zur vollständigen Nutzung, sondern er nutzt es auch selber weiterhin.

Die Beobachter HelpOnline zählt in ihrem Merkblatt auch die Aufnahme des Ehepartners zur unentgeltlichen Aufnahme.[36] Ein Teil der Lehre geht sogar noch weiter und nimmt selbst dann eine Gebrauchsleihe an, wenn ein Konkubinatspartner in der Wohnung wohnt und im Innenverhältnis – d. h. unter den Konkubinatspartnern – eine Beteiligung des Mietzinses erfolgt.[37]

Die Aufnahme kann von unterschiedlicher Dauer sein. Erfolgt sie nur für wenige Tage oder Wochen, so haben Mieter und Dritte oft gar nicht die Absicht, ein Vertragsverhält-

---

[32] MRA 2010 S. 203
[33] SVIT S. 12-13 N 29
[34] BGE 136 III 186
[35] MRA 2010 S. 204-205. Higi vertritt die Meinung, dass der Vermieter sogar ein unbeschränktes Verweigerungsrecht haben muss. Vgl. Higi 1994 S. 658 N 12 zu Art. 262 OR
[36] Beobachter 2009 S. 1
[37] Montini/Wahlen 2008 S. 149

nis einzugehen. Handelt es sich um eine längerfristige oder dauernde Aufnahme, so entsteht faktisch ein Zustand, welcher einer Gebrauchsleihe entspricht. Da dadurch aber die Interessen des Eigentümers tangiert sein könnten, fragt es sich, ob aus diesem Grund nicht die Bestimmungen der Untermiete (Art. 262 OR) analog anzuwenden sind.

Die Lehre ist hierzu geteilter Meinung. Ein Teil vertritt die Ansicht, dass die Anwendung von Art. 262 OR zwingend sei. Die unentgeltliche Aufnahme vom Vermieter müsse zwar genehmigt werden, aber eine Verweigerung sei nach Art. 262 OR zulässig.[38] Aus dieser Argumentation ergibt sich, dass eine Vertragsklausel, welche die Benutzung der Wohnung einzig durch den Mieter vorschreibt, wegen des zwingenden Charakters von Art. 262 OR nicht erlaubt wäre.[39] Nach anderer Lehrmeinung ist sowohl ein allgemeiner als auch fallweiser Ausschluss einer unentgeltlichen Aufnahme möglich.[40]

Meines Erachtens will der Gesetzgeber mit Art. 262 OR gerade verhindern, dass die Untermiete per se ausgeschlossen werden kann. Aus diesem Grund würde bspw. bei einer Wohnungsmiete eine vertraglich festgehaltene Beschränkung auf den Mieter als einzige Person gerichtlich wohl nicht standhalten (sofern nicht eine Überbelegung resultieren würde), da dadurch auch das gesetzlich nicht zulässige Verbot der Untermiete umgangen werden könnte.

2.6.4 Gastaufnahmevertrag

Beim Gastaufnahmevertrag verpflichtet sich der Gastwirt u. a. dazu, dem Gast die vereinbarten Unterkunfts- und Nebenräume zu überlassen, einen angemessenen Service zu gewähren und die Räumlichkeiten in Stand zu halten.[41]

Der Vertrag stellt somit eine Kombination von Bewirtungs- und Beherbergungsvertrag dar.[42] Es handelt sich um einen Innominatvertrag, da er keinem gesetzlich geregelten Vertragstyp entspricht, sondern verschiedene Elemente gesetzlich geregelter Verträge (Auftrag, Kauf- und Mietvertrag) aufweist.

Im Unterschied zur Miete betrifft der Schwerpunkt der Bestimmungen nicht mietrechtliche Benützungsrechte, sondern andere Dienstleistungen. Aus diesem Grund sind die mietrechtlichen Bestimmungen nicht anwendbar.[43]

---

[38] Bzgl. Verweigerung nach Art. 262 OR vgl. dazu Kapitel 4.2
[39] Vgl. dazu Heinrich 1999 S. 55-58
[40] Higi 1994 S. 658 N 11 zu Art. 262 OR
[41] Vgl. Urteil des Bezirksgericht Schwyz vom 7. November 1996 (Nr. 1125), E. 1
[42] Bisang 2010 S. 249
[43] SVIT 2008 S. 18 N 42

2.6.5 Raummiete mit Dienstleistungen

Vom Gastaufnahmevertrag ist die Raummiete mit Dienstleistungen zu unterscheiden. Als mögliches Mietobjekt kommt bspw. eine Wohnung mit Concierge-Dienstleistungen in Frage. Der Hauptbestandteil eines solchen Vertrages ist die Raummiete, während die Dienstleistungen nur (atypische) Nebenleistungen darstellen. Der Vertrag unterliegt deshalb den mietrechtlichen Bestimmungen. Was das Dienstleistungsangebot betrifft, gelangen u. a. die Regeln des Auftragsrechts zur Anwendung.[44]

2.6.6 Gemeinsamer Mietvertrag

Von einem gemeinsamen Mietvertrag wird gesprochen, wenn mehr als eine Person Mieter ist. Der Mitmieter unterzeichnet einen allfälligen Mietvertrag mit. Dies hat zur Folge, dass die Mieter gegenüber dem Vermieter gemeinsam handeln und auch das Vertragsverhältnis nur gemeinsam beenden können.

Ein Mitmieter hat demnach die gleichen Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag wie der Mieter und haftet solidarisch für die gesamte Miete.

Der Vermieter seinerseits muss, mit Ausnahme der monetären Forderungen, seine Forderungen und Gestaltungsrechte immer gegenüber sämtlichen Mitmietern aussprechen.[45]

2.6.7 Abtretung der Miete nach Art. 263 OR

Der Mieter von Geschäftsräumen kann das Mietverhältnis mit schriftlicher Zustimmung des Vermieters auf einen Dritten übertragen, d. h. die mieterseitige Vertragspartei wird durch eine andere ersetzt. Der Gesetzgeber beschränkte diese Möglichkeit auf Geschäftsräume, da er vom Fall ausging, dass ein Mieter nur an einer Abtretung Interesse haben werde, wenn mit der Miete auch noch Werte (bspw. Kundschaft) übertragen werden können.[46] Er dachte somit vorwiegend an die Übernahme und Fortführung bestehender Unternehmen. Für die anderen Mietverhältnisse gelten die allgemeinen Bestimmungen nach Art. 164 ff. OR.[47]

Die Übertragung des Mietverhältnisses spielt vorwiegend bei den befristeten Verträgen oder bei Verträgen mit Mindestlaufzeit eine Rolle, da bei einem unbefristeten Vertragsverhältnis nach Art. 266d OR in einer Frist von sechs Monaten auf einen ortsüblichen

---

[44] Bisang 2010 S. 248-249

[45] Vgl. Merkblatt für Mieterinnen und Mieter, Gemeinsam Wohnen und Untermiete, Zürich 2011; Bezugsquelle: www.mieterverband.ch [abgerufen am 31.7.2011]

[46] Botschaft 1985 S. 1443

[47] Für sämtliche Mietverhältnisse besteht zudem die Möglichkeit der vorzeitigen Rückgabe des Mietobjektes nach Art. 264 OR.

Termin oder, wenn kein Ortsgebrauch existiert, auf das Ende einer dreimonatigen Mietdauer gekündigt werden kann.[48] Dabei wird diese Norm von der Mehrheit der Lehre vorwiegend als absolut zwingend betrachtet. Einzig eine Verkürzung der Dauer der solidarischen Haftung in Art. 263 Abs. 4 Satz 2 OR wird als zulässig eingeschätzt.[49]

Wie bei der Untermiete besteht bei einer Abtretung der Miete bereits ein Mietverhältnis und es sind ebenfalls drei Parteien involviert. Im Unterschied zur Untermiete besteht jedoch nur ein Vertragsverhältnis. Der Dritte als neuer Mieter tritt von Gesetzes wegen mit allen Rechten und Pflichten in den unverändert geltenden Mietvertrag anstelle des übergebenden Mieters ein. Es findet somit ein Wechsel der Mieterpartei statt.

Der Mieter und der Dritte schliessen einen Übernahmevertrag ab, in welchem u. a. die Übertragung der Miete geregelt wird. Für die Abtretung bedarf es nach der allgemeinen Bestimmung in Art. 165 Abs. 1 OR der Schriftform.[50] Den Inhalt dieser Vereinbarung muss der Vermieter jedoch nicht kennen, da er weder Vertragspartei ist noch zum Inhalt seine Zustimmung erteilen muss. Einzig für die Übertragung des Mietverhältnisses bedarf es nach Art. 263 Abs. 1 OR der schriftlichen Zustimmung des Vermieters.[51] Ist diese nicht gegeben, so ist die Übertragung des Mietvertrages nicht gültig. Auch ein Schweigen des Vermieters kann infolge der geforderten Schriftlichkeit nicht als Zustimmung interpretiert werden.

Der Vermieter kann die Übertragung aus wichtigem Grund verweigern. Faktisch ist somit *„jeder objektive und subjektive Umstand, der für den Vermieter eine vertragliche Beziehung mit dem übernehmenden Mieter nach den Grundsätzen von Treu und Glauben unzumutbar erscheinen lässt“*[52], ein Verweigerungsgrund nach Art. 263 Abs. 2 OR. Die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung ist hierbei weniger einschränkend als diejenige für die Untermiete. Bei der Untermiete bestehen nur Verweigerungsgründe, wenn wesentliche Nachteile aus dem Untermietvertragsverhältnis zu befürchten sind (Art. 262 Abs. 2 lit. c OR). Eine Verweigerung muss der Vermieter sowohl bei Übertragung des Mietverhältnisses als auch bei der Untermiete begründen.

Als Gegenstück der eingeschränkten Verweigerungsmöglichkeiten seitens des Vermieters sieht das Gesetz in Art. 263 Abs. 4 OR vor, dass der Mieter für eine maximale Dau-

---

48 Honsell 2010 S. 230. Alternativ besteht, wie auch bei der Ablehnung der Übertragung, die Möglichkeit der vorzeitigen Rückgabe nach Art. 262 OR. Vgl. dazu Schmid/Stöckli 2010 S. 167 N 1193

49 Higi 1994 S. 683-684 N 4 zu Art. 263 OR

50 Für einen Untermietvertrag gelten keine Formvorschriften. Vgl. dazu Heinrich 1999 S. 64

51 Für die Anfrage des Mieters für eine Übertragung des Mietverhältnisses sieht das Gesetz keine Formvorschriften vor. Vgl. SVIT 2008 S. 373 N 10

52 Lachat/Stoll/Brunner 2009 N 23/3.3.7. Ein objektiver Umstand liegt bspw. vor, wenn der Geschäftsraum durch den neuen Mieter stärker abgenützt würde als durch den Mieter. Ein subjektiver Grund kann in der Persönlichkeit des Dritten liegen. Vgl. dazu auch Higi 1994 S. 695-697 N 31-39 zu Art. 263 OR

er von zwei Jahren ab Zeitpunkt der Übertragung solidarisch mit dem Dritten für Verpflichtungen aus dem Mietverhältnis haftet. Von den restlichen Verpflichtungen ist er jedoch befreit. Während der Mieter folglich mit der Abtretung sämtliche Rechte aus dem Mietverhältnis verliert, besteht eine Solidarhaftung für eine gewisse Weile weiter.

3 Die Entstehung der Untermiete

Wie unter Kapitel 2.1 erwähnt setzt die Untermiete ein bestehendes Hauptmietverhältnis voraus. Der Mieter kann das Mietobjekt ganz oder teilweise untervermieten. Im Untermietvertrag verpflichtet er sich gegenüber dem Untermieter, das Mietobjekt zu übergeben und das Objekt so zu unterhalten, dass zumindest der vertraglich vereinbarte Gebrauchszustand erhalten bleibt.

Der Untermietvertrag kommt zustande, wenn eine gegenseitige übereinstimmende Willensäusserung zwischen Mieter und Untermieter zumindest über die wesentlichen Vertragspunkte vorliegt. Art. 262 Abs. 1 OR sieht vor, dass der Vermieter für die Untermiete seine Zustimmung erteilen muss. Die Zustimmung ist jedoch nicht Voraussetzung für das gültige Zustandekommen, da der Untermietvertrag einen selbständigen Vertrag darstellt. Sie ist lediglich Voraussetzung dafür, dass der Mieter den Untermietvertrag erfüllen kann.[53]

Im Zusammenhang mit der Entstehung eines Untermietverhältnisses sind nachfolgende Punkte zentral.

3.1 Umfang der Untermiete

Der Mieter kann über das Mietobjekt nicht frei verfügen, sondern wird in zweifacher Hinsicht beschränkt. Einerseits fehlt ihm die dingliche Berechtigung an der Mietsache, andererseits schränkt der Hauptmietvertrag die Nutzung ein.[54] Dies hat zur Folge, dass er keine eigentumsrechtlichen Rechte und Pflichten an der Mietsache hat. Auch erhält er kein weitergehendes Gebrauchsrecht an der Mietsache als das im Hauptmietvertrag definierte. So ist bspw. denkbar, dass eine gemäss Hauptvertrag zulässige Wohnnutzung nicht plötzlich auch Büronutzung beinhalten kann.

Der Mieter kann dem Untermieter vertraglich mehr oder anderes versprechen, als ihm selber aus dem Mietvertrag zusteht. Der Untermietvertrag stellt einen selbständigen Vertrag dar, weshalb solche Bestimmungen ihre Gültigkeit haben. Liegt ein Widerspruch in den zwei Verträgen vor, so kann der Vermieter die Untermiete ablehnen, so-

[53] Vgl. dazu Kapitel 4 sowie Higi 1994 S. 660 N 16 zu Art. 262 OR
[54] Higi 1994 S. 660-661 N 18 zu Art. 262 OR

fern die gesetzlichen Voraussetzungen nach Art. 262 Abs. 2 OR erfüllt sind. Der Mieter seinerseits wird gegenüber dem Untermieter schadenersatzpflichtig (nach Art. 97 ff. OR), bzw. der Untermieter kann nach Art. 258 OR (Nichterfüllung oder mangelhafte Erfüllung des Vertrages bei Übergabe der Sache) gegen den Mieter vorgehen.
Schliesslich kann sich der Untermieter gemäss Bundesgerichtspraxis gegebenenfalls auf Grundlagenirrtum berufen.[55]

3.2 Dauer des Untermietverhältnisses

Die Mietdauer eines Untermietvertrages kann kürzer, gleich lang, mit längerer Vertragsdauer als beim Hauptmietvertrag oder sogar unbeschränkt sein, da das Gesetz keine zeitliche Limitierung enthält. Sie sollte aber durch die vorgegebenen Begrenzungen des Hauptmietvertrages nicht länger dauern als die maximale Vertragsdauer des Hauptmietvertrages, da ansonsten keine Realerfüllung möglich ist. Der Mieter riskiert in diesem Fall Schadenersatzforderungen seitens des Untermieters.
Die Untermiete hat m. E. den Charakter einer „*solution provisoire*“[56], da sie generell gesehen für den Mieter nur temporär sinnvoll ist. Als klassischer Anwendungsfall wird häufig ein temporärer Auslandaufenthalt eines Mieters angeführt. Der Mieter kann sich dadurch einerseits die Wohnung für die Zeit nach seiner Rückkehr sichern, andererseits seine finanzielle Belastung für die Dauer seines Auslandaufenthaltes reduzieren.[57] Würde der wegziehende Mieter hingegen auf Zusehen hin ins Ausland ziehen, ohne die Absicht zu haben in die gemieteten Räumlichkeiten zurückzukehren, so ergäbe der Abschluss einer unbefristeten Untermiete keinen Sinn, da seine Pflichten gegenüber dem Vermieter fortbestehen und er darüber hinaus für seinen Untermieter haftet. In einem solchen Fall wäre eine vorzeitige Rückgabe des Mietobjekts nach Art. 264 OR die sinnvollere Lösung.
Die Rechtsprechung des Bundesgerichts verneint, dass eine Untermiete ausschliesslich nur für eine befristete Zeit zulässig ist. Der Mieter kann folglich nicht gezwungen werden, von der Rückgabe der Sache (nach Art. 264 OR) Gebrauch zu machen, selbst wenn er das Objekt auf längere Sicht nicht mehr nutzen will.
Ein Teil der Lehre fordert zwingend die Anwendung von Art. 264 OR Art bei Nichtgebrauch.[58] Dies ist erstaunlich, da sich Art. 262 OR und Art. 264 OR von der Konstruktion unterscheiden: Bei Art. 264 OR ist der Mieter bestrebt, das Vertragsverhältnis zu

[55] Vgl. dazu BGE 113 II 25
[56] Lachat 2008 S. 567
[57] Blanc 2005 S. 110
[58] MRA 2001 S. 52 zu BGE vom 30. August 2000 und MRA 2008 S. 132 zu BGE 4C.199/1994

beenden, während bei Art. 262 OR das Verhältnis gerade weitergeführt werden soll.[59] Die Suche nach einem Nachmieter kann insbesondere dann schwierig sein, wenn die Miete höher als marktüblich ist.

Die Frage der Zulässigkeit einer Befristung der Untermiete ist für Teile des schweizerischen Immobilienmarktes relevant, da bei Wohnungsmärkten mit grossem Nachfrageüberhang (wie bspw. Zürich und Genf) vermehrt festgestellt wird, dass Mieter infolge ihrer aktuellen Lebenssituationen grössere Wohnungen oder Häuser beziehen, aber zur Sicherheit für später ihre bisherigen, in der Stadt gelegenen (und oft günstigeren) Wohnungen behalten und auf längere Zeit (unbefristet) untervermieten.[60]

Das Bundesgericht setzt für die Untermiete eine Rückkehrabsicht voraus. Die Hürde für die Absicht setzt es jedoch tief an, wie seine Stellungnahme zeigt, in welcher es dazu aussagt, dass *„ [...] es jedenfalls genüge, wenn der Untervermieter nicht jegliche Absicht fallen gelassen habe, die fragliche Wohnung wieder zu übernehmen, auch wenn seine diesbezüglichen Vorstellungen vage seien.“*[61] Selbst eine Dauer von 18 Jahren erachtet das Bundesgericht als zulässig.[62]

3.3 Aufklärungspflicht des Mieters

Wie bereits unter 3.1 erwähnt, ist die Verfügungsbefugnis des Mieters über das Mietobjekt beschränkt. Seine Berechtigung ist nicht dinglicher, sondern rein obligatorischer Natur. Die Rechte leiten sich aus dem Inhalt des Hauptmietvertrages ab. Er kann ein Mietobjekt nur im Rahmen seiner persönlichen Rechte vermieten. Somit erhält auch der Untermieter mit dem Mietvertrag nur persönliche Rechte, welche er nur gegenüber dem Mieter, nicht jedoch gegenüber Dritten geltend machen kann.[63]

Das Untermietverhältnis bedingt ein Hauptmietverhältnis und wird durch dieses beschränkt. Die Rechtsstellung eines Untermieters ist deshalb schwächer als diejenige des Mieters. Wird der Untermieter vor Vertragsabschluss nicht informiert, dass es sich um ein Untermietverhältnis handelt, so verletzt der Mieter seine Aufklärungspflicht. Dem getäuschten Untermieter stehen in diesem Fall folgende Möglichkeiten zur Verfügung:[64]

Erstens kann er sich auf Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs.1 Ziff. 4 OR berufen. Der Abschluss eines Mietvertrages (und nicht eines Untermietvertrages) stellt sowohl eine

[59] MP (1995)2 S. 65 ff. E. 4b BGE vom 11. Oktober 1994, vgl. dazu Zihlmann 1995 S. 92
[60] Vgl. Landolt 2010
[61] MP (2000)4 S. 181 ff. E 2b zu BGE 4C.155/2000 vom 30. August 2000
[62] Vgl. dazu MP 2009 S. 233 ff. zu BGE 4A.265/2009 vom 5. August 2009
[63] Guhl/Koller 2000 S. 7-9 N 2-11
[64] Vgl. dazu Heinrich 1999 S. 73-74

subjektiv als auch eine objektiv wesentliche Vertragsvoraussetzung, welche nicht erfüllt wird.[65] Die Rechtsfolge ist die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrages.

Zweitens kann sich der Untermieter auf absichtliche Täuschung nach Art. 28 OR berufen.[66] Von einer absichtlichen Täuschung ist auszugehen, wenn falsche Tatsachen vorgespiegelt oder vorhandene Tatsachen verschwiegen werden. Der Mieter hat eine Aufklärungspflicht, welcher er vorsätzlich nicht nachkommt. Die Wirkungen der Täuschung sind die gleichen wie beim Grundlagenirrtum (zuzüglich allfälliger Schadenersatzforderungen). Liegt ein Mangel vor, kann der getäuschte Untermieter alternativ auch nach den Bestimmungen der Nichterfüllung bzw. der mangelhaften Erfüllung des Vertrages nach Art. 258 OR vorgehen.[67]

Drittens kann die absichtliche Täuschung eine Haftung aus Culpa in contrahendo zur Folge haben, wenn es zu keinem Vertragsabschluss kommt. Der Mieter verstösst bei den Vertragsverhandlungen gegen Treu und Glauben, falls er nicht über das bereits bestehende Mietverhältnis informiert.[68]

3.4 Rechtsmissbräuchliche und treuewidrige Untermiete

Art. 2 ZGB postuliert die gegenseitige Rücksichtnahme im Rechtsverkehr. Der Gesetzesartikel richtet sich an sämtliche Adressaten des Gesetzes und mahnt sie, ihr Handeln nach Treu und Glauben auszurichten. Treu und Glauben sollen massgebend sein bei der Beurteilung des Inhalts des Rechtsverhältnisses, der Ausübung der Rechte sowie in der Erfüllung der Pflichten.[69] Der Anwendungsbereich des Artikels erstreckt sich sowohl auf Rechtsgeschäfte als auch auf das Gesetz.

