

Zur Auswirkung der Spaltungstheorie auf die Ansprüche des Mieters (Art. 261 OR)

Beim Verkauf einer vermieteten Liegenschaft geht der Mietvertrag nach Massgabe von Art. 261 OR auf den Erwerber über. Gemäss einem Teil der Lehre und der Rechtsprechung des Bundesgerichts verbleiben aber die zum Zeitpunkt der Eigentumsübertragung bereits entstandenen und fälligen Ansprüche des Mieters beim alten Vermieter. Sie sind gegen ihn geltend zu machen und nicht gegen den Erwerber. Was im Einzelnen gilt, ist mit Bezug auf die verschiedenen Rechte bzw. Pflichten je gesondert zu prüfen. Im vorliegenden Beitrag werden die sich daraus für den Mieter ergebenden Abgrenzungsprobleme diskutiert und die Rechtsprechung des Bundesgerichts hinterfragt.

Les effets de la théorie dite de la dissociation sur les prétentions du locataire (art. 261 CO)

En cas de vente d'un immeuble loué, le bail passe à l'acquéreur en vertu de l'art. 261 CO. Mais, selon une partie de la doctrine et la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'ancien bailleur demeure responsable envers le locataire pour les prétentions nées et exigibles au moment du transfert de la propriété. Le locataire doit faire valoir ces prétentions contre l'ancien bailleur et non pas contre l'acquéreur. Chaque cas concret doit être résolu en distinguant selon les droits et devoirs en question. La présente contribution traite des problèmes de délimitation qui en résultent pour le locataire et examine de manière critique la jurisprudence du Tribunal fédéral.



Lic. iur. **MARKUS WYTTENBACH**, M.B.L.-HSG,
Rechtsanwalt, Zürich

Inhalt

1. Einleitung
2. Anwendungsbereich der Spaltungstheorie
 - 2.1 Negative Abgrenzung
 - 2.1.1 Liegenschaftsverwaltung handelt als indirekte Stellvertreterin
 - 2.1.2 Gesamtrechtsnachfolge / Vermögensübertrag / Vertragsübernahme
 - 2.1.3 Enteignung / güterrechtliche Auseinandersetzung
 - 2.1.4 Rechtsbeziehungen ausserhalb des Mietverhältnisses
 - 2.1.5 Der Erwerber übernimmt im Kaufvertrag die bestehenden Mietverträge
3. Die beiden Eckpfeiler für die Zuordnung der Forderung
 - 3.1 Massgeblicher Zeitpunkt der Eigentumsübertragung
 - 3.2 Die Fälligkeit im Mietrecht
4. Rückforderung der vom Vermieter nicht ordnungsgemäss hinterlegten Sicherheit
5. Rückforderungsansprüche infolge nichtiger Mietzinserhöhungen
6. Rückforderungsansprüche nach erfolgreichem Senkungsbegehren
7. Nebenkostenabrechnung
 - 7.1 Anspruch auf Erstellung einer Nebenkostenabrechnung
 - 7.2 Rückforderungsanspruch aus der Nebenkostenabrechnung
 - 7.2.1 Der Vermieter erstellt keine Nebenkostenabrechnung
 - 7.2.2 Die erstellte Nebenkostenabrechnung ergibt einen Saldo zu Gunsten des Mieters
 - 7.2.3 Die erstellte Nebenkostenabrechnung erweist sich nachträglich als falsch
8. Mängel an der Mietsache
 - 8.1 Rückforderung von zu viel bezahlten Mietzinsen infolge Mängel

- 8.2 Schadenersatzansprüche
- 8.3 Ersatzansprüche für die Kosten der Mängelbeseitigung
- 9. Entschädigung für Mieterbauten
- 10. Auswirkungen der Spaltungstheorie auf hängige Prozesse
- 11. Kritik an der Spaltungstheorie
 - 11.1 Widerspruch zum klaren Wortlaut des Gesetzes
 - 11.2 Teleologische Auslegung
 - 11.3 Benachteiligung des Mieters
 - 11.4 Widerspruch zu Art. 169 