Das Gesetz räumt dem Mieter zwar das Recht zur Untermiete ein (Art. 262 OR). Die Anwendung von Art. 2 ZGB schränkt dieses Recht aber insoweit ein, als dass er es nicht treuwidrig oder offenbar rechtsmissbräuchlich ausüben darf.[70] Mögliche Verstösse gegen Art. 2 ZGB und deren Folgen werden nachfolgend kurz beschrieben.

3.4.1 Krasses Missverhältnis der Interessen

In Art. 262 Abs. 2 OR zählt das Gesetz abschliessend die möglichen Gründe des Vermieters auf, welche eine Ablehnung der Untermiete erlauben. Liegt kein Grund vor,

[65] Vgl. Schwenzer 2009 S. 281-284 N 37.23-37.33
[66] Vgl. Schwenzer 2009 S. 286-290 N 38.01-38.12
[67] Heinrich 2007 S. 1823 N 4
[68] Guhl/Koller 2000 S. 104 N 3-4
[69] Tuor et al. 2009 S. 54 N 4
[70] Heinrich 1999 S. 79

welcher eine Verweigerung zulassen würde, kann ein krasses Missverhältnis der gegenseitigen Interessen i. S. v. Art. 2 ZGB im Voraus ausgeschlossen werden.

3.4.2 Zweckwidrige Verwendung der Untermiete

Die Untermiete kann für den Mieter eine sinnvolle Zwischennutzung der gemieteten Räumlichkeiten darstellen. Die Gründe dafür können finanzieller, sachlicher oder persönlicher Natur sein.

Will der Mieter den Mietvertrag beenden, so sieht das Gesetz verschiedene Möglichkeiten vor: Übertragung der Geschäftsmiete (Art. 263 OR), vorzeitige Rückgabe der Sache (Art. 264 OR) sowie die ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses (Art. 266 ff. OR). Bedient sich der Mieter keiner dieser Möglichkeiten und gibt das Objekt stattdessen in Untermiete ab, ohne eine Rückkehrabsicht zu haben, so nimmt ein Teil der Lehre ein treuwidriges Verhalten an, welches keinen Rechtschutz geniessen sollte.[71] Meines Erachtens ist diese Folgerung logisch, wird aber in der Realität vermutlich mangels Beweisgründen nicht beachtet. Die Praxis des Bundesgerichtes zeigt, dass es sehr zurückhaltend ist bei der Annahme einer fehlenden Rückkehrabsicht des Mieters in die Wohnung. Der Anschein eines Rückkehrwillens reicht bereits aus, um eine Zweckwidrigkeit zu verneinen.[72]

Zeitlich gesehen kann eine Zweckwidrigkeit der Untermiete auch im Verlauf der Zeit entstehen. Ein Teil der Lehre stellt sich auf den Standpunkt, dass der Vermieter diesfalls die früher erteilte Zustimmung zum Untermietverhältnis widerrufen und / oder dem Mieter kündigen kann.[73]

3.4.3 Untermiete ohne sachlich ausreichendes Interesse

Wird ein Mietobjekt in Untermiete ohne ersichtlichen Grund und Nutzen für den Mieter abgegeben, kann der Sachverhalt einer Untermiete ohne sachlich ausreichendes Interesse gegeben sein. Von einer solchen Form der Untermiete ist auszugehen, wenn der Mieter das Mietobjekt korrekt nach Art. 262 OR untervermietet, die Gründe für die Untermiete jedoch niedriger Natur sind wie bspw. Bosheit oder Rachegefühle gegenüber dem Vermieter.[74]

---

[71] Heinrich 1999 S. 80-81
[72] MP (1995)2 S. 65, E. 4c zu BGE vom 11. Oktober 1994
[73] Heinrich 1999 S. 81
[74] Für mögliche Beispiele sei auf Heinrich 1999 S. 82-84 verwiesen.

3.4.4 Rechtsfolge

Art. 2 Abs. 2 ZGB hält fest, dass die offenbare missbräuchliche Anwendung eines Rechts keinen Rechtsschutz geniesst. In Bezug auf die Untermiete hat dies insofern eine Wirkung, als eine Untermiete gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB abgelehnt werden kann, selbst wenn kein Ablehnungsgrund nach Art. 262 Abs. 2 OR gegeben ist.

4 Die Zustimmung zur Untermiete

Wie in der Einleitung von Kapitel 3 bereits erwähnt worden ist, muss der Mieter den Vermieter um Zustimmung zum Untermietverhältnis bitten. Welche Aspekte diesbezüglich zu beachten sind, wird nachfolgend erläutert.

4.1 Einzelheiten zur Zustimmung

4.1.1 Form

Das Gesetz sieht weder für das Genehmigungsgesuch des Mieters noch für die Zustimmung seitens des Vermieters eine bestimmte Form vor.[75] Demnach kann eine Zustimmung durch Stillschweigen (konkludentes Verhalten) oder ausdrücklich (also mündlich oder schriftlich) erfolgen.[76] Im Falle eines Unter-Untermietvertrages muss die Zustimmung sowohl durch den Vermieter als auch durch einen allfälligen (Unter-) Untervermieter erfolgen.

Die Schriftlichkeit ist für beide Parteien von Vorteil, da dadurch bei allfälligen Differenzen das jeweils eigene Handeln belegt werden kann. Der Mieter ist in einem Streitfall beweispflichtig, dass er den Vermieter um Zustimmung ersucht hat.[77]

Der Artikel 262 OR ist, wie bereits erwähnt, eine zwingende Bestimmung, die nicht zu Ungunsten des Mieters geändert werden darf. Der Gesetzgeber wollte mit diesem Artikel bewusst die Stellung des Mieters stärken. Den Gesetzesartikel ergänzende Bestimmungen sind insoweit zulässig, als sie nicht zusätzliche, hemmende und die Untermiete verunmöglichende Bedingungen implizieren. So wird z. B. die Rechtsposition des Mieters nicht geschwächt, wenn die Parteien im Vertrag die Schriftlichkeit für das Gesuch und die Bewilligung der Untermiete vereinbaren – es ist im Interesse des Mieters, dass klare Regelungen und Fristen vereinbart werden.[78]

---

[75] U. a. Engel 2000 S. 175, Tercier/Favre/Bugnon 2009 S. 324 N 2218
[76] Permann 2007 S. 168 N 13
[77] Higi 1994 S. 669 N 33 zu Art. 262 OR
[78] Higi 1994 S. 666-667 N 30 zu Art. 262 OR

In der französischen Schweiz gilt darüber hinaus in weiten Teilen ein allgemein verbindlich erklärter Rahmenmietvertrag für Wohnungen.[79] In Art. 8 hält die paritätische westschweizerische Bestimmung für Wohnräume fest, dass die Zustimmung für die Untermiete vorgängig und schriftlich eingeholt werden muss. Der Vermieter muss innerhalb von 30 Tagen nach Erhalt des Gesuchs Stellung dazu nehmen.

Eine stillschweigende Zustimmung kann grundsätzlich angenommen werden, wenn der Mieter den Vermieter (mehrmals) um Genehmigung der Untermiete angefragt hat, der Vermieter jedoch nicht reagiert bzw. die Übergabe der Mietsache einfach hinnimmt.[80] Der Vermieter hat somit Kenntnis vom Untermietverhältnis. Aus seiner fehlenden Reaktion nach Ablauf einer gewissen Frist kann angenommen werden, dass kein Verweigerungsgrund nach Art. 262 Abs. 2 OR vorliegt, weshalb der Vermieter den Untermietvertrag so genehmigen müsste.

Der Vermieter muss bei einer Anfrage für Untermiete betreffend eine Familienwohnung[81] bzw. eine gemeinsame Wohnung von eingetragenen Partnern[82] sicherstellen, dass die Zustimmung des Ehegatten bzw. Partners vorliegt. Dies ist selbst dann zu beachten, wenn der Partner den Mietvertrag nicht mitunterzeichnet hat.[83] Fehlt diese Zustimmung, so darf der Vermieter eine Untermiete nicht genehmigen.

4.1.2 Frist

Der Mieter sollte die Zustimmung vor dem Beginn des Untermietverhältnisses einholen. Versäumt er dies, so hat dies für ihn jedoch keine direkten Konsequenzen zur Folge, da die Zustimmung des Vermieters keine Auswirkung auf die Gültigkeit des Untermietverhältnisses hat.[84]

Vermieterseitig sieht das Gesetz grundsätzlich keine Zeitvorgabe wie im Rahmenvertrag der französischen Schweiz vor, innerhalb welcher der Vermieter dem Mieter eine Antwort zukommen lassen muss. Die Lehre erachtet es jedoch für angebracht, dass dem Vermieter eine genügend lange Frist eingeräumt wird, damit er den Untermietvertrag prüfen kann. Die Frist kann je nach Komplexität kürzer oder länger ausfallen. Ob eine Frist angemessen ist, wird anhand folgender zwei Zeitkomponenten beurteilt: Erstens

---

79 Lachat 2008 S. 571-572. Vgl. dazu Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlichkeitserklärung des Rahmenmietvertrages für die Westschweiz und über die Abweichung von zwingenden Bestimmungen des Mietrechts vom 26.6.2008. Die Bestimmungen befinden sich im Anhang des besagten Beschlusses. Online verfügbar unter: http://www.admin.ch/ch/d/ff/2008/5813.pdf [abgerufen am 31.7.2011]

80 U. a. Higi 1994 S. 666-667 N 30 zu Art. 262 OR

81 Art. 169 ZGB

82 Art. 14 PartG

83 SVIT 2008 S. 358 N 12

84 Montini/Wahlen 2008 S. 150-151

muss sich der Vermieter die notwendigen Informationen beschaffen und Rechtsauskünfte einzuholen, zweitens muss ihm Zeit für die Entscheidungsfindung eingeräumt werden. So ist z. B. ein Untermietvertrag einer Wohnung i. d. R. schneller geprüft als derjenige eines Geschäftslokals, weil ersterer im Normalfall nicht allzu komplex geregelt ist.
Darüber hinaus muss auch bspw. die fehlende Kooperationsbereitschaft des Mieters berücksichtigt werden, wenn der Vermieter die für ihn notwendigen Informationen nicht erhält.
Die Lehre hat als grobe Richtlinien für die Prüfung durch den Vermieter eine Frist von zwei bis vier Wochen entwickelt[85] (der Fristbeginn erfolgt mit dem Einreichen des Gesuches). Sie darf aber auf alle Fälle nicht länger ausfallen als eine Frist für die Prüfung eines Nachmieters bei einer vorzeitigen Rückgabe der Sache (Art. 264 OR), da die Zumutbarkeit des Ersatzmieters (u. a. wegen des Inkassorisikos) in diesem Fall erhöhten Anforderungen gerecht werden muss.[86]
Bei der Festlegung einer Frist ist auch zu berücksichtigen, dass der Professionalisierungsgrad der Verwaltungen / Eigentümer unterschiedlich ist. Einer Privatperson ohne Immobilienkenntnisse und ohne professionelle Verwaltung ist deshalb eine längere Frist für die Beurteilung zuzugestehen als einer professionellen Verwaltung.[87]
Erhält der Mieter innerhalb der vertraglich festgelegten respektive angemessenen Frist keine Reaktion auf sein Gesuch bzw. nach faktisch stattgefundener Übernahme, so kann er davon ausgehen, dass der Vermieter mit seinem konkludenten Verhalten keinen Verweigerungsgrund nach Art. 262 Abs. 2 OR als vorliegend betrachtet und somit die Untermiete genehmigt.

4.1.3 Inhalt und Umfang einer Zustimmung

Ein Untermietverhältnis bedingt das Bestehen eines Hauptmietverhältnisses, weshalb der Zweck und der Gebrauch des Mietobjekts durch letzteres definiert werden. Inhaltlich kann die Zustimmung des Vermieters deshalb nur den hauptvertraglichen Gebrauch des Mietobjekts zum Gegenstand haben.[88] Weicht die Zustimmung (im gegenseitigen Einverständnis) vom Inhalt des Hauptvertrages ab, ist davon auszugehen, dass die Parteien den Hauptvertrag dahingehend ändern oder ergänzen wollen.
Eine Zustimmung zum Untermietvertrag kann unterschiedlichen Umfang aufweisen.

---

[85] Higi 1994 S. 667 N 30 zu Art. 272 OR, Lachat/Stoll/Brunner 2009 N 23/2.2.5, Winiger 2005
[86] Heinrich 1999 S. 88-89
[87] SVIT S. 358 N 13
[88] Permann 2007 S. 169 N 15

Die wohl häufigste Form einer Zustimmung beschränkt sich auf ein konkretes, einzelnes Untermietverhältnis. Spätere Modifikationen, welche für den Vermieter von Bedeutung sind (bspw. Änderung der Vertragspartei, Verlängerung der Untermietdauer), bedürfen seiner erneuten Zustimmung. Dasselbe gilt bei einer allfälligen Unter-Untermiete, also für den Fall, wenn der Untermieter das Objekt an eine weitere Partei untervermietet.[89] Das Einholen einer erneuten Zustimmung kann hingegen unterlassen werden, wenn sich die Untermiete parallel zur Hauptmiete entwickelt.

Es ist auch vorstellbar, dass der Vermieter bereits vorgängig bei Vertragsabschluss respektive vor Anfrage des Mieters seine generelle Zustimmung zur Untermiete erteilt. Meines Erachtens ist von einer solchen Form der Zustimmung klar abzuraten, da die einzige Einschränkung des Untermietvertrags nur der mit dem Hauptmietvertrag vorgegebene Mietzweck ist. Zudem kann der Vermieter vom Mieter zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr die Bekanntgabe der Konditionen der Untermiete verlangen, da er durch die bedingungslose und generelle Zustimmung auf das von Art. 262 Abs. 2 lit. a OR zugestandene Informationsrecht im Voraus verzichtet.[90]

Schliesslich sind auch eine zeitlich befristete Zustimmung oder auch eine Bewilligung unter Bedingungen vorstellbar.[91]

Des Weiteren kann der Vermieter einen Untermietvertrag, welcher er gestützt auf einen in Art. 262 Abs. 2 OR festgehaltenen Grund verweigern könnte, trotzdem genehmigen. Er kann in diesem Fall jedoch zu einem späteren Zeitpunkt nicht auf diesen Verweigerungsgrund zurückkommen und ihn geltend machen – dies verstiesse gegen die Grundsätze von Art. 2 ZGB.[92] Vorstellbar ist auch, dass er eine Zustimmung auf Zusehen hin erteilt. Er stimmt z. B. einer lärmintensiven Nutzung durch den Untermieter zu, solange keine Reklamationen durch andere Mieter erfolgen.[93]

Eine Zustimmung ist für die ganze Dauer des Hauptmietverhältnisses gültig, wenn sie generell und unbefristet erteilt wird. Im Regelfall wird sie jedoch nur für ein bestimmtes Mietverhältnis ausgesprochen. Die Gültigkeit der Zustimmung bemisst sich demnach an der Laufzeit dieses Vertrages.[94]

---

89 Lachat/Stoll/Brunner 2009 N 23/2.2.8
90 MP 2008 S. 83 zu BGE 4A.199/2007 vom 17. Dezember 2007
91 Heinrich 1999 S. 92-93
92 Higi 1994 S. 668 N 33 zu Art. 262 OR
93 Vgl. Heinrich 1999 S. 95. Es handelt sich hier m. E. eher um eine theoretische Fragestellung, da der Mieter kaum das Risiko eines späteren Widerrufs der Zustimmung eingehen wird.
94 Higi 1994 S. 669 N 35 zu Art. 262 OR

4.1.4 Wirkung der Zustimmung

Die Zustimmung zur Untermiete ist keine zwingende Voraussetzung für die Gültigkeit eines Untermietvertrages.[95] Aus diesem Grund ist denn auch eine nachträgliche Genehmigung möglich.

Eine Zustimmung kann genereller Natur sein oder sich auf einen spezifischen Umfang beschränken. Sie berechtigt den Mieter, die vertraglichen Gebrauchsrechte in einem gegenüber dem Hauptmietvertrag erweiterten Umfang (aber grundsätzlich immer noch innerhalb dessen Rahmens) zu gebrauchen. Der Mieter darf die Sachen nicht nur selber nutzen, sondern darf damit auch zusätzlich in gewissem Umfang Einnahmen generieren.[96] Die Zustimmung entfaltet ihre Wirkung grundsätzlich ex nunc, d. h. erst ab dem Zeitpunkt der Erteilung der Zustimmung. Bei einem nachträglichen Einholen der Zustimmung ist auch eine Wirkung ex tunc (d. h. mit Rückwirkung) möglich.[97]

4.1.5 Widerruf

Die Zustimmungserklärung stellt ein Gestaltungsrecht dar, dessen Widerruf grundsätzlich unzulässig ist, wenn diese bedingungslos und generell erfolgt ist. Findet trotzdem ein Widerruf statt, so ist er unwirksam.[98]

Dasselbe gilt, wenn zum Zeitpunkt der Genehmigung Verweigerungsgründe bestanden haben und sich der Vermieter nicht darauf berufen hat.

Es fragt sich aber, ob ein Widerruf einer Zustimmung für ein konkretes Untermietverhältnis möglich ist, wenn nach dem Zeitpunkt der Zustimmung Verweigerungsgründe neu hinzukommen. Der Vermieter geht schliesslich im Zeitpunkt der Erklärung der Zustimmung von der Annahme aus, dass sich die ihm bekannten und für die Zustimmung relevanten Grundlagen nicht ändern.

Die Mehrheit der Lehre räumt dem Vermieter in solchen Fällen unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit ein, die Zustimmung zu widerrufen. Dies hat, wie das Bundesgericht festgestellt hat, nach Art. 269 d Abs. 3 OR zu erfolgen.[99] Der Widerruf stellt eine einseitige Vertragsänderung zu Ungunsten des Mieters, weshalb diese auf dem entsprechenden amtlichen Formular mitzuteilen und zu begründen ist.[100] Der Mieter kann diese Anzeige wie jede andere einseitige Vertragsänderung bei der Schlichtungsbehörde anfechten.

---

[95] Lachat/Stoll/Brunner 2009 N 23/2.2.7
[96] Heinrich 1999 S. 93
[97] Permann 2007 S. 169 N 17
[98] Guhl/Koller 2000 S. 13 N 34-36
[99] BGE 125 III 62. Übersetzung des französischen Urteils auf Deutsch in: Pra 88(1999)110 S. 602-604
[100] U. a. erwähnt in: Gauch/Aepli/Stöckli 2009 S. 639 N 2

Der Widerruf stellt eigentlich eines der schwächeren von den möglichen Mitteln dar, die dem Vermieter für die Beendigung eines Untermietverhältnisses zur Verfügung stehen. Tritt nach erfolgter Zustimmung ein Verweigerungsgrund nach Art. 262 Abs. 2 OR auf, kann das Mietverhältnis auch ordentlich, also nach Art. 271 f. OR, bzw. gegebenenfalls ausserordentlich (nach Art. 257f OR) gekündigt werden. Der Kündigung ist jedoch eine Abmahnung voranzugehen, damit dem Mieter die Möglichkeit geboten wird, den vertragswidrigen Zustand zu beheben.[101] Der Mieter riskiert dann bspw. eine Kündigung, wenn er trotz der Abmahnung einen vertragswidrigen Zustand beibehält.
Entgegen der allgemeinen Rechtsprechung vertritt Heinrich die Meinung, dass bei einem nachträglichen Eintritt eines Verweigerungsgrundes ein Widerruf gar nicht notwendig sei, da wesentliche Änderungen des Untermietverhältnisses, welche auch gegen Art. 262 Abs. 2 und 3. OR verstossen können, eine neue Vertragssituation darstellen, welche ihrerseits eine Genehmigung notwendig machen.[102]

4.2 Die Gründe für eine Zustimmungsverweigerung

Das Gesetz enthält unter Art. 262 Abs. 2 OR eine abschliessende Aufzählung möglicher Verweigerungsgründe, gestützt auf welche der Vermieter seine Zustimmung für eine Untermiete verweigern kann. Für eine Verweigerung reicht das Vorliegen eines solchen Grundes im Zeitpunkt der Gesuchstellung aus. Liegen sogar mehrere Gründe vor, können sämtliche angegeben werden.[103] Die Verweigerungsgründe können auch erst während einer bereits laufenden Untermietvertragsdauer entstehen, was – wie unter Ziffer 4. 1 ausgeführt – je nachdem einen Widerruf der Zustimmung zur Folge haben kann.
Beruft sich der Vermieter auf einen Verweigerungsgrund, trägt er die Beweislast.[104] Der Mieter muss hingegen nachweisen, dass er um Zustimmung ersucht hat.
Im Folgenden sollen die einzelnen Verweigerungsgründe genauer beleuchtet werden.

4.2.1 Verweigerung der Bekanntgabe der Bedingungen (Art. 262 Abs. 2 lit. a OR)

Dem Mieter wird die grundsätzliche Pflicht auferlegt, dem Vermieter die Bedingungen des Untermietverhältnisses bekannt zu geben. Er muss sie jedoch nicht von sich aus mitteilen. Dies ergibt sich bei der wörtlichen Auslegung des Gesetztextes in allen drei Landesprachen. Der Vermieter muss die Herausgabe der Bedingungen verlangen, an-

[101] Weber 2007 N 8a zu Art. 262 OR
[102] Heinrich 1999 S. 94-95
[103] Heinrich 2007 S. 1824 N 6
[104] Lachat/Stoll/Brunner 2009 N 23/2.2.1

sonsten kann nicht von einer Verweigerung seitens des Mieters gesprochen werden. Die Auskunftspflicht gilt für die gesamte Dauer des Untermietverhältnisses. Meines Erachtens sind deshalb Änderungen der genehmigten Bedingungen dem Vermieter erneut zur Genehmigung vorzulegen, wenn dieser schon zu Beginn des Untermietverhältnisses Auskunft zu den Bedingungen verlangt hat.[105]

Die Parteien sind grundsätzlich frei, vertragliche Abmachungen zu treffen, die bspw. dem Mieter die Pflicht auferlegen, den Untermietvertrag dem Vermieter vorgängig zur Genehmigung zukommen zu lassen.

In Bezug auf die Bedingungen, die dem Vermieter bekanntgegeben werden müssen, stellt sich die Frage, in welchem Umfang dies zu erfolgen hat. Dieser wird bestimmt durch Art. 262 Abs. 2 lit. b und c OR. Der Vermieter muss anhand der ausgehändigten Unterlagen in der Lage sein zu beurteilen, ob die Untermietbedingungen i. V. zum Hauptmietverhältnis missbräuchlich sind und ob ihm durch das Untermietverhältnis wesentliche Nachteile entstehen können.

Die Auskunftspflicht des Mieters erstreckt sich nicht nur auf die Höhe des geschuldeten Mietzinses, sondern auch auf (für den Vermieter) wesentliche Vertragsinhalte. Dazu sind auch die Person des Untermieters, die Anzahl Bewohner, der Gebrauchszweck, der Umfang sowie die Dauer der Gebrauchsüberlassung zu zählen. Der Vermieter kann darüber hinaus grundsätzlich eine Kopie des Untermietvertrages verlangen.

Daneben sind dem Vermieter auch allfällige mündliche / informelle Abmachungen zwischen den Parteien wie bspw. „Handgelder“ oder zu bezahlender Goodwill mitzueilen.[106] In der Praxis wird es für einen Vermieter jedoch faktisch unmöglich sein, solche in Erfahrung zu bringen, wenn der Mieter sie nicht freiwillig bekanntgibt.

Die Weigerung des Mieters, die Untermietbedingungen bekanntzugeben, kann in gewissen Fällen berechtigt sein. Hat der Vermieter die Untermiete bspw. generell bzw. unbesehen genehmigt oder fordert er unter treuwidrigen Umständen zur Bekanntgabe der Bestimmungen, kann sich der Mieter der Forderung widersetzen.[107]

Enthält der Mieter dem Vermieter die Informationen zu Unrecht vor, ist eine Verweigerung der Zustimmung zu einem Untermietverhältnis durch den Vermieter immer be-

---

[105] Vgl. dazu Heinrich 1999 S. 101-102

[106] Von „Handgeld“ wird gesprochen, wenn bspw. der Untermieter dem Mieter einen gewissen Betrag für das Überlassen der Räumlichkeiten und den Abschluss eines Untermietverhältnisses bezahlen muss. Dies stellt ein Koppelungsgeschäft dar, welches nach Art. 254 OR nicht zulässig ist. Vgl. dazu Lachat/Stoll/Brunner 2009 N 22/2.2

[107] Higi 1994 S. 672 N 41 zu Art. 262 OR

rechtigt,[108] da der Mieter durch sein Verhalten den gesetzlichen Anspruch des Vermieters auf Bekanntgabe der Untermietbedingungen verletzt.[109]

4.2.2 Missbräuchlichkeit der Bedingungen der Untermiete (Art. 262 Abs. 2 lit. b OR)

Der Gesetzgeber verfolgte mit der Einführung von Art. 262 Abs. 2 lit. b OR vorwiegend zwei Ziele: Einerseits sollten Missbräuche bei der Mietzinsfestsetzung unterbunden werden und andererseits sollte verhindert werden, dass der Mieter durch die Untermiete einen Profit ziehen kann und sich der Vermieter geprellt fühlt.[110] Den Untermieter schützt die Norm folglich nicht vor missbräuchlichen Vertragsbedingungen.[111]

Gestützt auf Artikel 262 Abs. 2 lit. b OR kann ein Vermieter die Zustimmung zu einer Untermiete verweigern, wenn sie im Vergleich zur Hauptmiete missbräuchlich ist.

Leider hat der Gesetzgeber es unterlassen, den Begriff des Missbrauchs für diesen Artikel zu definieren.

Für die Missbräuchlichkeit des Mietzinses für Wohn- und Geschäftsräume findet sich zwar in Art. 269 OR eine Definition. Der besagte Artikel wird auch für die Beurteilung des vereinbarten Mietzinses für die Untermiete zwischen Mieter und Untermieter angewendet.[112] Für die Auslegung von Art. 262 Abs. 2 lit. b OR zieht das Bundesgericht diesen Artikel jedoch nicht hinzu. Es weist zu Recht darauf hin, dass der deutsche Text zwar ähnliche, aber dennoch unterschiedliche, Adjektive verwende („*missbräuchlich*“ und „*übermässig*“).[113] Zudem beschränkt sich ein möglicher Missbrauch nach Art. 262 Abs. 2 lit. b OR nicht nur auf den Mietzins, sondern auf sämtliche Bedingungen des Untermietvertrages.[114]

Auch Art. 157 StGB ist gemäss Bundesgericht für die Auslegung nicht behilflich, da im besagten Artikel von Wucher und nicht von „*missbräuchlichen Bestimmungen*“ gesprochen wird.

Die Missbräuchlichkeit nach Art. 262 Abs. 2 OR ist demnach autonom auszulegen. Dafür werden die Bestimmungen des Untermietvertrags mit dem Hauptmietvertrag verglichen. Es gilt den Umfang beider Vertragsverhältnisse in sachlicher, örtlicher und zeitli-

---

[108] Permann 2007 S. 179 N 21
[109] MRA 2008 S. 179
[110] SJZ 101(2005) S. 317
[111] Der Vermieter kann eine nach Art. 262 OR widrige Untermiete sogar genehmigen, was nicht zu Gunsten eines Untermieters ausfällt. Vgl. dazu Heinrich 1999 S. 103 und Bonnet/Martini 2010 S. 538 N 37
[112] Heinrich 1999 S. 104
[113] Vgl. dazu Pra 83(1994)57 S. 204 ff. zu BGE 118 II 73 S. 353
[114] Das Mietobjekt muss nicht zwingend ein Wohn- oder Gewerberaum sein.

cher Hinsicht zu vergleichen.[115] Missbräuchlichkeit wird in jenen Fällen zu bejahen sein, in welchen der Untermietvertrag eine markante finanzielle oder sachliche Schlechterstellung des Untermieters im Vergleich zum Mieter zur Folge hat und diese sich nicht durch Eigenleistungen des Mieters begründen lassen.

Kein Missbrauch nimmt die Lehre an, wenn der Untermieter bessergestellt wird als der Mieter. Letzterer kann dem Untermieter in Überschreitung seiner Verfügungskompetenz vertraglich mehr zusichern, als der Hauptmietvertrag ihm einräumt. Der Vermieter kann sich gegebenenfalls auf Art. 262 Abs. 2 lit. c OR berufen, wenn er wesentliche Nachteile für sich selber befürchtet.

Umstritten ist in der Lehre, ob eine zeitlich unbefristete Untermiete nach Art. 262 Abs. 2 lit. b OR ebenfalls missbräuchlich sein kann.[116] Das Bundesgericht hat in einem Entscheid die Anwendbarkeit des besagten Artikels bejaht, als ein Mieter mittels der Untermiete einen Mieterwechsel beabsichtigte. Die Untermiete wurde dafür gemäss Entscheid des Bundesgerichts „*zweckentfremdet*“.[117]

In der Lehre ist anerkannt hingegen, dass eine sachlich gerechtfertigte Schlechterstellung wie z. B. kürzere Kündigungsfristen keinen Missbrauch nach Art. 262 Abs. 2 lit. b OR darstellt.

Bei der Prüfung auf Missbräuchlichkeit nach Art. 262 Abs. 2 lit. b OR ist in der Praxis die Mietzinshöhe der Untermiete ein zentraler und deshalb genau zu prüfender Punkt. Aus diesem Grund erfolgt nachfolgend eine vertiefte Auseinandersetzung mit einzelnen Aspekten dieser Problematik.

4.2.2.1 Missbräuchlichkeit trotz Mehrleistung des Mieters

Erbringt der Mieter erhebliche Eigenleistungen oder hat er zusätzliche Verwaltungsaufwendungen, so kann er vom Untermieter einen gewissen Mehrbetrag fordern, was in der Folge nicht als missbräuchlich i. S. v. Art. 262 Abs. 2 lit. b OR ausgelegt wird. Als mögliche Eigenleistungen seien Mieterausbauten, Renovationen, Sekretariatsarbeiten, Reinigung und die Bereitstellung von IT-Infrastruktur erwähnt.

Es fragt sich, in welchem Rahmen sich diese Zuschläge bewegen dürfen. Der Erlös aus Untermiete zur Eigenleistung des Mieters sollte sich nicht in einem stossenden Verhält-

---

[115] Higi 1994 S. 673 N 43 zu Art. 262 OR

[116] Vgl. dazu Heinrich 1999 S. 105. Er lehnt die Anwendbarkeit von Art. 262 Abs. 2 lit. b OR in diesem Zusammenhang ab. Eine Untermiete auf unbestimmte Zeit und ohne Rückkehrabsicht des Untervermieters kann höchstens rechtsmissbräuchlich nach Art. 2 ZGB sein. A. A. Tercier/Favre/Bugnon 2009 S. 324 N 2222

[117] MP 2008 S. 166 zu BGE 134 III 446 und Rohrer et al. 2010 S. 28

nis bewegen.[118] Für die Beurteilung gibt es allerdings keine allgemeingültigen Regeln – vielmehr sind die konkreten Umstände jedes Einzelfalls zu berücksichtigten.

Fällt der Untermietzins um mehr als 50 % höher als der Hauptmietzins aus, so ist i. d. R. ein Missbrauch nach Art. 262 Abs. 2 lit. b OR anzunehmen.[119] Das Bundesgericht bestätigte aber in einem zu beurteilenden Fall bspw. die Zulässigkeit eines schematischen Zuschlags durch das kantonale Gericht von 20 % der Miete für die Möblierung einer Wohnung.[120]

Werden Dienstleistungen durch den Mieter erbracht, so ist die Mehrleistung berechtigterweise abzugelten. Es wird in der Praxis eher schwierig sein, diese richtig zu quantifizieren, da ein Vergleich mit Leistungen Dritter nur bedingt aussagekräftig ist. Meines Erachtens ist dabei wichtig, dass die Mehrleistungen und der daraus resultierende Mietzins nachvollziehbar sind und sich sachlich begründen lassen.

Auch wenn der Untermieter ein gut etabliertes Geschäft des Mieters weiterführt, profitiert er von den Bemühungen des Mieters und vom Erfolg des bereits früher bestehenden Geschäfts. Dies stellt somit ebenfalls einen Wert dar, welchen es abzugelten gilt.[121]

Mieterausbauten und Einrichtungsgegenstände können ebenfalls zu Zuschlägen auf der Untermiete berechtigen. Die Gegenstände müssen jedoch nach objektiven, wirtschaftlichen Kriterien noch einen gewissen Wert aufweisen, was sich anhand von Lebensdauertabellen[122] und allgemeinem Erfahrungsschatz ermitteln lässt. Sind Gegenstände aus betriebswirtschaftlicher Sicht bereits abgeschrieben oder war deren Ankauf günstig (wenn dieser z. B. in einer Brockenstube erfolgt ist), so ist ein Zuschlag tendenziell als missbräuchlich zu beurteilen.

Sind die Mieterausbauten bzw. Einrichtungsgegenstände noch nicht abgeschrieben, so ist eine Überwälzung pro rata temporis auf den Untermieter möglich. Ein allfälliger Zuschlag setzt sich neben der jährlichen Abschreibungsrate auch aus einer Unterhaltspauschale sowie aus einer Verzinsung des investierten Eigenkapitals zusammen.[123]

4.2.2.2 Missbräuchlichkeit bei teilweiser Untermiete eines Mietobjekts

Wenn das Mietobjekt nur teilweise untervermietet wird, ergibt sich häufig zwangsläufig eine sachliche Schlechterstellung, da sich aus dem Untermietvertrag zusätzliche Ein-

---

[118] Higi 1994 S. 673 N 43 zu Art. 262 OR
[119] SVIT 2008 S. 360 N 19
[120] 15 % für die Möblierung und 5 % für die gute Qualität der Möbel. Vgl. MP (1994)2 S. 68 ff. zum Urteil des Cour de justice civile (Genf) vom 26.11.1993
[121] Heinrich 1999 S. 114
[122] U. a. ist eine zwischen dem HEV und MV paritätisch ausgearbeitete Lebensdauertabelle online verfügbar unter http://www.mietrecht.ch/32.0.html [abgerufen am 31.7.2011].
[123] Heinrich 1999 S. 111-112

schränkungen bei den Gebrauchsmodalitäten ergeben. Dazu zählt u. a. ein nicht uneingeschränktes Gebrauchsrecht an der Sache.

Für eine Beurteilung allfälliger Missbräuchlichkeit wendet das Bundesgericht die Ermittlung des Mietzinses auf der Basis der Anzahl Zimmer oder der Quadratmeter an.[124] Diese Berechnungsbasis ist einfach und schafft Rechtssicherheit. Würde eine differenziertere Berechnung vorgenommen, so müssten Kriterien wie Aussicht, Besonnung, Lärmexposition etc. ebenfalls mitberücksichtigt werden, welche wiederum eine subjektive Wertung voraussetzen.[125]

Durch die angewandte Berechnungsweise wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der Untermieter auch gemeinsame Teile (bei einer Wohnung bspw. der Eingangsbereich, die Küche und das Bad) mitbenutzen kann. Als Beispiel wird die Vermietung zweier Zimmer einer Vierzimmerwohnung mit ungefähr gleich grossen Zimmern angenommen. In diesem Fall darf der Mieter 50 % der Gesamtmiete als Untermiete verlangen.[126]

Der ermittelte Betrag pro Zimmer kann mit Zu- und Abschlägen korrigiert werden, um dem jeweiligen Einzelfall gerecht zu werden. So ist ein Abschlag vorzunehmen, wenn ein untervermietetes Zimmer flächenmässig kleiner als die übrigen ausfällt. Ein Abschlag ist auch bei der nicht erlaubten Mitbenutzung der Küche, Balkon etc. anzuwenden.[127]

Werden mehrere Zimmer vermietet, so sind die einzelnen Untermietverhältnisse nicht einzeln auf ihre Missbräuchlichkeit hin zu prüfen, sondern sind nur zusammen mit dem Hauptmietzins zu vergleichen.[128] Aus Art. 262 Abs. 2 lit. b OR ergibt sich, dass der Mieter mit sämtlichen Untermietverträgen nicht einen im Vergleich zur Hauptmiete übermässigen Ertrag erzielen darf.[129]

4.2.2.3 Missbräuchliche, gewinnorientierte Untermiete

Weder der Normzweck noch der Gesetzeswortlaut deuten darauf hin, dass eine Untermiete nicht gewinnbringend sein darf.

Eine gewisse Marge wird zugelassen, welche u. a. auch als Abgeltung des Ausfallsrisikos und des Schadensrisikos für den Mieter zu verstehen ist oder, wie bereits oben aus-

---

[124] Lachat/Stoll/Brunner 2009 N 23/2.2.1 Für die Berechnung siehe MP (1994)2 S. 68 E. 5c. Die Berechnung anhand der Anzahl Zimmer geht von der Gesamtmiete aus, welche durch die Anzahl Zimmer dividiert wird. (Es ist zu beachten, dass beim Ortsgebrauch in Genf die Küche als Zimmer mitgezählt wird. Diese wäre zu subtrahieren.)

[125] MRA 2006 S. 42 zu BGE 4C.331/2004 vom 17. März 2005

[126] NZZ (2005)96 S. 17 mit Verweis auf BGE 4C.311/2004 vom 17. März 2005

[127] MP (1994)2 S. 68 ff. E. 5c zum Entscheid des Cour de justice civile (Genf) vom 26.11.1993: Das Gericht erachtete einen Abschlag von 25 % für rechtens.

[128] Vgl. dazu MP 2006 S. 280 mit Verweis auf BGE 4C.331/2004 vom 17. März 2005 und Bonnet/Martini 2010 S. 540 N 41

[129] SJZ 101(2005) S. 317

geführt, bspw. auf Eigenleistung des Mieters zurückgeführt werden kann. Auch eine frühere Fälligkeit der Hauptmiete gegenüber der Untermiete kann einen Mehrbetrag rechtfertigen.

Heinrich bejaht sogar die Zulässigkeit, wenn der Haupt- und Untermietzins sich nur unbedeutend unterscheiden und dafür keine sachliche Grundlage existiert.[130]

Das Zivilgericht in Genf erachtet jedoch bspw. eine um rund 14 % höhere Untermiete ohne Erbringung zusätzlicher Nebenleistungen als missbräuchlich.[131] Das Bundesgericht hat seinerseits in einem viel zitierten Urteil eine um 30 bis 40 % höhere Untermiete als missbräuchlich eingestuft.[132]

Wie die Beispiele aus der Praxis zeigen, können nur ganz grobe allgemeingültige Regeln für die Missbräuchlichkeit in Bezug auf Gewinne des Mieters abgeleitet werden.

4.2.3 Nachteile für den Vermieter (Art. 262 Abs. 2 lit. c OR)

Art. 262 Abs. 2 lit. c OR bezweckt den Schutz des Vermieters. Er ist aufgrund der offenen Formulierung als Generalklausel zu verstehen. Der Vermieter kann sich auf lit. c berufen, wenn die Untermiete dem Hauptmietvertrag widerspricht oder aus subjektiver sowie objektiver Sicht einen wesentlichen Nachteil für ihn oder die Mietsache zur Folge hat.[133] Dabei ist zu betonen, dass ein Nachteil aus rein subjektiver Sicht des Vermieters nur in den seltensten Fällen ausreichen wird, damit sich dieser auf den besagten Artikel berufen kann.[134] Bei möglicher Schädigung des Mietobjekts bspw. infolge Übernutzung ist hingegen sicher ein objektiver Nachteil gegeben.[135] Auch wenn primär Dritte negativ betroffen sind, diese aber indirekt eine negative Auswirkung auf die Stellung des Vermieters haben (sogenannter indirekter Nachteil), kann aus objektiver Sicht ein Nachteil vorliegen.[136]

Für die Auslegung des Artikels ist primär auf den Gebrauchszweck und die Nutzungsmodalitäten des Hauptmietvertrages abzustellen. Weicht der Untermietvertrag wesentlich vom vereinbarten Zweck ab, so kann ein Widerspruch zwischen dem Haupt- und Untermietvertrag vorliegen (abweichend von der herrschenden Lehre vertritt Higi die

---

[130] Heinrich 1999 S. 108: Eine um 3 % höhere Untermiete (im konkreten Fall ein Betrag von CHF 100.— pro Monat) beurteilt er als nicht missbräuchlich.

[131] Siehe MP (1994)2 S. 68 ff. zum Urteil des Cour de justice civile (Genf) vom 26.11.1993

[132] Vgl. dazu Pra 83(1994)57 S. 204 E. 6 zu BGE 118 II 73 S. 353 ff.

[133] SVIT 2008 S. 360-361 N 21-22

[134] Heinrich erwähnt das Beispiel einer Verfeindung zwischen dem Vermieter und dem Untermieter. Vgl. Heinrich 1999 S. 125

[135] Selbst eine ausschliessliche Nutzung durch den Mieter ist zulässig, wenn die Nichteinhaltung dem Vermieter wesentliche Nachteile i. S. v. Art. 262 Abs. 2 lit. c OR entstehen. Vgl. MRA 2010 S. 201 zu BGE 136 III 186; DdB 2010 S. 25-27 zum gleichen Urteil.

[136] Als Beispiel sei ein häufiger Mieterwechsel bei anderen Mietobjekten des Vermieters infolge der Untermiete zu erwähnen.

Ansicht, dass lit. c jede vertragswidrige Abweichung vom Hauptmietvertrag mitumfasst).[137] Um den Inhalt des Hauptvertrages zu ermitteln, ist der Vertrag nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Was wollten die Parteien nach Treu und Glauben mit der vertraglichen Regelung bezwecken? Innerhalb welchen Rahmens ist somit die Untermiete zulässig?

4.2.3.1 Widerspruch in Bezug auf den Verwendungszweck

Häufig enthält der Mietvertrag eine Umschreibung des Zwecks, für welchen das Objekt genutzt werden kann. Fehlt dieser, so ist vom üblichen Gebrauch auszugehen. Die Zweckbeschreibung hat auch ihre Gültigkeit für allfällige Untermietverhältnisse. Eine andere, vertragswidrige Geschäftstätigkeit oder ein vertragsfremder Verwendungsweck würde einen wesentlichen Nachteil für den Vermieter darstellen.

Der klassische Fall eines vertragsfremden Verwendungszweckes ist die Untervermietung von Wohnungen an Prostituierte, welche in diesen Räumlichkeiten einer unsittlichen Tätigkeit nachgehen.[138] In diesem Zusammenhang sei angefügt, dass bereits die Anschauung des Vermieters einer Tätigkeit als moralisch unsittlich genügt, damit eine solche untersagt werden kann. Aber auch die Untermiete an eine Ärztegemeinschaft von Büroflächen, welche im Hauptmietvertrag ausschliesslich für Anwaltskanzleien bestimmt ist, muss ein Vermieter nicht akzeptieren.[139]

Liegt ein vertragswidriger Gebrauch der Sache durch den Untermieter vor, welcher dem Vermieter keinen wesentlichen Nachteil nach Art. 262 Abs. 2 lit. c OR bedeutet, so kann der Vermieter dennoch sowohl vom Mieter als auch vom Untermieter den vertragskonformen Gebrauch der Sache fordern, und zwar gestützt auf Art. 262 Abs. 3 OR.[140]

4.2.3.2 Widerspruch in Bezug auf Gebrauchs- und Vertragsmodalitäten

Hinsichtlich Gebrauchs- und Vertragsmodalitäten gilt folgende Unterscheidung: Die Gebrauchsmodalitäten legen fest, wie ein Objekt genutzt werden darf (bspw. Öffnungszeiten oder Unterhaltspflicht), während Vertragsmodalitäten die Eigenschaften des Vertrages festhalten (bspw. Dauer und Kündigungsfristen).

---

[137] Higi 1994 S. 676 N 47 zu Art. 262 OR
[138] Vgl. Higi 1994 S. 676 N 47 zu Art. 262 OR
[139] A. A. Lachat/Stoll/Brunner 2009 N 23/2.2.1 S. 469 bezüglich des letzten Beispiels
[140] Heinrich 1999 S. 119 – Heinrich spricht in diesem Zusammenhang von einem weiteren Verweigerungsgrund (neben Art. 262 Abs. 2 lit. a bis lit. c OR) für den Vermieter. Meines Erachtens ist dies nicht korrekt, da Art. 262 Abs. 3 OR erst zur Anwendung gelangen kann, nachdem ein vertragswidriger Zustand entstanden ist und nicht vorgängig.

Sowohl die Gebrauchs- wie auch Vertragsmodalitäten des Hauptmietvertrages gelten auch für das Untermietverhältnis.

In diesem Zusammenhang mussten sich die Gerichte mehrmals mit der Frage auseinandersetzen, ob der Vermieter einer Untermiete zustimmen muss, obwohl diese über die Dauer des Hauptvertrages hinausgeht. Ein höchstrichterlicher Entscheid hielt fest, dass die Überschreitung der Dauer des Hauptvertrages keinen Nachteil für den Vermieter darstelle, da mit Beendigung des Hauptmietverhältnisses automatisch auch das Untermietverhältnis endet. Der Vermieter sei nicht an den Untermietvertrag gebunden.[141]

Ein Teil der Lehre weist jedoch zu Recht daraufhin, dass eine längere Untermietdauer trotzdem zum Nachteil des Vermieters werden kann, wenn sich bspw. der Untermieter weigert, die Räumlichkeiten rechtzeitig zu verlassen.[142]

Auch ein unbefristetes Untermietverhältnis stellt gemäss Gericht per se nicht einen wesentlichen Nachteil für den Vermieter dar, gestützt auf welchen dieser seine Zustimmung zur Untermiete verweigern kann.[143] Die Untermiete ist zulässig, solange der Mieter eine vage Absicht hat, in die Wohnung zurückzukehren. Es resultiert daraus keine übermässige Bindung für den Vermieter.[144]

4.2.3.3 Widerspruch in Bezug auf die Anforderungen an den (Unter-) Mieter

Ein Mietvertrag kann u. a. auch Anforderungen an den Mieter enthalten. Entweder sind solche im Hauptmietvertrag festgehalten oder sie ergeben sich aus dem Vertrauensprinzip. Von einem Mieter eines Restaurants kann bspw. erwartet werden, dass er über die notwendigen Qualifikationen für die Führung eines Restaurationsbetriebes verfügt.

Die für den Hauptvertrag geltenden Anforderungen wahren auch bei einem allfälligen Untermietverhältnis ihre Gültigkeit.

Anforderungen der oben beschriebenen Art können sich bspw. auch aus der Vermietungspolitik des Vermieters ergeben. Vermietet dieser Wohnungen ausschliesslich an Senioren, so ist eine Untermiete an Studenten unzulässig und kann verweigert werden.[145]

Auch wenn der potentielle Untermieter in direkter Konkurrenz zu bestehenden Mietern steht, kann ein Verweigerungsgrund gegeben sein.

---

[141] MP (1999)1 S. 46 zu BGE 4C.251/1998 vom 22. Oktober 1998
[142] Vgl. dazu SVIT 2008 N 22a S. 361, Heinrich 1999 S. 127-128
[143] BGE 4C.155/2000 vom 30.8.2000
[144] Vgl. dazu Felber 2000 S. 16 und MP (2000)4 S. 181 ff.
[145] Gleiches gilt, wenn der Eigentümer finanzielle Vorteile wie günstige Hypotheken, staatliche Zuschüsse infolge der Untermiete und der damit nicht mehr gegebenen Erfüllung von Auflagen verlieren kann.

Nicht einig ist sich die Lehre, ob einzig gestützt auf die Zahlungsunfähigkeit des Untermieters eine Zustimmung verweigert werden kann. In diesem Fall ist zu beachten, dass gegenüber dem Vermieter der Mieter (also nicht der Untermieter) die Miete bezahlen muss, weshalb kein direkter finanzieller Nachteil für den Vermieter entstehen kann.[146] Wie Heinrich zu Recht einwendet, kann es aber infolge finanziell schwacher Untermieter zu häufigen (Unter-) Mieterwechseln kommen, welche einen negativen Eindruck auf die gesamte Liegenschaft erwecken können. Aus diesem Grund kann m. E. eine Untermiete mit einem zahlungsunfähigen Untermieter abgelehnt werden.[147]

5 Wirkungen der Untermiete

Ein Untermietvertrag hat Wirkungen auf alle drei involvierten Parteien. Nachfolgend sollen diese einzeln aufgezeigt werden.

5.1 Bei Zustimmung des Vermieters zur Untermiete

Liegt die Zustimmung des Vermieters zur Untermiete vor, ergeben sich daraus für die involvierten Parteien die nachfolgend beschriebenen Wirkungen.

5.1.1 Wirkung zwischen Mieter und Vermieter

Die Rechte und Pflichten des Vertragsverhältnisses werden für Mieter und Vermieter durch den Inhalt des Hauptmietvertrages definiert. Mit der Zustimmung zur Untermiete stimmt der Vermieter einem weitergehenden Gebrauchsrecht für den Mieter zu, so dass dieser die ihm im Hauptmietvertrag eingeräumten Rechte und Pflichten einem Untermieter abtreten darf.[148] Im Gegenzug haftet der Mieter nach Art. 262 Abs. 3 OR für das Verhalten des Untermieters. Erlaubt der Untermieter zudem einem Dritten die Nutzung des Mietobjekts, so haftet der Mieter für die allenfalls daraus resultierenden Verletzungen des Hauptmietvertrages – so wie er auch haftet, wenn der Untermieter selber die Verletzungen begeht.[149]

Die Haftung des Mieters nach Art. 262 Abs. 3 OR erstreckt sich auf sämtliche Schäden, welche aus einer Vertragsverletzung des Hauptmietvertrages resultieren.[150] Der Mieter kann sich aber von seiner Haftung befreien, indem er nachweist, dass ihm kein Verschulden vorgeworfen werden könnte, wenn er anstelle des Untermieters gehandelt hät-

[146] Lachat/Stoll/Brunner 2009 N 23/2.2.1 S. 469
[147] Heinrich 1999 S. 129-130
[148] Permann 2007 S. 167 N 11
[149] Heinrich 1999 S. 199
[150] Gauch/Aepli/Stöckli 2009 S. 649 N 4

te.[151] Der Nachweis allein, kein Verschulden an der Vertragsverletzung zu haben, entbindet den Mieter von der Haftung nicht.[152]

Gebraucht der Untermieter das Mietobjekt nicht sachgemäss, so haftet der Mieter gegenüber dem Vermieter auch aus der Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 OR, da er sich das Verhalten des Untermieters wie sein eigenes anrechnen lassen muss.[153] Mögliche Anwendungsfälle einer solchen Schadenersatzforderung sind u. a. verspätetes Verlassen des Mietobjekts, Sorgfaltspflichtverletzung bei Aufgaben, die dem Untermieter obliegen oder Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts infolge der durch den Untermieter in Auftrag gegebenen Arbeiten. Bei Verhalten, welches in Bezug auf den Hauptmietvertrag vertragswidrig ist, haftet der Mieter für seinen Untermieter auch für Zufall.[154] Die Haftung für den Zufall beinhaltet z. B. die Haftung bei einer Zerstörung des Mietobjekts infolge eines durch den Untermieter verursachten Feuers. Der Mieter kann sich entlasten, indem er nachweist, dass die Zerstörung des Objekts auch ohne Untermieter eingetreten wäre.[155]

5.1.2 Wirkung zwischen Mieter und Untermieter

Zwischen dem Mieter und dem Untermieter besteht ein Mietvertrag nach Art. 253 ff. OR, wobei der Mieter in diesem Vertragsverhältnis die Position des Vermieters einnimmt.[156] Abgesehen von wenigen Einschränkungen sind somit sämtliche Normen des Mietrechts für dieses Rechtsverhältnis anwendbar. Die Rechte und Pflichten ergeben sich primär aus der vertraglichen Vereinbarung sowie den zwingenden gesetzlichen Bestimmungen – gleich wie beim Hauptmietverhältnis zwischen Vermieter und Mieter.[157]

Bei Wohn- und Geschäftsräumen haben folglich auch die Missbrauchsbestimmungen nach Art. 269f ff. OR ihre Gültigkeit. So unterliegen bspw. Mietzinserhöhungen der Formularpflicht. Beachtet der Mieter diese nicht, sind Erhöhungen nichtig.

Die einzige Einschränkung im Vergleich zum (Haupt-) Mietverhältnis betrifft die Möglichkeit der Erstreckung des Untermietverhältnisses: Letztere ist über die Dauer des Hauptmietvertrages hinaus nicht möglich.[158]

---

[151] U. a. Portner 1992 S. 77

[152] Vgl. dazu BGE 117 II 65 E. 2b S. 67, Übersetzung des französischen Urteils auf Deutsch in: Pra 81(1992)81 S. 304-305

[153] SVIT 2008 S. 365 N 34

[154] Heinrich 1999 S. 199

[155] Anderes Beispiel vgl. BGE 103 II 330

[156] Vgl. u. a. Spöndlin 2010 S. 12

[157] Die Vertragsklauseln des Haupt- und des Untermietvertrages müssen nicht identisch sein. So ist bspw. eine unterschiedliche Mietzinsanpassungsregel denkbar.

[158] Siehe Art. 273b OR vgl. dazu Giger 1995 S. 146

Da es sich beim Untermietvertrag um einen selbständigen Mietvertrag handelt, muss der Mieter dem Untermieter im Falle einer Kündigung des Hauptmietvertrages den Untermietvertrag ebenfalls unter Einhaltung der formellen Vorschriften kündigen. Die Kündigung des Hauptmietverhältnisses hat somit auf das Untermietverhältnis keine auflösende Wirkung per se.[159]

Im Verhältnis zwischen Mieter und Untermieter stellt der Vermieter eine Hilfsperson i. S. v. Art. 101 OR dar, sofern es um die korrekte und vertragskonforme Erfüllung des Hauptmietvertrages geht.[160] Schliesslich basiert der Untermietvertrag auf letzterem. Verletzt der Vermieter eine Vertragspflicht, so muss sich der Mieter dieses Verhalten anrechnen lassen.

5.1.3 Wirkung zwischen Vermieter und Untermieter

Zwischen dem Vermieter und dem Untermieter besteht wie bereits mehrfach erwähnt kein Vertragsverhältnis. Eine (indirekte) Rechtsbeziehung besteht jedoch im Fall der vorangehend erwähnten Hilfspersonenhaftung.

Das Gesetz kennt in Bezug auf die grundsätzlich inexistente Rechtsbeziehung nachfolgende Ausnahmen:[161]

Art. 262 Abs. 3 OR räumt dem Vermieter das Recht ein, dass er den Untermieter unmittelbar anhalten kann, die Mietsache auf die Weise zu gebrauchen, wie dies der Hauptmietvertrag vorsieht. Dazu ist auch die Rückgabe des Mietobjekts im Zeitpunkt der Beendigung des Hauptmietvertrages zu zählen.

Der Vermieter kann den Untermieter auch bereits vor dessen Einzug zum vertragsgemässen, sorgfältigen und rücksichtsvollen Gebrauch anhalten.[162] Bei einem direkten Vorgehen gegen den Untermieter empfiehlt es sich, den Mieter darüber in Kenntnis zu setzen, weil ihm das Verhalten des Untermieters angerechnet wird.

Aus dem besagten Gesetzesartikel ergibt sich auch die solidarische Haftung von Mieter und Untermieter für am Mietobjekt entstandene Schäden. In der Praxis gelangt diese Haftung selten zur Anwendung, da es aufgrund des bestehenden Vertragsverhältnisses für den Vermieter einfacher ist, direkt gegen den Mieter vorzugehen. Unberührt von der solidarischen Haftung sind die Ansprüche aus Schäden, welche ihre Ursache im vertragswidrigen Gebrauch des Mietobjekts haben.[163] Der Vermieter kann in solchen Fäl-

---

[159] Lachat/Stoll/Brunner 2009 N 23/2.5.2
[160] BGE 119 II 337
[161] Vgl. u. a. SVIT 2008 S. 367 N 43-47
[162] Higi 1994 S. 664 N 27 zu Art. 262 OR
[163] In BGE 120 II 112 E. 3c hält das Bundesgericht fest, dass die mietrechtlichen Streitigkeiten i. S. v. 274d OR weit zu fassen sind. Vgl. u. a. Forrer/Hiestand/Böhringer 2003 S. 135

len nach der ausservertraglichen Haftung (Art. 41 ff. OR) gegen den Untermieter vorgehen.

In Art. 268 Abs. 3 OR wird dem Vermieter bei Geschäftsmieten sodann ein Retentionsrecht an den im Mietobjekt vom Untermieter eingebrachten beweglichen Sachen eingeräumt. Der Umfang dieses Retentionsrechts ist jedoch identisch mit dem zwischen dem Mieter und dem Untermieter bestehenden.[164] Demnach kann ein solches Recht nur insoweit geltend gemacht werden, als der Untermieter seinerseits Mietzinsen beim Mieter (im Umfang des Untermietzinses) ausstehend hat. Wenn der Untermieter seine Miete dem Mieter entrichtet hat, kann der Vermieter sich folglich nicht auf Art. 268 Abs. 2 OR berufen.

Art. 273b Abs. 2 OR schliesslich schützt den Untermieter, wenn die Vermieterschaft mittels des Untermietverhältnisses die Vorschriften des Kündigungsschutzes absichtlich umgehen will (der Gesetzgeber unterliess jedoch die Definition, ab wann eine Umgehung anzunehmen ist).[165] Ist der Tatbestand erfüllt, räumt das Gesetz dem Untermieter denselben Kündigungsschutz ein, welcher ein Mieter gehabt hätte. Der Untermieter kann demnach im Zusammenhang mit der Kündigung sämtliche Rechte direkt gegenüber dem Vermieter geltend machen.[166]

Weitere Situationen mit (speziellen vertraglichen) Vereinbarungen zwischen den verschiedenen Vertragsparteien sind denkbar, bei welchen kraft Parteiwillens Pflichten und Rechte zwischen dem Vermieter und Untermieter entstehen.[167] So kann bspw. der Mieter mit dem Untermieter festlegen, dass dieser einen mit der Miete identischen Untermietzins direkt dem Vermieter entrichten muss. Dieser Vertrag zu Gunsten Dritter (Art. 112 OR) bewirkt, dass der Untermieter seiner Zahlungspflicht nur nachkommt, wenn er die Zahlung gegenüber dem Vermieter entrichtet.

Natürlich können sowohl seitens Vermieter als auch seitens Mieter ausservertragliche Anspruchsgrundlagen (Art. 41 ff. OR) bestehen. Beispielsweise kann der Untermieter, welcher einen Schaden infolge mangelhaften Unterhalts des Gebäudes erleidet, gestützt auf Art. 58 OR (Werkeigentümerhaftung) gegen den Vermieter vorgehen.[168]

Abschliessend ist zu erwähnen, dass aus prozessualer Sicht für sämtliche Streitigkeiten zwischen Vermieter und Untermieter, welche im Zusammenhang mit dem Untermiet-

---

[164] Higi 1994 S. 307 N 46-50 zu Art. 266-268b OR
[165] SVIT 2008 S. 862 N 9
[166] SVIT 2008 S. 862-864 N 9-15
[167] Vgl. dazu Heinrich 1999 S. 212-213
[168] Vgl. dazu MP (1994)2 S. 76 ff. zum Urteil des Cour de justice civile (Genf) vom 18.2.1994. Die Werkeigentümerhaftung nach Art. 58 OR hat für den Untermieter den Vorteil, dass sich der Vermieter beim Vorliegen eines nachweislichen Werkmangels nicht mit der Begründung befreien kann, dass ihn kein Verschulden trifft.

bzw. dem Mietverhältnis stehen, die Mietschlichtungsstelle und die Mietgerichte zuständig sind.[169]

5.2 Bei fehlender Zustimmung des Vermieters zur Untermiete

Bei der Untermiete ohne Zustimmung sind drei Fälle zu unterscheiden.[170] Die Untermiete kann erstens trotz berechtigter Verweigerung erfolgt sein. Zweitens ist eine Untermiete ohne jegliche Zustimmung des Vermieters vorstellbar. Drittens ist eine Untermiete trotz unberechtigterweise verweigerter Zustimmung möglich. Dies ist bspw. dann der Fall, wenn der Vermieter seine Zustimmung zur Untermiete im Voraus und vorbehaltlos erteilt hat und später seine Zustimmung zur Untermiete verweigert. Des Weiteren wird auch in der Lehre eine Verweigerung ohne Angaben von Gründen als unberechtigt eingestuft, da der Mieter diesfalls nicht weiss, ob es sich beim Verweigerungsgrund überhaupt um einen nach Art. 262 Abs. 2 OR zulässigen Grund handelt. Schliesslich kann eine Verweigerung unberechtigt sein, wenn zwar eine Begründung vorliegt, diese aber nach Art. 262 Abs. 2 OR nicht zulässig ist.

Nachfolgend sind die Wirkungen auf die involvierten Parteien beschrieben für den Fall, dass keine Zustimmung des Vermieters zur Untermiete vorliegt.

5.2.1 Wirkung zwischen Vermieter und Mieter

5.2.1.1 Untermiete ohne Zustimmung des Vermieters

Vermietet der Mieter ein Mietobjekt ohne Zustimmung des Vermieters unter, leiht er seine Gebrauchsrechte ohne dessen Zustimmung einem Dritten. Weil die Ausweitung des Gebrauchsrechts aber der Zustimmung des Vermieters bedarf, kommt der Mieter somit seiner gesetzlichen Pflicht nicht nach.

Die Lehre ist sich einig, dass der Mieter eine Vertragsverletzung begeht, wenn er ohne Zustimmung untervermietet. Über die Folgen dieser Verletzung gehen die Ansichten jedoch auseinander. Die mieterfreundliche Rechtslehre vertritt die Ansicht, dass die Verletzung ohne Folgen bleibt, sofern der Vermieter der Untermiete hätte zustimmen müssen.[171] Der die Eigentümerinteressen vertretende SVIT hingegen vertritt den Standpunkt, dass die Verletzung nicht nur ein ordentlicher Kündigungsgrund des Hauptmietverhältnisses darstellt, sondern dass sich bei einer erfolglosen Abmahnung seitens des Vermieters sogar eine ausserordentliche Kündigung nach Art. 257 OR rechtfertigt, selbst wenn kein Verweigerungsgrund vorliegt. Eine Abmahnung mit Fristansetzung

[169] Lachat/Stoll/Brunner 2009 23/2.2.4, Heinrich 1999 S. 214, BGE 120 II 112
[170] Higi 1994 S. 677 N 49 zu Art. 262 OR
[171] Lachat/Stoll/Brunner 2009 N 23/2.2.9

analog Art. 107 OR in Verbindung mit Art. 108 OR erübrige sich, da dies sich aufgrund des bisherigen Verhaltens des Mieters sowieso wirkungslos erweisen würde.[172]
Meines Erachtens rechtfertigt eine fehlende Zustimmung nicht eine Kündigung nach Art. 257 OR ohne vorgängige Abmahnung – es sei denn, eine solche harte Massnahme stelle aufgrund des Verhaltens des Untermieters (bspw. Umbauarbeiten) für den Vermieter die letzte Möglichkeit dar.[173] Es ist zu bezweifeln, dass die um eine gütliche Einigung bestrebte Mietschlichtungsstelle der Argumentationslinie des SVIT folgen würde.

5.2.1.2 Untermiete trotz berechtigter Verweigerung

Die Untermiete trotz berechtigter Verweigerung liegt vor, wenn der Mieter den Vermieter um Genehmigung der Untermiete gebeten hat und der Vermieter die Zustimmung gestützt auf einen zulässigen Verweigerungsgrund nach Art. 262 Abs. 2 OR verweigert hat. Der Mieter setzt sich dabei über die fehlende Zustimmung hinweg und schliesst ein Untermietverhältnis mit einem Untermieter ab.
Indem sich der Mieter über die berechtigte Verweigerung hinwegsetzt, begeht er eine Vertragsverletzung und greift ungerechtfertigt ins Vermögen bzw. in die Rechtssphäre des Vermieters ein.
Die Rechtsfolgen entsprechen denjenigen einer Untermiete ohne Zustimmung.[174] Eine ordentliche Kündigung kann der Vermieter jederzeit aussprechen, während eine ausserordentliche Kündigung den Anforderungen nach Art. 257f OR genügen muss.
Ein allfälliges Erstreckungsgesuch oder Klage auf Erteilung der Zustimmung sind infolge der Verstösse gegen geltende vertragliche Abmachungen seitens des Mieters abzulehnen.
Da der Mieter gegen die berechtigte Verweigerung verstösst, haftet er aus Schlecht- und Nichterfüllung des Mietvertrags gestützt auf Art. 97 OR für allfälligen Schaden, welcher dem Vermieter aus der nicht genehmigten Untermiete entsteht.[175]

5.2.1.3 Untermiete trotz unberechtigter Verweigerung

Verweigert der Vermieter seine Zustimmung und beruft sich dabei auf einen nicht nach Art. 262 Abs. 2 lit. b und lit. c OR zulässigen Grund, so ist die Verweigerung wirkungslos.[176] Der Mieter kann das Mietobjekt untervermieten.[177]

---

[172] SVIT 2008 S. 364 N 32
[173] Ähnliche Meinung: Higi 1994 S. 680 N 58 zu Art. 262 OR sowie Weber 2007 N 4 zu Art. 262 OR
[174] SVIT 2008 S. 364 N 33 zu Art. 262 OR
[175] Higi 1994 S. 677 N 50 zu Art. 262 OR
[176] Zihlmann 1995 S. 95

Spricht der Vermieter infolge der Untermiete eine ausserordentliche Kündigung aus, so ist diese unwirksam. Kündigt er mittels einer ordentlichen Kündigung, ohne dass neue Gründe vorliegen würden, so verstösst diese gegen Treu und Glaube i. S. v. Art. 271 OR.[178]

Der Mieter kann auf dem Prozessweg die (nachträgliche) Erteilung der Zustimmung erstreiten. Die Schlichtungsstelle oder evtl. das Gericht wird einen entsprechenden Antrag bzw. eine entsprechende Klage mit hoher Wahrscheinlichkeit gutheissen.

Der Vermieter geht bei einer ungerechtfertigten Verweigerung zudem das Risiko ein, dass er gegenüber dem Mieter nach Art. 97 ff. OR schadenersatzpflichtig wird. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn der Untermieter infolge der ungerechtfertigten Verweigerung von einem Vertragsabschluss absieht.[179]

5.2.2 Wirkung zwischen Mieter und Untermieter

5.2.2.1 Untermiete ohne Zustimmung des Vermieters

Wie bereits erwähnt ist die Zustimmung des Vermieters keine Gültigkeitsvoraussetzung für das Untermietverhältnis. Der Untermietvertrag begründet somit auch ohne Zustimmung des Vermieters Rechte und Pflichten zwischen den Parteien. Es gelten grundsätzlich die normalen mietrechtlichen Bestimmungen. Überlässt der Mieter z. B. bei Mietbeginn das Objekt dem Untermieter nicht, so kann der Untermieter gegen den Mieter gestützt auf Art. 258 Abs. 1 OR i. V. m. Art. 107-109 OR wegen Nichterfüllung vorgehen.

Stellt der Untermieter nach der Übergabe der Mietsache fest, dass die Zustimmung des Vermieters fehlt, so ist eine Anfechtung des Untermietvertrags wegen Irrtums möglich. Er kann aber auch ausserordentlich kündigen und Schadenersatz verlangen (Art. 266g OR).

Der Untermieter kann schliesslich nach Art. 259b lit. a OR kündigen, wenn der Vermieter die Beendigung der Untermietsituation zu Recht fordert. Diese Kündigungsmöglichkeit bleibt ihm jedoch verwehrt, wenn er über die fehlende Zustimmung Kenntnis gehabt hat respektive hätte haben müssen.

Schadenersatzansprüche gegenüber dem Mieter kann der Untermieter stellen, wenn das Hauptmietverhältnis infolge fehlender Zustimmung aufgelöst wird. Vollen Ersatz kann

---

[177] Vgl. dazu Pra 84(1995)143 S. 462-465: Das Bundesgericht hat im zu beurteilenden Fall die trotz seitens des Vermieters ungerechtfertigt verweigerte Untermiete geschützt.

[178] Heinrich 1999 S. 162

[179] BGE 93 II 453

er jedoch nur fordern, sofern er keine Kenntnisse gehabt hat von der fehlenden Zustimmung oder ihm solche Kenntnis hypothetisch zugerechnet wird.[180]

5.2.2.2 Untermiete trotz berechtigter Verweigerung

Die Verweigerung der Zustimmung tangiert die Gültigkeit des Untermietverhältnisses eben so wenig wie der Verzicht auf Einholen der Zustimmung.

Will der Mieter das Untermietverhältnis auflösen (weil z. B. der Vermieter dies verlangt), muss er sich dafür auf Art. 266g OR stützen, wobei dies eine Schadenersatzforderung seitens des Untermieters zur Folge haben kann.

Der Untermieter kann die aus dem (Unter-) Mietvertrag resultierenden Rechte geltend machen, also auch ausserordentlich kündigen.[181]

5.2.2.3 Untermiete trotz unberechtigter Verweigerung

Eine unberechtigte Verweigerung der Zustimmung ist wirkungslos. Streitet der Vermieter mit dem Mieter über den Verweigerungsgrund, so kann der Mieter auf eigenes Risiko hin untervermieten. Bis zur rechtskräftigen Abklärung befindet sich das Untermietverhältnis in einem Schwebezustand.[182] Weiss der Untermieter während des Schwebezustandes nicht, dass die Zustimmung verweigert wurde, so darf er von der Annahme ausgehen, dass diese besteht. Stellt er die fehlende Zustimmung nach Zustandekommen des Untermietvertrags fest, kann er diesen gestützt auf Grundlagenirrtum anfechten und ausserordentlich kündigen (Art. 266g OR).

5.2.3 Wirkung zwischen Vermieter und Untermieter

5.2.3.1 Untermiete ohne Zustimmung des Vermieters

Wie bereits unter 5.1.3 erwähnt, resultiert zwischen Vermieter und Untermieter aufgrund der Untermiete kein Vertragsverhältnis. Der Vermieter wird sich vorzugsweise an seinen Vertragspartner (Mieter) halten, da zu diesem im Unterschied zum Untermieter ein direktes Vertragsverhältnis besteht.

Solange das Hauptmietverhältnis besteht, kann sich der Vermieter nicht auf Besitzesschutz (siehe Art. 926-929 ZGB) mit dem Ziel einer Ausweisung des Untermieters berufen. Eine Ausweisungsklage gegen den Untermieter wäre deshalb erfolglos.[183]

---

[180] Heinrich 1999 S. 154
[181] Higi 1994 S. 678 N 52 zu Art. 262 OR
[182] Heinrich 1999 S. 163
[183] A. A. Heinrich 1999 S. 142

Unabhängig vom Nicht-Bestehen eines Vertragsverhältnisses ist der Untermieter aufgrund der ausservertraglichen Haftung nach Art. 41 ff. OR gegenüber dem Vermieter haftbar.

Hat der Untermieter Kenntnis von der Beendigung des Hauptmietvertrages und verbleibt trotzdem im Mietobjekt, entsteht dem Vermieter bis spätestens zur gerichtlich angeordneten Ausweisung des Untermieters ein finanzieller Schaden, da er nicht über das Objekt verfügen kann. Der Vermieter hat deshalb gegenüber dem Untermieter einen Entschädigungsanspruch aus verspäteter Rückgabe, welcher auf unerlaubter Handlung bzw. auf ungerechtfertigter Bereicherung oder auf faktischem Mietvertrag fusst. Alternativ kann der Vermieter gestützt auf Art. 262 Abs. 3 OR auch gegenüber dem Mieter eine Schadenersatzforderung geltend machen.[184]

5.2.3.2 Untermiete trotz berechtigter Verweigerung

Verweigert der Vermieter die Zustimmung zur Untermiete gestützt auf Art. 262 Abs. 2 OR die Untermiete zu Recht, entsteht wie unter 5.2.3.1 kein Rechtsverhältnis zwischen Vermieter und Untermieter, weshalb an dieser Stelle auf die obigen Ausführungen verwiesen werden kann.

5.2.3.3 Untermiete trotz unberechtigter Verweigerung

Spricht der Vermieter unberechtigt eine Verweigerung einer Untermiete aus, so hat dies keinen Einfluss auf die wenige Ausnahmen beschränkte direkte Beziehung zwischen Untermieter und dem Vermieter.[185]

6 Möglichkeiten des Vermieters zur Beendigung eines Untermietverhältnisses und allfällige Schadenersatzansprüche bei der Rückgabe

Der Vermieter kann unterschiedliche Gründe haben, warum er ein Untermietverhältnis nicht mehr akzeptieren bzw. beenden möchte. Daher soll nachfolgend aufzeigt werden, welche rechtlichen Möglichkeiten das Mietrecht dem Vermieter einräumt, ein bestehendes Untermietverhältnis beenden zu können. Es handelt sich streng genommen um indirekte Beendigungsmöglichkeiten, da bekanntlich kein direktes Vertragsverhältnis zwischen dem Vermieter und dem Untermieter besteht.

---

[184] Heinrich 1999 S. 140
[185] Vgl. dazu Kapitel 5.2.2.3

Selbstredend existieren auch Auflösungsmöglichkeiten wie bspw. eine einvernehmliche Auflösung des Hauptmietverhältnisses oder der Verkauf der Immobilie. Auf solche Möglichkeiten wird im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen, da diese rechtlich gesehen klarer Natur sind und die Umsetzung in der Praxis weniger Schwierigkeiten bereitet.

6.1 Ordentliche Kündigung des Hauptmietverhältnisses

Jedes unbefristete Mietverhältnis[186] kann von den Vertragsparteien unter Wahrung der gesetzlichen Kündigungsfrist ordentlich gekündigt werden (Art. 266a-266f OR).[187] Die ordentliche Kündigung des Hauptmietverhältnisses beendet zwar nicht zugleich die Untermiete. Der Mieter sollte dem Untermieter jedoch aus Eigeninteresse kündigen, da er ansonsten je nach Situation sowohl dem Vermieter als auch dem Untermieter gestützt auf unterschiedliche Rechtsansprüche schadenersatzpflichtig wird.

Bei der ordentlichen Kündigung hat der Vermieter die gesetzlich vorgeschriebenen Formvorschriften einzuhalten. Demnach muss die Kündigung schriftlich und auf dem vom jeweiligen Kanton vorgesehenen Formular erfolgen (Art. 266l OR). Die Kündigung kann ohne Begründung ausgesprochen werden; jedoch ist der Mieter berechtigt, vom Vermieter gestützt auf Art. 266l OR eine Begründung zu fordern. Der Mieter muss prüfen können, ob die Kündigung aufgrund eines Verstosses gegen Treu und Glauben resp. aufgrund eines in Art. 271a OR erwähnten Grundes anfechtbar ist.[188]

Vermietet der Mieter mit Zustimmung des Vermieters Räumlichkeiten, so kann der Vermieter dem Mieter – wie vorangehend beschrieben – unter Wahrung der gesetzlichen Frist kündigen. Hat sich das Untermietverhältnis seit der Zustimmung nicht verändert, so darf der Vermieter die Kündigung nicht mit der (wohlgemerkt seinerseits genehmigten) Untermiete begründen – dies verstiesse gegen Treu und Glauben.

Hat sich das Untermietverhältnis jedoch geändert und wurde der Vermieter nicht um erneute Zustimmung angefragt, obwohl dadurch ein Verweigerungsgrund nach Art. 262 Abs. 2 OR vorliegen würde, so kann das Mietverhältnis mit dem Hinweis auf einen Verstoss nach Art. 262 Abs. 2 OR gekündigt werden.

Werden Hauptmietverhältnisse wegen nicht genehmigten Untermietverhältnissen gekündigt, so ist ein möglicher Verstoss gegen Treu und Glaube ein wichtiger zu prüfen-

---

[186] Zu den unbefristeten Mietverhältnissen werden auch diejenigen gezählt, welche eine Mindestlaufzeit aufweisen.

[187] Bei einem befristeten Mietverhältnis ist das Mietende bereits zu Vertragsbeginn bekannt, weshalb für dessen Beendigung keine Kündigung notwendig ist.

[188] Vgl. dazu Lachat/Stoll/Brunner 2009 N 29/3.7

der Punkt.[189] Erfolgt die Kündigung aufgrund eines plausiblen, sachlich nachvollziehbaren Motivs, so liegt grundsätzlich kein Verstoss gegen Treu und Glaube vor.
Vermietet bspw. der Mieter das Mietobjekt unter, ohne beim Vermieter die Zustimmung für eine Untermiete einzuholen, so verletzt der Mieter seine in Art. 262 Abs. 2 lit. a OR postulierte Informationspflicht. Der Vermieter kann aufgrund dieser Vertragsverletzung den Vertrag ordentlich kündigen, da ein Verstoss gegen Treu und Glaube vorliegt.[190] Die Ursache für die Kündigung liegt gerade beim Mieter, weshalb auch nicht abgeklärt werden muss, ob die Untermiete überhaupt zu bewilligen wäre.
Kündigt der Vermieter hingegen das Hauptmietverhältnis nur einzig und allein aus dem Grund, dass der Mieter untervermietet hat und ist die Untermiete gleichzeitig nach Art. 262 Abs. 2 OR zulässig, so beurteilt das Bundesgericht dies als Rachekündigung.[191] Eine missbräuchliche Kündigung liegt ebenfalls vor, wenn der Vermieter auf die Untermietanfrage nicht reagiert oder zu Unrecht verweigert, danach aber eine Kündigung ausspricht.[192]
Vermietet der Mieter hingegen für unbefristete Zeit unter, ohne die Absicht zu haben, in das Mietobjekt zurückzukehren – will er also faktisch einen Mieterwechsel herbeiführen – so verdient dieses Vorgehen keinen Rechtsschutz. Eine ordentliche Kündigung verstiesse in diesem Fall nicht gegen Treu und Glauben. Für den beweispflichtigen Vermieter ist es jedoch schwierig einen Rechtsmissbrauch durch den Mieter nachzuweisen. Wie bereits erwähnt erläuterte das Bundesgericht in einem Entscheid vom 30. August 2000, dass eine sehr vage Vorstellung des Mieters, irgendwann in die gemietete Wohnung zurückzukehren zu wollen, ausreiche, um keine Missbräuchlichkeit anzunehmen.[193]

6.2 Ausserordentliche Kündigung des Hauptmietverhältnisses

Der Gesetzgeber räumt dem Vermieter das Recht ein, ein Mietverhältnis unter bestimmten Voraussetzungen vorzeitig, d. h. ausserhalb der ordentlichen Kündigungsfrist, zu beenden. Dies gilt auch für einen befristeten Mietvertrag sowie einen Mietvertrag mit Mindestlaufzeit. Die zahlreichen Bundesgerichtsentscheide lassen darauf schliessen, dass die Zulässigkeit einer ausserordentlichen Kündigung in der Praxis relevant ist, weshalb auf das Thema nachfolgend vertieft eingegangen wird.

---

[189] MP 2009 S. 238-242 zu BGE 4A.570/2008 vom 19. Mai 2009
[190] U. a. MRA 2010 S. 88. A. A. Lachat/Stoll/Brunner 2009 N 23/2.2.10: Eine ordentliche Kündigung ist anfechtbar, wenn kein Verweigerungsgrund für die Untermiete vorliegt und der Vermieter diese hätte genehmigen müssen. Das Bundesgericht hat sich zu dieser Fragestellung bis jetzt noch nicht geäussert.
[191] MRA 2001 S. 54
[192] Lachat/Stoll/Brunner 2009 N 2/2.2.10 und MRA 2010 S. 89
[193] MRA 2001 S. 52, vgl. dazu auch Kapitel 3.2

In Bezug auf ausserordentliche Kündigungen ist zu klären, gestützt auf welchen Gesetzesartikel diese ausgesprochen werden können. Gemäss Art. 257d OR kann der Vermieter eine solche aussprechen, wenn der Mieter im Zahlungsverzug ist: Nach erfolgter schriftlicher Mahnung unter Ansetzung einer Zahlungsfrist von 30 Tagen kann er nach deren erfolglosen Ablauf kündigen. Der Nachweis einer Unzumutbarkeit für die Vertragsfortsetzung ist bei einem Zahlungsverzug nicht erforderlich.
Eine Mehrheit der Lehre bejaht zudem die Anwendbarkeit von Art. 257f OR, mit welchem die fehlende Sorgfalt und Rücksichtnahmepflicht des Mieters sanktioniert werden kann.[194] So stellt bspw. eine unzulässige Untermiete einen Verstoss gegen die gesetzliche Pflicht des Mieters dar, welche nach Art. 257f OR mit einer ausserordentlichen Kündigung sanktioniert werden kann.[195]
Eine solche kann gemäss einer Minderheit von Rechtsgelehrten auch gestützt auf Art. 266g OR ausgesprochen werden.[196]

6.2.1 Voraussetzung nach Art. 257f OR

Damit der Vermieter eine ausserordentliche Kündigung gestützt auf Art. 257f OR aussprechen kann, muss der Mieter gegen die in diesem Artikel auferlegte Sorgfalt und Rücksichtnahme verstossen haben. Die Vertragsverletzung muss eine gewisse Schwere in Form der fortgesetzten oder der wiederholten Pflichtverletzung aufweisen – einzig das Nichteinholen der Zustimmung des Vermieters zur Untermiete etwa reicht nicht aus. Wird der Mieter jedoch vom Vermieter aufgefordert, die Konditionen der Untermiete bekanntzugeben und kommt er der Aufforderung nicht nach, so ist dieses Verhalten genügend qualifiziert für Art. 257f OR.[197] Auch ein absichtliches Anlügen oder ein aktives Verheimlichen der Untermiete stellt einen ausreichenden Verstoss gegen Art. 257f OR dar.[198]
Bevor der Vermieter die ausserordentliche Kündigung aussprechen kann, ist er verpflichtet, den Mieter schriftlich zu mahnen (Art 257f Abs. 3 OR), dass dieser das unbewilligte Untermietverhältnis zu beenden oder in Einklang mit Art. 262 OR zu bringen

---

[194] AJP 2009 S. 371-372: Koller begrüsst zwar das Resultat des BGE 134 III 300. Er lehnt jedoch eine unmittelbare Anwendung von Art. 257f OR ab, da seiner Ansicht nach die mit einer Untermiete verbundenen Mieterpflichten mit den in Art. 257f. OR festgehaltenen Pflichten wenig gemeinsam haben. Er leitet das Vertragsauflösungsrecht aus einer Gesamtanalogie ab.
[195] Maag 2006 S. 128
[196] Vgl. dazu Zihlmann 1995 S. 95, welcher die Minderheitsmeinung vertritt.
[197] Pra 97(2008)130 S. 824 zu BGE 134 III 300 und ZBJV 2010 S. 67 zum gleichen BGE
[198] Vgl. dazu Heinrich 1999 S. 144: Wenn das Nichteinholen aufgrund reiner Nachlässigkeit seitens des Mieters erfolgt, liegt keine Verletzung von Art. 262 Abs. 2 lit. a OR vor. Ein Vorgehen nach Art. 257f OR wäre deshalb nicht gerechtfertigt.

hat.[199] Der Mieter kann nachträglich ein Gesuch um Zustimmung zur Untermiete stellen. Kommt der Mieter der Aufforderung des Vermieters nicht nach oder ergibt die nachträgliche Prüfung, dass ein gesetzlicher Verweigerungsgrund nach Art. 262 Abs. 2 OR vorliegt, so ist der Vermieter berechtigt, für das Mietverhältnis einer Wohnung oder Geschäftsraumes die ausserordentliche Kündigung mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende eines Monats auszusprechen.[200] Dabei gelten die gleichen Formerfordernisse wie bei einer ordentlichen Kündigung.

In Ausnahmefällen kann der Vermieter von einer Mahnung absehen, wenn sich diese bereits im Voraus als nutzlos abzeichnet.[201]

Fügt der Mieter der Sache vorsätzlich schweren Schaden zu, so kann der Vermieter von einer Fristansetzung absehen und die Kündigung sogar fristlos aussprechen (Art. 257f Abs. 4 OR). Trotz des engen Wortlauts umfasst Abs. 4 auch körperliche Schäden an beteiligten und unbeteiligten Dritten (bspw. Nachbarn).[202] In diesem Zusammenhang könnte man faktisch von einer weiteren Kündigungsmöglichkeit sprechen.

6.2.2 Gerichtspraxis

Im BGE 134 III 446 äusserte sich das Bundesgericht zur Zulässigkeit einer ausserordentlichen Kündigung bei einer lang andauernden Untermiete, welche im vorliegenden Fall faktisch einer Übertragung des Mietvertrages gleichkam.[203]

Die Beweggründe für eine Untermiete respektive für eine Abtretung des Hauptmietverhältnisses sind unterschiedlich. Bei einer solchen besteht keine Absicht des Mieters in die Räumlichkeiten zurückzukehren. Vermietet der Mieter unter ohne jegliche Rückkehrabsicht, so wird die Institution der Untervermietung für einen Mieterwechsel zweckentfremdet. Wird dem Mieter nach der erfolglosen Aufforderung zur Beendigung der Untermiete ausserordentlich gekündigt, so kann er die Kündigung nicht anfechten, da er seinerseits gegen Treu und Glauben verstossen hat.

6.2.3 Risiken einer ausserordentlichen Kündigung

Eine ausserordentliche Kündigung gestützt auf Art. 257f OR scheint auf den ersten Blick eine elegante Möglichkeit für den Vermieter, ein nicht mehr erwünschtes Mietverhältnis rasch zu beenden. Jedoch sollte letzterer dabei Vorsicht walten lassen, da die

---

[199] MRA 2010 S. 88
[200] MRA 2010 S. 87, SJZ 107(2011) S. 311
[201] SVIT 2008 S. 170 N 42
[202] MRA 2006 S. 133
[203] Vgl. dazu Pra 98(2009)21 S. 166, MP 2008 S. 162-166 zu BGE 134 III 446 (= 4A.181/2008), DdB 2009 S. 28

Gefahr besteht, dass die ausserordentliche Kündigung unrechtmässig ausgesprochen ist und dies bewirken kann, dass ein Mietverhältnis länger als geplant dauert.
Eine unrechtmässige Kündigung ist entweder ungültig oder anfechtbar. Bezüglich der Ungültigkeit unterscheidet das Bundesgericht zwei Formen: Es nimmt die Unwirksamkeit einer Kündigung an, wenn die Kündigung den gesetzlichen Kündigungsvoraussetzungen nicht entspricht (in unserem Fall Art. 257f OR). Die Nichtigkeit einer Kündigung ist gegeben, wenn die formalen Voraussetzungen nach Art. 266l oder 266n OR nicht erfüllt werden.[204] Beide Formen der Ungültigkeit werden von Amtes wegen beachtet.
Von der Anfechtbarkeit einer Kündigung wird hingegen gesprochen, wenn zwar die formellen und materiellen Voraussetzungen erfüllt sind, die Kündigung jedoch unter den gegebenen Umständen missbräuchlich erscheint. Anfechtbarkeit hat keine Folge auf die Gültigkeit einer Kündigung. Letztere kann jedoch vom Mieter angefochten werden.

Für den Vermieter von zentraler Bedeutung ist, ob ein Verfahren an der Mietschlichtungsstelle infolge einer unrechtmässigen Kündigung eine Kündigungs-Sperrfrist zu Gunsten des Mieters (nach Art. 271a lit. d oder / und lit. e OR) auslöst.[205] Dies ist bei einer anfechtbaren Kündigung der Fall, nicht aber bei einer nichtigen Kündigung. Im Falle einer Unwirksamkeit einer Kündigung ist die Praxis nicht klar. Das Bundesgericht hat zumindest in einem Entscheid eine Sperrfrist bejaht.[206]
Aus den vorangehenden Ausführungen und der Tatsache, dass die Umwandlung einer unwirksamen ausserordentlichen in eine ordentliche Kündigung nicht zulässig ist,[207] ergibt sich folgende Konsequenz, wenn der Vermieter Gebrauch von der ausserordentlichen Kündigung machen will: Er sollte sowohl eine ausserordentliche als auch eine ordentliche Kündigung aussprechen um zu vermeiden, dass sich bei einer gegebenenfalls als unrechtmässig beurteilten ausserordentlichen Kündigung das Mietverhältnis nicht wegen der Sperrfrist zwangsweise verlängert.

6.3 Widerruf der Zustimmung zur Untermiete

Wie im Kapitel 4.1.5 eingehend erläutert wurde, stellt eine Zustimmungserklärung ein Gestaltungsrecht dar, welches grundsätzlich nicht widerrufen werden kann.

[204] Koller 2010 S. 845-854
[205] SVIT 2008 S. 760-767, N 39-61
[206] BGE 131 III 33
[207] Lachat/Stoll/Brunner 2009 N 27/3.3.1

Die Mehrheit der Lehre sowie das Bundesgericht erachten einen Widerruf jedoch dann für möglich, wenn dieser wie eine einseitige Vertragsänderung seitens des Vermieters erfolgt. Demnach muss er dem Mieter die Änderung auf einem amtlich genehmigten Formular mitteilen.
Ist der Mieter nicht einverstanden, so kann er sich innerhalb einer Frist von 30 Tagen an die Mietschlichtungsstelle wenden und die Vertragsänderung anfechten.

6.4 Ausweisung des Untermieters durch den Vermieter

Im Fall einer nicht genehmigten Untermiete stellt sich die Frage, ob der Vermieter den Untermieter direkt ausweisen lassen kann. Das Gesetz räumt dem Vermieter situativ das Recht ein, sowohl gegen den Mieter wie auch gegen den Untermieter eine Ausweisung zu verlangen. Nachfolgend seien die verschiedenen Ausweisungsmöglichkeiten dargelegt.

6.4.1 Ausweisung nach beendigtem Hauptmietverhältnis

Kraft Art. 262 Abs. 3 OR kann der Vermieter nach Beendigung des Hauptmietverhältnisses den vertragsgemässen Gebrauch der Mietsache verlangen. Der Gebrauch erstreckt sich nicht nur während der Vertragsdauer, sondern beinhaltet auch bei Beendigung des Hauptmietverhältnisses die ordnungsgemässe Rückgabe. Der Vermieter hat demnach einen direkten Ausweisungsanspruch gegen den Untermieter.[208]
Zudem kann der Vermieter aufgrund des dinglichen Anspruchs als Eigentümer nach Art. Art. 641 Abs. 2 ZGB vorgehen.
Strebt der Vermieter eine Ausweisung an, kann er sich hingegen nicht auf den Besitzesschutz nach Art. 926 ZGB stützen – selbst dann nicht, wenn die Untermiete ohne Zustimmung des Vermieters erfolgt ist. Der Untermieter handelt schliesslich nicht eigenmächtig, da er das Mietobjekt mit der Zustimmung des Mieters gebraucht. [209]

6.4.2 Ausweisung bei ungekündigtem Hauptmietverhältnis

Das Gesetz äussert sich nicht klar, ob eine Ausweisung des Untermieters ohne Kündigung des Hauptmietverhältnisses möglich ist.
Heinrich leitet aus dem Sanktionsrecht für ein Untermietverhältnis, welches der Vermieter nicht genehmigt hat und nach Art. 262 Abs. 2 OR auch verweigern dürfte, einen obligatorischen Ausweisungsanspruch ab. Der Vermieter habe ein Wahlrecht zwischen der Ausweisung des Untermieters und der Kündigung des Hauptmietvertrages. Daraus

[208] SVIT 2008 S. 336 N 36, BGE 129 III 112 S. 116-117
[209] MP (1999)1 S. 51 zum Entscheid des Cours de justice (Genf) vom 12. März 1998

ergibt sich seiner Meinung nach ein Klagerecht für eine Ausweisung des Untermieters.[210]

Zudem bestehen (je nach Lehrmeinung) zwei sachenrechtliche Anspruchsgrundlagen für eine Ausweisung. Erstens kann Art. 641 ZGB einen Ausweisungsanspruch begründen, sofern der Untermieter zu Unrecht im Besitz des Mietobjekts ist.

Zweitens ist nach Meinung Heinrichs eine Ausweisung gestützt auf eine Klage aus Besitzesstörung nach Art. 928 ZGB unter der Voraussetzung möglich, dass der Vermieter nach Art. 262 Abs. 2 OR die Untermiete nicht genehmigen müsste und eine Genehmigung zudem nicht bereits vorliegt. Der Untermieter sei nur gegenüber dem Mieter rechtmässiger Besitzer, weshalb keine Rechtmässigkeit gegenüber dem Vermieter bestehe – so Heinrichs Meinung. Der Mieter könne dem Untermieter nicht mehr Rechte einräumen, als er vom Vermieter selber eingeräumt bekomme.[211]

Andere Autoren verneinen die Möglichkeit einer Ausweisung gestützt auf Besitzesstörung (Art. 928 ZGB), da der Untermieter mit Einwilligung des Mieters Besitzer ist und nicht eigenmächtig gehandelt bzw. den Besitz gestört hat.[212]

6.5 Klage auf Beendigung der Untermiete

Bei einem nicht genehmigten Untermietverhältnis hat der Vermieter sodann die Möglichkeit, den Mieter abzumahnen. Ist die Abmahnung erfolglos, so kann er nicht nur kündigen bzw. den Untermieter ausweisen lassen, sondern auch auf Wiederherstellung des vertragskonformen Zustandes klagen. Heinrich leitet daraus auch die Möglichkeit einer Klage auf Beendigung des Untermietverhältnisses ab.[213] Die Klage setzt voraus, dass das Untermietverhältnis beendet werden kann. Sie ist demnach für ein befristetes Mietverhältnis nicht möglich, weil ein solches grundsätzlich nicht vor Ablauf der Vertragsdauer beendet werden kann.

Eine Klage auf Beendigung des Untermietverhältnisses ist dem Vermieter dann zu empfehlen, wenn der Untermieter nicht gewillt ist das Mietobjekt zu verlassen oder er die Kosten des Auszugs nicht tragen kann. Der Vermieter vermeidet dadurch das Risiko, die in diesem Zusammenhang anfallenden Kosten selber tragen zu müssen.

6.6 Schadenersatzansprüche bei Rückgabe des Mietobjekts

Wie gerade aufgezeigt hat der Vermieter verschiedene Möglichkeiten, ein Untermietverhältnis zu beenden. Die Rückgabe des Mietobjekts erfolgt dabei nicht unbedingt im

[210] Heinrich 1999 S. 141-142
[211] Heinrich 1999 S. 147-148
[212] U. a. Higi S. 678 N 53 zu Art. 262 OR
[213] Heinrich 1999 S. 149

Zeitpunkt der Beendigung des Hauptmietvertrages. Wird das Mietobjekt nicht in ordnungsgemässem Zustand zurückgegeben oder erfolgt die Rückgabe später oder im Falle einer ausserordentlichen Kündigung früher, entsteht dem Vermieter ein finanzieller Schaden. Nachfolgend sollen die möglichen Schadenersatzforderungen des Vermieters im Zeitpunkt einer Rückgabe aufgezeigt werden.

6.6.1 Mögliche Ansprüche gegenüber dem Mieter

Gibt der Mieter das Mietobjekt nicht im vertraglich festgehaltenen Zustand ab oder gibt er das Mietobjekt verspätet zurück, ist er gegenüber dem Vermieter nach Art. 97 OR schadenersatzpflichtig.[214] Es geht dabei einerseits um die Erfüllung des positiven Vertragsinteresses (d. h. der Vermieter wird so gestellt, wie wenn der Vertrag ordnungsgemäss erfüllt worden wäre), andererseits aber auch um den Ersatz des Gewinns, welcher der Vermieter nach dem ordentlichen Lauf der Dinge hätte erzielen können.[215]

Auch bei einem genehmigten Untermietverhältnis haftet der Mieter für den Untermieter, wenn letzterer die Ursache des nicht vertragskonformen Zustandes ist.[216] Ein allfälliger Anspruch ist mit Art. 101 OR oder mit lex specalis Art. 262 Abs. 3 (1. Satz) OR zu begründen.[217] Wie in Kapitel 5.1.1 aufgezeigt wurde, ist eine Befreiung von der Haftung nur möglich, wenn der Mieter den Nachweis erbringen kann, dass ihm bei gleichem Verhalten wie demjenigen des Untermieters keinerlei Verschulden vorgeworfen werden könnte.

Bei einer absichtlichen Untermiete ohne Zustimmung oder bei einer Untermiete trotz berechtigter Verweigerung seitens des Vermieters haftet der Mieter primär direkt nach Art. 97 OR.[218] Sein Verhalten ist widerrechtlich, da dadurch ein Eingriff in die Rechtssphäre des Hauptmieters stattfindet. In einem gefällten Gerichtsurteil ging das Bundesgericht von einer unechten Geschäftsführung ohne Auftrag nach Art. 423 Abs. 1 OR aus. Demnach kann sich der Vermieter den Vorteil aus der widerrechtlichen Vermietung aneignen.[219]

---

[214] Gauch et al. 2008 N 2862

[215] Heinrich 1999 S. 150: Bei der Untermiete bemisst sich der Schaden bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin.

[216] Pra 81(1992)81 S. 304-405 zu BGE 117 II 14, MP 2008 S. 155

[217] Höchli 1982 S. 66

[218] Heinrich 1999 S. 197: Art. 101/262 Abs. 3 OR sind trotzdem noch anwendbar.

[219] Schmid 2000 S. 205-209 zu BGE 126 II 69, MP (2000)3 S. 128 ff., Huguenin 2004 S. 75 N. 502 mit Verweis auf Entscheid BGE 129 III S. 423

6.6.2 Mögliche Ansprüche gegenüber dem Untermieter

Zwischen Vermieter und Untermieter besteht bekanntlich kein Vertragsverhältnis, weshalb sich allfällige Schadenersatzansprüche einzig auf Art. 41 OR stützen können.

Die Haftung aus unerlaubter Handlung setzt abgesehen vom Schaden ein Verschulden sowie ein rechtswidriges Verhalten voraus. Letzteres ist bei einem Verstoss gegen eine Gesetzesvorschrift bzw. Verletzung eines absoluten Rechts (wozu u. a. Eigentum zählt) des Vermieters gegeben. Ein Verstoss gegen Art. 262 OR wird hingegen dem Mieter und nicht dem Untermieter angerechnet, denn der Untermieter hat keine Pflicht sich zu erkundigen, ob er eine Miete oder Untermiete eingeht.[220]

Bei verspäteter Rückgabe der Sache durch den Untermieter kann der Vermieter ihm als Verursacher gegenüber jedoch einen Entschädigungsanspruch geltend machen.[221] Eine Anspruchsgrundlage ergibt sich aus der unerlaubten Handlung, wenn der Untermieter (mit Verschulden) die Eigentumsrechte des Vermieters verletzt. Ein Verschulden wird angenommen, wenn er von der Beendigung des Hauptvertrages Kenntnis hat bzw. hätte haben müssen.

Bezahlt der Untermieter nach Beendigung bis zum Auszug keinen Mietzins, liegt schliesslich eine unrechtmässige Bereicherung des Untermieters vor. Der Vermieter muss aber nachweisen, dass er infolge dieser unerlaubten Inanspruchnahme entreichert ist. Dies ist gegeben, wenn er das Mietobjekt anderweitig hätte vermieten können.

Schliesslich kann ein Entschädigungsanspruch aus der Annahme eines faktischen Mietvertrages[222] bestehen, ausser der Mieter hat dem Vermieter freiwillig oder unfreiwillig ab dem Kündigungszeitpunkt bis zum Auszug ein Entgelt in der Höhe des Hauptmietzinses geleistet. Ist dies nicht der Fall und zahlt der Untermieter dem Mieter ein Entgelt, so erfolgt dessen Zahlung auf eigene Gefahr, da der Vermieter weiterhin gegen ihn vorgehen kann.

7 Die Untermiete in der Praxis

Der Gesetzgeber räumt dem Mieter unter den nunmehr bekannten Voraussetzungen das Recht zur Untermiete ein. Dennoch stellt sich die Frage, ob es sich bei Art. 262 OR nur um tote Buchstaben handelt oder ob er auch wirklich gelebt wird.

Die Verbreitung der Untermiete lässt sich zahlenmässig nicht eruieren, da das Thema statistisches Brachland darstellt. Entsprechendes Zahlenmaterial war auf Anfrage weder

[220] Heinrich 1999 S. 152
[221] Vgl. dazu Heinrich 1999 S. 203-205
[222] Gauch/Aepli/Stöckli 2009 N 1184-1185

beim Bundesamt für Wohnungswesen, beim Bundesamt für Statistik, beim Immobilien-Beratungsunternehmen Wüst & Partner, bei der staatlichen Schlichtungsstelle für Mietstreitigkeiten in Basel sowie jener der Stadt Zürich noch bei grösseren Bewirtschaftungsunternehmen erhältlich.

Aus fehlendem Zahlenmaterial auf fehlende Anwendung zu schliessen, wäre jedoch falsch, wie dies u. a. die Gerichtsentscheide belegen. Zahlreiche Untermietverhältnisse sind dem Vermieter zum Beispiel vermutlich auch gar nicht bekannt, da sie ihm gar nicht gemeldet werden und etliche davon zu kurz ausfallen um überhaupt aufzufallen – vorausgesetzt, dass keine Reklamationen beim Vermieter anfallen.

7.1 Auf Untermiete basierende Geschäftsmodelle

Von der gesetzlichen Möglichkeit der Untermiete profitieren nicht nur einzelne Mieter, welche bspw. infolge mehrmonatiger Ferienabwesenheit ihre Wohnung vermieten. Vielmehr existieren auch professionelle Unternehmen, welche sich auf die Nische „Untermiete“ in unterschiedlicher Form spezialisiert haben. Nachfolgend seien vier Beispiele aus der Praxis aufgeführt.

7.1.1 Kurzfristige Untermiete von möblierten Wohnungen während Messen und anderen Grossveranstaltungen

Basellodging mietet in Basel professionell Wohnungen während den zwei wichtigsten Ausstellungen Baselworld und Art Basel unter und vermietet diese ihrerseits im möblierten Zustand, aber mit Dienstleistungen ergänzt, während der Messezeit an Messebesucher weiter.[223]

Das besagte Unternehmen wirbt auf seiner Homepage damit, dass der Mieter für diese kurze Vermietungszeit ein Entgelt erhält, welches die Monatsmiete bei Weitem übersteigt.[224]

Es erstaunt deshalb nicht, dass das Standardschreiben z. H. des Vermieters keine Angaben zum Mietzins enthält.[225]

Schon nur gestützt auf die Ausführungen im Internet – aber natürlich auch anhand der bisherigen Ausführungen – ist zu erkennen, dass der Vermieter diese Untermiete nach Art. 262 Abs. 2 lit. b OR verweigern könnte.[226] In der Praxis wird diese Form der Un-

[223] Vgl. dazu Abb. 3 im Anhang S. 61
[224] Vgl. dazu Abb. 4 im Anhang S. 62
[225] http://www.basellodging.ch/download/Mustervorlage_Bewilligungsschreiben.doc [abgerufen am 31.7.2011]
[226] Zur Missbräuchlichkeit siehe Kapitel 4.2.2. Basellodging hat auf schriftliche Anfrage betreffend die Bedingungen des Untermietvertrags nicht reagiert.

termiete in den meisten Fällen wohl nicht gemeldet und / oder fällt dem Vermieter infolge der kurzen Dauer gar nicht auf.

7.1.2 Zwischennutzungen mit befristeten Untermieten z. B. bis Beginn umfassender Renovationsarbeiten bzw. Realisierung eines Neubauprojekts

Bis zur Realisierung umfassender Sanierungen respektive der Realisierung eines Neubauprojekts vergeht einerseits viel Zeit. Andererseits stehen die Mietobjekte in solchen Phasen teilweise leer, was das Risiko von z. B. Hausbesetzungen insbesondere in den Städten vergrössert.

Diesem Konflikt nehmen sich einige Unternehmen wie Technical Service Contractor AG (Tescon) an, welche das gesamte Mietobjekt vom Eigentümer für eine befristete Zeit mieten, um Teilflächen / Zimmer schliesslich an Dritte (tendenziell günstig) unterzuvermieten.[227] Mögliche Untermieter sind bspw. Studenten, welche sich während der Ausbildungszeit in einer Stadt aufhalten und auf günstigen Wohnraum angewiesen sind.

Die Beweggründe eines Mieters für die Übernahme einer gesamten Liegenschaft können vielseitig sein. Im vorliegenden Fall hat der Mieter den Medien diesbezüglich mitgeteilt, dass er damit rechne, beim geplanten späteren Umbau des Gebäudes Aufträge für sein Sanitärunternehmen zu erhalten.[228]

7.1.3 Vermittlung von Untermietangeboten

Die UMS AG hat sich auf „Wohnen auf Zeit“ spezialisiert und betreibt im Internet eine kostenpflichtige Plattform, auf welcher Untermietinteressenten ihr Interesse bzw. Mieter ihre Angebote zur Untermiete deponieren können.[229]

Die UMS AG bietet im Umfeld der Untermiete Dienstleistungen an. Als Beispiele seien eine erste Prüfung des Untermieters sowie ein (subsidiärer) Versicherungsschutz bei allfälligen Schäden aus dem Untermietverhältnis erwähnt, wobei bei letzterem die erfolgte Vermittlung über die UMS AG Voraussetzung ist.[230] Bei Abschluss eines Untermietvertrages wird dieser direkt zwischen Untermieter und Mieter abgeschlossen, womit folglich die UMS AG nicht Vertragspartei wird.

---

[227] Die Tescon T.S.C. AG rückte ins mediale Rampenlicht, da sie von der luxemburgischen Rosebud Hotels Holding SA das ehemalige Hotel Atlantis beim Triemli Spital in Zürich vollständig gemietet hat, um darin Räume u. a. an Studenten befristet unterzuvermieten. Kurz vor Beginn der Bauarbeiten für die Zwischennutzung wurde das leerstehende Gebäude von Hausbesetzern kurzweilig besetzt. Vgl. dazu http://www.tescon-tsc.ch/geschichte.html [abgerufen am 31.7.2011] sowie Breiner 2011 S. 44-47

[228] Vgl. dazu Chapman 2010

[229] http://www.ums.ch/willkommen/ [abgerufen am 31.7.2011]

[230] http://www.ums.ch/media/static/pdfs/info_a_de.pdf [abgerufen am 31.7.2011]

7.1.4 Mittelfristige Untervermietung im Hinblick auf einen Verkauf

In boomenden Wirtschaftsmetropolen besteht eine grosse Nachfrage nach so genannten Business Apartments.[231] Diese zeichnen sich dadurch aus, dass sie einerseits mehr Komfort und Dienstleistungen bieten als herkömmlich möblierte Wohnungen und andererseits preislich günstiger sind als Hotelzimmer. Für Unternehmen ist diese Form der Beherbergung für ihre befristet entsandten, ausländischen Arbeitnehmer interessant, da die Räumlichkeiten u. a. tendenziell grösser ausfallen als Hotelzimmer und sie flexibler als eine normale Mietwohnung gemietet werden können.

Auf Märkten mit einer grossen Nachfrage nach solchen Apartments kann eine mittelfristige Untervermietung sinnvoll sein, um einen höheren Verkaufspreis einer Immobilie zu erwirken. Entschliesst sich ein Eigentümer zum Verkauf eines Mehrfamilienhauses, muss er sich entscheiden, in welchem Zustand er die Immobilie verkaufen will. Wurde in das Gebäude wenig investiert und setzt sich die Mieterschaft aus langjährigen Mietern zusammen, so entsprechen die Bestandesmieten selten den Marktmieten. Ein Käufer wird deshalb unter Berücksichtigung dieser Umstände nur gewillt sein, einen tiefen Kaufpreis zu bezahlen, da auch das in diesem Fall tiefe hypothetische Mietzinspotential nicht ohne Risikoabschlag Berücksichtigung beim Kaufpreis finden wird.

Hat der Eigentümer eine mittelfristige Verkaufsstrategie, möchte aber keine zusätzlichen Investitionen tätigen zwecks Realisierung höherer Mieten (und eines späteren höheren Kaufpreises), so kann er das gesamte Objekt einem einzigen Mieter für eine fixe Dauer vermieten. Die Parteien werden in diesem Fall zudem vereinbaren, dass der Mieter Renovationen durchführt und die renovierten Wohnungen (mit Ergänzung der entsprechenden Dienstleistungen) möbliert als Business Appartements untervermietet. Diese Form der kurzfristigen Mieten bewegt sich dabei über den üblichen Marktmieten normaler Mietwohnungen.

Werden diese höheren Einnahmen über mehrere Jahre generiert, so führen diese ausgewiesenen grösseren Geldflüsse sowohl bei einer Ertragswert- als auch einer Discounted Cash Flow-Bewertung zu einem höheren Immobilienwert und somit faktisch zu einem höheren Kaufpreis. Für den Eigentümer zahlt sich folglich die beschriebene Form der Untermiete aus.[232]

---

[231] Wüst & Partner geht davon aus, dass der Anteil der als Business Apartments vermieteten Wohnungen in Genf 10 %, in Zürich hingegen nur 3 % des Mietwohnungsmarktes beträgt. Vgl. dazu Beobachter 2010

[232] Der Eigentürmer von swiss-flats AG, Herr Günsberg, hat sich mit seinem Unternehmen auf diese Form der Untermiete spezialisiert. Seine Business Apartments werden u. a. auf der Homepage der besagten Aktiengesellschaft www.swiss-flats.com angeboten [abgerufen am 31.7.2011].

7.2 Untermietvertragsklauseln in Musterverträgen

Bekanntlich liegt die Krux in der Umsetzung in die Praxis. Daher werden nachfolgend Formulierungen verschiedener Musterverträge dargestellt, analysiert und beurteilt. Darauf basierend wird schliesslich eine mögliche Vertragsklausel als Empfehlung entwickelt.

7.2.1 Mustervertrag aus dem Buch Vertragsvorlagen von Streiff/Pellegrini/von Kaenel

> *„Ziffer 7: Untermiete und Übertragung der Miete auf einen Dritten ist nur mit vorgängiger schriftlicher Zustimmung des Vermieters zulässig.“*[233]

Diese Formulierung ist insofern gesetzeskonform, als sie dem Mieter explizit vorschreibt, dass eine Zustimmung des Vermieters zur Untermiete schriftlich vorliegen muss. Jedoch ist sie m. E. zu knapp formuliert, weil sie u. a. keine Angabe zum Zeitpunkt macht, wann die Zustimmung vorliegen soll. Zudem erwähnt die Formulierung nicht die möglichen Verweigerungsgründe des Vermieters nach Art. 262 Abs. 2 OR, so dass der Artikel dem Mieter auch nicht als Orientierungshilfe dienen kann.

7.2.2 Mustervertrag des Hauseigentümerverbandes

> *„Ziffer 12: Der Mieter darf die Mietsache mit vorgängiger schriftlicher Zustimmung des Vermieters untervermieten. Er hat den Vermieter zuvor über die beabsichtigten Vertragskonditionen (insbesondere den zu bezahlenden Mietzins) und die Personalien des Untermieters zu informieren. Der Mieter haftet dem Vermieter dafür, dass der Untermieter die Sache nicht anders gebraucht, als es ihm selbst gestattet ist.“*[234]

Der Artikel des Hauseigentümerverbandes gibt den gesetzlichen Sachverhalt korrekt wieder und erwähnt insbesondere die Notwendigkeit der schriftlichen Zustimmung für einen gültigen Untermietvertrag. Zudem präzisiert die Formulierung den Zeitpunkt der Zustimmung. Der Mieter hat sie vorgängig einzuholen.
Der Artikel weist den Mieter darauf hin, dass die genannten und beabsichtigten Vertragskonditionen dem Vermieter bekanntzugeben sind und erwähnt dabei u. a. nament-

[233] Streiff/Pellegrini/von Kaenel 2008 S. 108
[234] Blöchliger 2006 N 3/31

lich den Mietzins. Mit dem Wort „beabsichtigten“ wird nochmals betont, dass die Zustimmung des Vermieters vorgängig einzuholen ist.
Der letzte Satz gibt im Grunde genommen nur Art. 262 Abs. 3 OR mit anderen Worten wieder, kann aber für einen Mieter durchaus hilfreich sein, wenn er z.B. den Gesetzestext nicht zur Hand hat. Das Auslassen einer Aufzählung der möglichen Verweigerungsgründe des Vermieters nach Art. 262 Abs. 2 OR kann als Lücke betrachtet werden.

7.2.3 Mustervertrag des SVIT beider Basel

> *„Ziffer 4: [...] Untervermietung, auch von einzelnen Zimmern, die Aufnahme weiterer Personen sowie das Halten von Tieren bedürfen der schriftlichen Zustimmung des Vermieters. Er kann die Bewilligung jederzeit widerrufen, wenn sich Übelstände ergeben, wenn die mit der Zustimmung verbundenen Aufgaben verletzt werden, oder bei begründeten Reklamationen von Hausbewohnern oder Nachbarn. Im Übrigen gelten für die Untermiete die Bestimmungen von Art. 262 OR. [...]“*[235]

Die vorgeschlagene Vertragsformulierung ist nicht optimal, da verschiedene Sachverhalte, welche einer Zustimmung bedürfen, in einer Ziffer zusammengefasst werden. So gelten z. B. für die Untermiete zwingende gesetzliche Regelungen, während bspw. bezüglich der Tierhaltung keine klaren Regelungen existieren.[236]
Die Regelung sieht vor, dass ein Widerruf der Zustimmung möglich ist. Über die Zulässigkeit eines solchen im gegebenen Fall existieren in der Lehre allerdings unterschiedliche Auffassungen,[237] wie in der vorliegenden Arbeit aufgezeigt wurde. Meines Erachtens sind die angegebenen Widerrufsgründe wie „Übelstände“ oder Verletzung von „Aufgaben“ unpassend. „Übelstände“ sollte m. E. so konkret formuliert sein, dass der Mieter verstehen kann, was damit gemeint ist. In Bezug auf „Aufgaben“ ist zu bemerken, dass ein Mietverhältnis nur in seltenen Fällen mit solchen für den Mieter verbunden ist und daher wohl eher von Auflagen gesprochen werden sollte, welche erfüllt sein müssen. Mit dem letzten Satz sichert sich der Vermieter zwar ab, indem er generell auf Art. 262 OR verweist, die Aussagekraft ist für den Mieter jedoch beschränkt. Ohne Kenntnisse über den Gesetzestext weiss dieser bspw. nicht, welche Informationen der Vermieter für die Prüfung des Untermietverhältnisses benötigt. Dies hat seitens des

[235] Mustervertrag des SVITs beider Basel (Ausgabe 2005)
[236] Regelungen betreffend Tierhaltung in Wohnungen werden rege diskutiert. Vgl. dazu Lachat/Stoll/Brunner 2009 N 2/1.3.11
[237] Vgl. dazu Kapitel 4.1.5

Vermieters unnötigerweise mehr Aufwand zur Folge, da er gegebenenfalls die notwendigen Informationen beim Mieter nachfragen muss. Dies wiederum bedeutet für den Mieter, dass sich eine Untermiete gegebenenfalls unnötig verzögert und für ihn finanzielle Ausfälle zur Folge haben kann.

7.2.4 Entwicklung einer Standardklausel

Gestützt auf die Ausführungen dieser Masterthesis und auf die obigen Vertragsbeispiele schlage ich die nachfolgende Vertragsklausel für die Untermiete bei Immobilien vor.

Untermiete

1. *Der Mieter kann das Mietobjekt mit Zustimmung des Vermieters ganz oder teilweise gemäss Art. 262 OR untervermieten. Der Mieter hat dafür vorgängig beim Vermieter die schriftliche Zustimmung für die Untervermietung unter Vorlage des beabsichtigten Untermietvertrages zu beantragen.*

   Mit der Vorlage des Untermietvertrages bestätigen der Mieter und der Untermieter zudem und schriftlich, dass keine anderweitigen Vereinbarungen zwischen ihnen (bspw. das Entrichten eines Schlüsselgeldes) bestehen.
2. *Der Vermieter kann die Zustimmung verweigern, wenn:*
   a) *der Mieter sich weigert, dem Vermieter die Bedingungen der Untermiete bekannt zu geben oder*
   b) *die Bedingungen der Untermiete im Vergleich zu denjenigen des Hauptmietvertrages missbräuchlich sind oder*
   c) *dem Vermieter aus der Untermiete wesentliche Nachteile entstehen.*
3. *Der Mieter haftet gegenüber dem Vermieter, dass der Untermieter die Sache nicht anders gebraucht, als es ihm selber gestattet ist.*
4. *Eine erteilte Zustimmung zur Untermiete kann der Vermieter jederzeit widerrufen, wenn die mit der Zustimmung oder Duldung verbundenen Auflagen verletzt werden, sich Missstände ergeben oder begründete Reklamationen von Mitbewohnern vorliegen.*
5. *Wenn sich die Grundlage der Gegebenheiten ändert, gestützt auf welche der Vermieter die Zustimmung zur Untermiete gegeben hat, muss der Mieter den Untermietvertrag dem Vermieter innert 30 Tagen zur Neubeurteilung vorlegen.*

Der Detaillierungsgrad der vorangehenden Formulierung soll dem Mieter ermöglichen, sich auf einfache Weise Kenntnis über seine Rechte und Pflichten sowie jene des Vermieters zu verschaffen und sich diesen entsprechend verhalten zu können.
Die gewählten Formulierungen halten sich bewusst nahe am Gesetzestext. Durch den Verweis auf den Gesetzesartikel zu Beginn kennt der Mieter zudem den Ursprung der Regelung.
Um eine Zustimmung des Vermieters möglichst rasch und unkompliziert zu erlangen, ist dem Mieter zu empfehlen, dem Gesuch direkt eine Kopie des Untermietvertrages beizulegen.[238]
Zugleich hat der Mieter dem Vermieter eine von ihm und dem Untermieter unterzeichnete Erklärung zukommen zu lassen, dass neben dem Untermietvertrag keine weiteren Vereinbarungen zwischen den Parteien getroffen wurden. Damit soll insbesondere verhindert werden, dass der Untermieter dem Mieter für die Einräumung der Untermiete eine zusätzliche (ungerechtfertigte) Zahlung zu entrichten hat. Eine solche würde ein Koppelungsgeschäft i. S. v. Art. 254 darstellen, welches nichtig ist.[239] Der Vermieter kann bei Kenntnis eines solchen Geschäfts die Zustimmung zur Untermiete verweigern.
Unter Ziffer 3 wird auf die Haftung des Mieters gegenüber dem Vermieter für nicht vertragsgemässen Gebrauch der Sache durch den Untermieter hingewiesen. Auch hier handelt es sich um die Wiedergabe des Wortlauts des Gesetzestextes. Dem Mieter sollen die Risiken einer Untermiete in Erinnerung gerufen werden.
In der vorletzten Ziffer bedingt sich der Vermieter ausdrücklich das Recht auf einen Widerruf aus. Seine Zustimmung erfolgt bewusst nicht vorbehaltlos und generell, da ansonsten ein Widerruf nicht möglich wäre.
Die letzte Ziffer ermahnt den Mieter schliesslich, dass er bei allfälligen Änderungen der Gegebenheiten innert 30 Tagen erneut die Zustimmung des Vermieters für das Untermietverhältnis einzuholen hat.

8 Schlussbemerkungen

Der heute geltende zwingende Artikel 262 OR zur Untermiete trat mit der Mietrechtsrevision am 1. Juli 1990 in Kraft und gilt für sämtliche Mietobjekte. Die vorliegende Arbeit legt den Schwerpunkt auf unbewegliche Mietobjekte und dabei insbesondere auf Wohn- und Geschäftsräume, welche für die Immobilienwirtschaft relevant sind.

[238] Macher/Trümpy 2008 S. 34: Der Mieterverband erwähnt das Vorlegen einer Kopie des Untermietvertrages ebenfalls als einfachsten Weg zur Erlangung der Zustimmung des Vermieters.
[239] SVIT 2008 N 25b zu Art. 254 OR. Bezüglich Koppelungsgeschäfte siehe auch Wetzel/Mesek 2008 S. 1–10 sowie NZZ Domizil 2011.

Wie der Begriff der Untermiete bereits aussagt, setzt ein Untermietverhältnis ein (Haupt-) Mietverhältnis voraus. In dessen Rahmen kann der Mieter das Mietobjekt teilweise oder ganz für eine befristete oder unbefristete Dauer (maximal aber bis zum Ende des Hauptmietvertrages) untervermieten.

Für den Abschluss des Untermietvertrags gelten wie für den Mietvertrag keine Formvorschriften. Im Hinblick auf mögliche Beweisfragen empfiehlt sich jedoch ein schriftlicher Vertrag.

Der Mieter ist gesetzlich verpflichtet, den Vermieter um Zustimmung für die Untermiete zu bitten. Letzterer kann seine Zustimmung ausschliesslich gestützt auf die in Art. 262 Abs. 2 OR abschliessend aufgezählten Gründe verweigern. Als solche gelten, wenn der Mieter die Bedingungen des Untermietverhältnisses nicht bekannt geben will, wenn diese missbräuchlich sind oder wenn dem Vermieter aus subjektiver und / oder objektiver Sicht Nachteile erwachsen. Darüber hinaus kann der Mieter durch die Inanspruchnahme des Rechtskonstrukts der Untermiete unter Umständen auch gegen das allgemeingültige Verbot des treuwidrigen oder offenbar missbräuchlichen Gebrauchs einer Rechtsnorm verstossen (Art. 2 ZGB).

Für die Zustimmung des Vermieters zur Untermiete existieren keine Formvorschriften. Sie kann vorbehaltslos oder mit Vorbehalten erteilt werden. Da die Zustimmung keine Gültigkeitsvoraussetzung für den Untermietvertrag ist, kann sie auch erst nach Abschluss des Untermietvertrages erfolgen. Die Möglichkeit zum Widerruf der Zustimmung wird im Gesetz zwar nicht erwähnt, jedoch erachten eine Mehrheit der Lehre sowie das Bundesgericht einen solchen als zulässig. Ein Widerruf muss allerdings zwingend den Formalitäten einer Mietzinsänderung entsprechen.

In der vorliegenden Arbeit wurde sodann aufgezeigt, welche Wirkungen ein Untermietverhältnis auf die involvierten Parteien bei verschiedenen Szenarien hat und wie unterschiedlich die Beurteilung der Wirkungen je nach Lehrmeinung ausfällt, wobei mit zunehmender Mieterfreundlichkeit der Lehrmeinung die Konsequenzen von mieterseitigen Verstössen als weniger gravierend beurteilt werden.

Der theoretische Teil wurde mit dem Aufzeigen von Beendigungsmöglichkeiten der Untermiete seitens des Vermieters abgeschlossen, welche basierend auf den gesetzlichen Grundlagen je nach Sachverhalt variieren. Der Vermieter kann einzig gegen seine Vertragspartei, also den Mieter, Massnahmen ergreifen. Er hat dabei zwingend die jeweiligen inhaltlichen und formalen Voraussetzungen zu beachten, da ansonsten der Schutzgedanke für die schwächere Partei (die aus Sicht des Gesetzgebers der Mieter ist)

greift und im extremsten Fall eine dreijährige Kündigungssperrfrist nach Art. 271a OR zur Folge hat.

In Bezug auf Beendigungsmöglichkeiten bestehen für den Vermieter die höchsten Hürden bei einer ausserordentlichen Kündigung, da sie die schärfestmögliche Sanktionsmassnahme darstellt.

Will der Vermieter Gebrauch von ihr machen, empfiehlt es sich, gleichzeitig mit der ausserordentlichen eine ordentliche Kündigung auszusprechen, da gemäss Bundesgericht eine Umwandlung von einer ausserordentlichen in eine ordentliche Kündigung nicht möglich ist und die ausserordentliche Kündigung nur erfolgen kann, wenn der Mieter sich trotz Abmahnung nicht vertragskonform verhält. Als Alternative präsentiert sich die Möglichkeit, dem Mieter lediglich eine ordentliche Kündigung auszusprechen.

Gestützt auf die Ausführungen in dieser Masterthesis ergeben sich abgesehen von der Formulierung eines Musterartikels folgende Punkte, welche in der Praxis zu beachten sind:

- Untermieten können direkt oder indirekt einen negativen finanziellen Einfluss auf die Ertragsseite des Vermieters haben.
- Sämtliche Mitarbeiter des Vermieters, welche Kenntnis von tatsächlichen oder möglichen Untermietverhältnissen erhalten, sollen diese dem Vermieter oder der zuständigen Bewirtschaftungsabteilung melden.
- Die Zustimmung zur Untermiete sollte schriftlich erfolgen und vor Abschluss des Untermietvertrages vorliegen.
- Sie soll weder vorgängig bzw. unbefristet noch vorbehaltlos erfolgen.
- Die Untermietvertragsparteien sollen schriftlich bestätigen, dass im Zusammenhang mit dem Untermietverhältnis neben dem Untermietvertrag keine weiteren Vereinbarungen bestehen.
- Zwecks Lesbarkeit und Verständlichkeit sollte die Untermiete im Mietvertrag mit einer separaten Vertragsklausel erfasst und nicht mit anderen Bestimmungen (bspw. Tierhaltung) vermischt werden.
- Die Regelung der Untermiete im Mietvertrag soll so klar sein, so dass der Mieter sein Verhalten danach ausrichten kann.
- Aufgrund der Risiken einer ausserordentlichen Kündigung sollte der Vermieter eine solche nach Möglichkeit vermeiden und stattdessen eine ordentliche Kündigung bevorzugen oder ggf. die ausserordentliche gleichzeitig mit einer ordentlichen Kündigung aussprechen.

Wie sich im Verlauf der vorliegenden Arbeit gezeigt hat, bietet die Untermiete eine optimale Vertragskonstruktion für bestimmte Situationen. Dies ist bspw. bei häufigen (Unter-) Mieterwechseln bei Studenten-Wohngemeinschaften in einer Studenten-Wohngemeinschaft der Fall.[240] Der Vermieter wird bei solchen sogar entlastet, weil er sich während der Vertragsdauer weiterhin auf nur eine Vertrags- und Ansprechperson (nämlich den Mieter) beschränken kann und sie ihm zudem weiterhin uneingeschränkt haftet.

Ein Blick in die Praxis zeigt ein widersprüchliches Bild: Einerseits werden spezielle Regelungen bezüglich der Untermiete im Mietvertrag aufgestellt, andererseits besteht ein Informationsmangel bezüglich der Verbreitung der Untermiete. Anfragen bei Unternehmen und bei staatlichen Stellen ergaben kein verlässliches Zahlenmaterial. Auch die Anzahl von Gerichtsurteilen zur Thematik ist nicht aussagekräftig, da bei den meisten Mietstreitigkeiten ein Vergleich herbeigeführt wird.

Meines Erachtens wird die Wichtigkeit der Untermiete insbesondere bei den Wohnungsmärkten in den städtischen Ballungszentren mit grossem Nachfrageüberhang unterschätzt.[241]

Die Ausgestaltung des heutigen Mietrechts bewirkt, dass bei langjährigen Mietverhältnissen die Mietzinsen nicht identisch mit den Angebotsmieten sind. Bei einer Neuvermietung hat sich der Mietzins ebenfalls innerhalb des durch das Mietrecht definierten Rahmens zu bewegen. Faktisch werden die Mietzinsen aber in vielen Fällen frei festgelegt und an das aktuelle Marktniveau angepasst.[242] Dies führt zu einer Zweiklassengesellschaft bei den Mietern. Während die Neumieter sowohl aus dem In- als auch aus dem Ausland hohe Mieten bezahlen müssen, bewegen sich als Folge des geltenden Mietrechts die Bestandesmieten langjähriger Mieter unter den Marktmieten[243] Die Bestandesmieter überlegen sich folglich selbst dann, die Wohnung mit dem relativ tiefen Mietzins zu behalten und an Dritte unterzuvermieten, wenn sie für mehrere Jahre wegziehen. Das Nachsehen hat in diesem Fall der Vermieter, da er bei Fehlen eines nach Art. 262 Abs. 2 OR zulässigen Grundes der Untermiete zustimmen muss. Er kann somit die Entstehung eines Untermietverhältnisses nur in seltenen Fällen verhindern.

Im Zusammenhang mit der Untermiete weist das geltende Mietrecht einige Schwächen auf. Zum Beispiel stellen sich diesbezüglich folgende Fragen: Warum schützt der Gesetzgeber einen Mieter, welcher dauerhaft seine Wohnung ohne jegliche eigene Investi-

[240] Vgl. NZZ 2007
[241] Vgl. dazu M & W (2005) S. 2
[242] Schellenbauer 2011 S. 23–24
[243] Vgl. dazu u. a. Neuhaus 2011 S. 15

tionen zu einem höheren (aber nicht missbräuchlichen) Mietzins untervermietet und dabei Gewinn erzielt? Warum muss der Vermieter seine Zustimmung zu diesem Untermietverhältnis geben? Welcher Schutzgedanke besteht des Weiteren bei „Dauer-Untermietverhältnissen“, welche faktisch einem Mieterwechsel gleichkommen? Die heutige Regelung der Untermiete schränkt den Vermieter in der Freiheit ein, seine Mieter selbständig und autonom aussuchen zu können.

Die vorgehend gestellten Fragen stellen Punkte dar, welche der Gesetzgeber bei einer allfälligen künftigen Revision der Untermiete Beachtung schenken sollte. Es ist zu hoffen, dass der Gesetzgeber dabei im Vermieter nicht nur den generell Schuldigen sieht und weiter dessen Befugnisse beschneidet, während der Mieter als vermeintlich Ausgenutzter nicht in die Pflicht genommen wird.

Weitere Regulierungen sollten jedoch wohlüberlegt und zurückhaltend (sofern überhaupt) eingeführt werden. Vom Gesetzgeber falsch gesetzte Anreize im Mietrecht könnten zur Akzentuierung der Untermietproblematik führen, so dass künftig die bekannte Redewendung „Das Schweizervolk – ein Volk von Mietern“ in „Das Schweizervolk – ein Volk von Untermietern“ abgeändert werden müsste.

Anhang

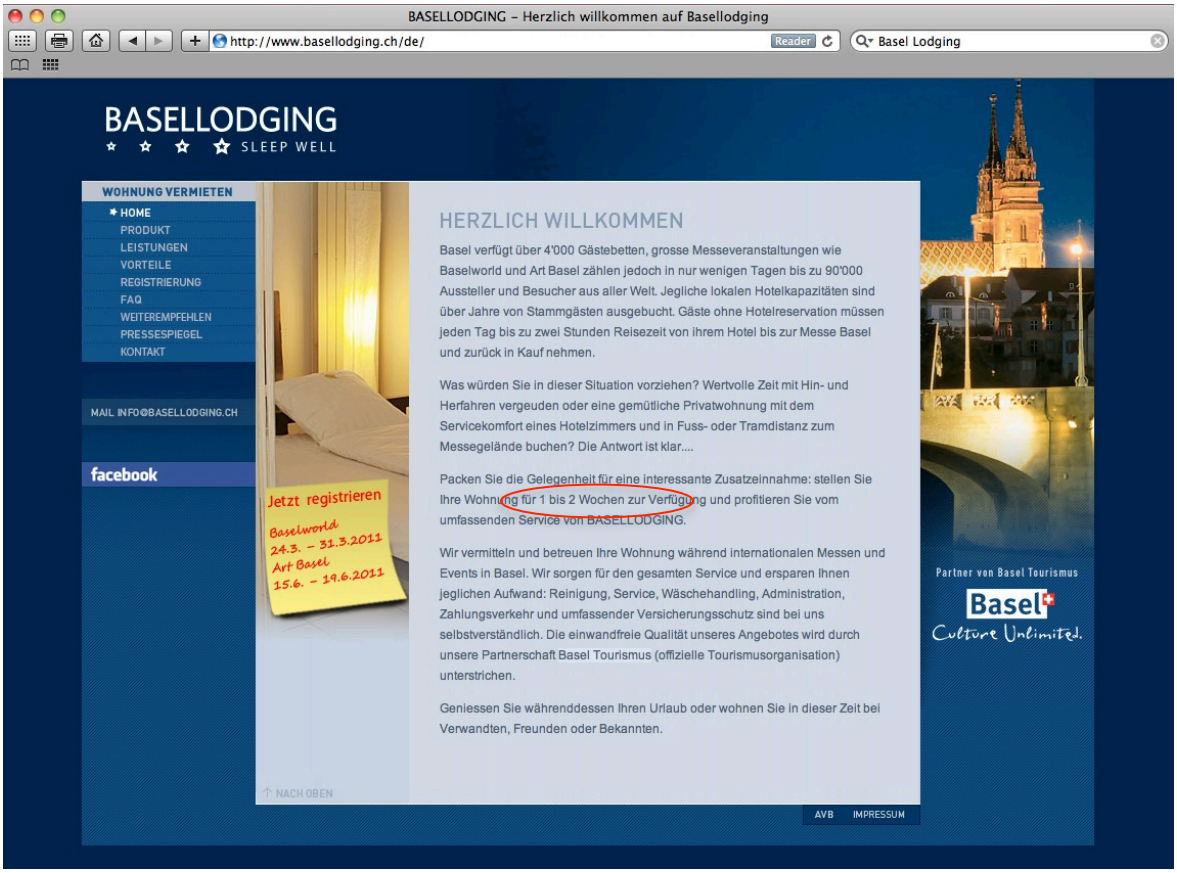

Abb. 3: Startseite für Vermietungsinteressenten bei Basellodging,

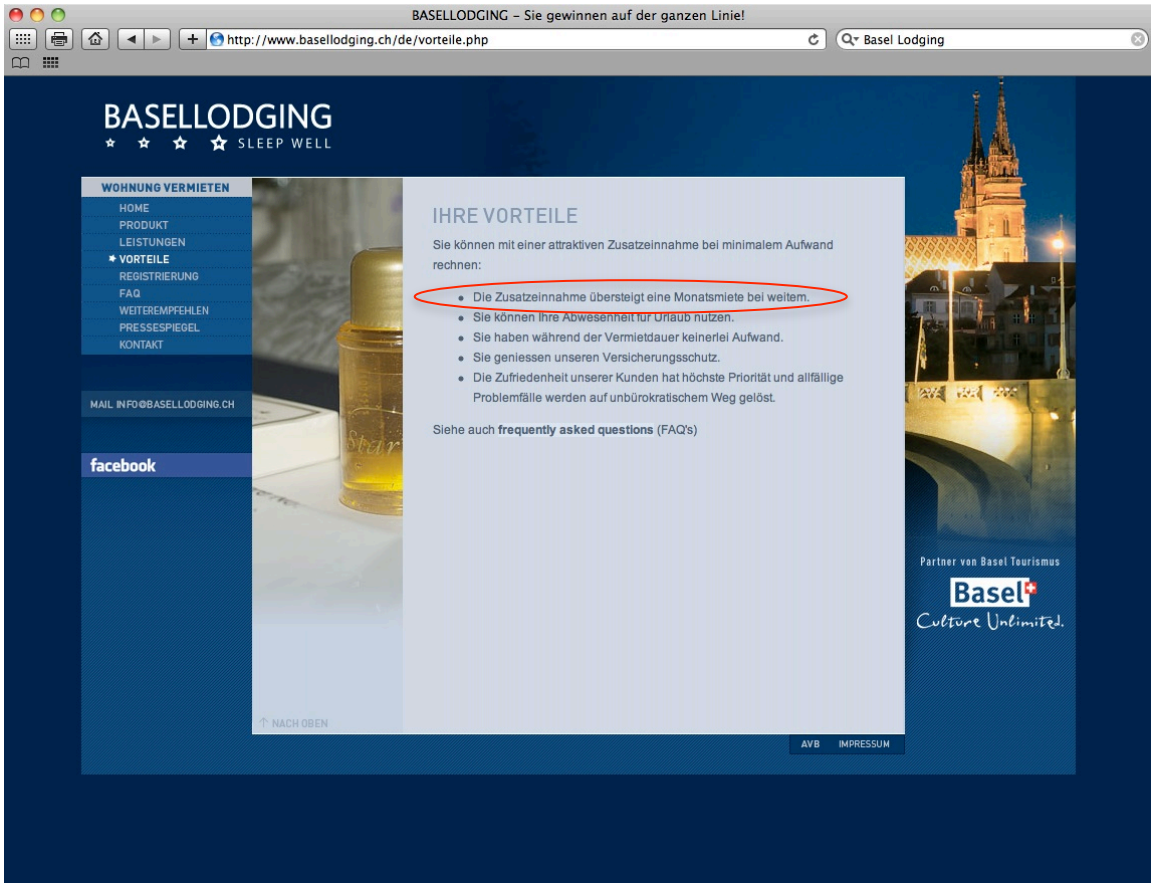

Abb. 4: Die Mietervorteile bei einer Untermiete aus Sicht von Basellodging

Literaturverzeichnis

Beobachter HelpOnline (2009): Merkblatt Untermiete, Zürich 2009 (zitiert: Beobachter 2009)

Bisang, R. (2010): Fragen im Zusammenhang mit gemischten Verträgen mit mietrechtlichem Einschlag, in: MP (2010) S. 236-256 (zitiert: Bisang 2010)

Bisang, R./Burhalter, P./Futterlieb, R./Heinirch, P./Maag, A./Müller, J./Rohrer, B./Stucki, K./Tschudi, M. (2008): Das Schweizerische Mietrecht – SVIT Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2008 (zitiert: SVIT 2008)

Blanc, J. (2005): La sous-location en pratique, in: SJ (2005)2 S. 105-124 (zitiert: Blanc 2005)

Blöchliger, E. (2006): Handbuch der Liegenschaftsverwaltung, 5. Auflage, Zürich 2006 (zitiert: Blöchliger 2006)

Bonnet, F./Montini, M. (2010): Droit du bail à loyer, Basel 2010 (zitiert: Bonnet/ Martini 2010)

Breiner, R. (2011): Zurück zum Ursprung, in: Immobilien Business, März 2011, Zürich 2011 (zitiert: Breiner 2011)

Chapman, M. (2010): Diese Frist gebe ich, dann ziehe ich meine Lösung durch, in: tagesanzeiger.ch, 30.10.2010.
Online verfügbar unter: http://www.tagesanzeiger.ch/zuerich/stadt/Diese-Frist-gebe-ich-dann-ziehe-ich-meine-Loesung-durch/story/11844516 [abgerufen am 10.7.2011] (zitiert: Chapman 2010)

Cerutti, R. (1990): Der Untervertrag, Dissertation, Freiburg 1990 (zitiert: Cerutti 1990)

Engel, P. (2000): Contrats de droit suisse, 2. Auflage, Bern 2000 (zitiert: Engel 2000)

Felber, M. (2000): Aus dem Bundesgericht – Zulässige Untermiete, in: NZZ Nr. 221, 22. September 2000, S. 16 (zitiert: Felber 2000)

Forrer, F./Hiestand, T./Böhringer, P. (2003): Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich 2003 (zitiert: Forrer/Hiestand/Böhringer 2003)

Gauch, P./Aepli, V./Stöckli, H. (2009): Präjudizienbuch OR, Zürich 2009 (zitiert: Gauch/Aepli/Stöckli 2009)

Gauch, P./ Schluep, W./ Schmid, J./ Emmenegger S. (2008): Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, Band 1 und 2, 9. Auflage, Zürich 2008 (zitiert: Gauch et al. 2008)

Giger, B. (1995): Die Erstreckung des Mietverhältnisses (Art. 272-272d OR), Dissertation, Zürich 1995 (zitiert: Giger 1995)

Guhl, T./Koller, A./Schnyder, A./Druey, N. (2000): Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000 (zitiert: Guhl/Kohler 2000)

Heinrich, P. (1999): Die Untermiete, Dissertation, Zürich 1999 (zitiert: Heinrich 1999)

Heinrich, P. (2007): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007 (zitiert: Heinrich 2007)

Higi, P. (1994): Die Miete, Zürcher Kommentar, Teilband V 2b, 3. Auflage, 1. Lief. Art. 253-265 OR, Zürich 1994; 2. Lief. Art. 266-268 OR, Zürich 1995; 3. Lief. Art. 269-270e OR, Zürich 1998; 4. Lief. Art. 271-274 OR, Zürich 1996; (zitiert: Higi 1994)

Höchli, A. (1982): Der Untermietvertrag, Dissertation, Zürich 1982 (zitiert: Höchli 1982)

Honsell, H. (2010): Schweizerische Obligationenrecht – Besonderer Teil, 9. Auflage, Bern 2010 (zitiert: Honsell 2010)

Huguenin, C. (2004): Obligationenrecht – Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich 2004 (zitiert: Huguenin 2004)

Koller, A. (2010): Ausserordentliche Kündigung der Wohnungs- und Geschäftsmiete wegen vertragswidrigen Verhaltens des Mieters, in: AJP (2010) S. 845-854 (zitiert: Koller 2010)

Lachat, D. (2008): Le bail à loyer, 2. Auflage, Lausanne 2008 (zitiert: Lachat 2008)

Lachat, D./Stoll, D./Brunner, A. (2009): Das Mietrecht für die Praxis, 8. Auflage, Zürich 2009 (zitiert: Lachat/Stoll/Brunner 2009)

Landolt, C. (2010): Wenn Mieter zu Vermietern werden, in: TA vom 12.11.2010. Online verfügbar unter: http://www.tagesanzeiger.ch/zuerich/stadt/Wenn-Mieter-zu-Vermietern-werden/story/28589550/print.html [abgerufen am 31.7.2011] (zitiert: Landolt 2010)

Maag, A. (2006): Die Bundesgerichtspraxis zur ausserordentlichen Kündigung nach Art. 257f OR bei Vertragsverletzungen, in: MRA (2006) S. 127-137 (zitiert: Maag 2006)

Macher, P./Trümpy, J. (2008): Mietrecht für Mieterinnen und Mieter, 7. Auflage, Zürich 2008 (zitiert: Macher/Trümpy 2008)

Montini, M./Wahlen, C. (2008): Die Untermiete – Unterlassene Kündigung des Hauptmieters – Folgen nach Art. 273b OR, in: MP (2008) S. 147-161 (zitiert: Montini/Wahlen 2008)

Neuhaus, C. (2011): Die Wohnung zahlt der Arbeitgeber, in: NZZ Nr. 170, 23. Juli 2011, S. 15 (zitiert: Neuhaus 2011)

Nef, U./Roberto, V. (1995): Sachenrecht für Ingenieure und Architekten, Zürich 1995 (zitiert: Nef/Roberto 1995)

o. V. (2011): Schlüsselgeld – wer zahlt und wer profitiert, in: NZZ Nr. 89, 15. April 2011, S. 71 (zitiert: NZZ Domizil 2011)

o. V. (2007): Regeln für das Zusammenleben auf Zeit – Für jede Art von Wohngemeinschaft gibt es einen passenden Mietvertrag, in: NZZ Nr. 51, 2. März 2007, S. 73 (zitiert: NZZ 2007)

Permann, R. (2007): Kommentar zum Mietrecht, 2. Auflage, Zürich 2007 (zitiert: Permann 2007)

Portner, W. (1992): Wegleitung zum neuen Mietrecht, 2. Auflage, Bern 1992 (zitiert: Portner 1992)

Rohrer, B./ Müller, J./ Bartels, T./ Ruf, C./ Hulliger, U./ Schneider, M. (2010): 66 Fragen zum Mietrecht, Zürich 2010 (zitiert: Rohrer et al. 2010)

Schellenbauer, P. (2011): Avenir Suisse Diskussionspapier – Wanderung, Wohnen und Wohlstand – Der Wohnungsmarkt im Brennpunkt der Zuwanderungsdebatte, Zürich 2011 (zitiert: Schellenbauer 2011)

Schmid, C. (2010): Die Miete bezahlt der Chef, in: Beobachter.ch, 27.10.2010. Online verfügbar unter: http://www.beobachter.ch/wohnen/artikel/business-apartements_die-miete-bezahlt-der-chef/ [abgerufen am 31.7.2011] (zitiert: Beobachter 2010)

Schmid, J. (2000): Gewinnherausgabe bei unerlaubter Untermiete, in: Recht (2000)4 S. 205-209 (zitiert: Schmid 2000)

Schmid, J./Hürlimann-Kaup, B. (2009): Sachenrecht, 3. Auflage, Zürich 2009 (zitiert: Schmid/Hürlimann-Kaup 2009)

Schmid, J./Stöckli, H. (2010): Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil, Zürich 2010 (zitiert: Schmid/Stöckli 2010)

Schwenzer, I. (2009): Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern 2009 (zitiert: Schwenzer 2009)

Spöndlin, R. (2010): Wie man eine Wohnung korrekt untervermietet, in: M&W (2010)5 S. 12-13 (zitiert: Spöndlin 2010)

Streiff, U./Pellegrini, B./von Kaenel, A. (2008): Vertragsvorlagen, 4. Auflage, Zürich 2008 (zitiert: Streiff/Pellegrini/von Kaenel 2008)

Tercier, P./Favre, P. /Bugnon, H. (2009): Les contrats spéciaux, 4. Auflage, Genève/ Zurich/Bâle 2009 (zitiert: Tercier/Favre/Bugnon 2009)

Tuor, P./Schnyder, B./Schmid, J./Rumo-Jungo, A. (2009), Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich 2009 (zitiert: Tuor et al. 2009)

Walter, H.-P. (2008): Art. 262 OR, in: Honsell H. (Hrsg): Kurzkommentar OR Art. 1-529 OR, Basel 2008, S. 958-960 (zitiert: Walter 2008)

Weber, R. (2007): Kommentar zu Art. 253-274g OR, in: Honsell, H./Vogt, N./Wiegand, W. (Hrsg.): Basler Kommentar, 4. Auflage, Basel 2007 (zitiert: Weber 2007)

Wetzel, T./Mesek, K. (2008): Die Vereinbarung zur Zahlung von Schlüsselgeld: Ein nichtiges Koppelungsgeschäft?, in: MRA (2008)1 S. 1-10 (zitiert: Wetzel/Mesek 2008)

Winiger, T. (2005): Die Untermiete, in: Monatsschrift des HEV (2005)12. Online verfügbar unter: http://www.hev-zuerich.ch/ms-zeitschrift/jahr-2005/ms-art-200512-10.htm [abgerufen am 31.7.2011] (zitiert: Winiger 2005)

Materialienverzeichnis

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zur Volksinitiative „für Mieterschutz“, zur Revision des Miet- und Pachtrechts im Obligationenrecht und zum Bundesgesetz über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 27. März 1985, BBl. 1985 I S. 1389 ff. (zitiert: Botschaft 1985)

Ehrenwörtliche Erklärung

Ich versichere hiermit, dass ich die vorliegende Arbeit mit dem Thema „Die Untermiete (Art. 262 OR): Eine gesetzliche Bürde für den Vermieter?“ selbständig verfasst und keine anderen Hilfsmittel als die angegebenen benutzt habe.

Sämtliche Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus veröffentlichten oder nicht veröffentlichten Schriften entnommen sind, habe ich in jedem einzelnen Falle durch Angabe der Quelle (auch der verwendeten Sekundärliteratur) als Entlehnung kenntlich gemacht.

Die Arbeit hat in gleicher bzw. ähnlicher Form noch keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegen und wurde auch noch nicht veröffentlicht.

Zürich, den 12. August 2011

Philipp Käser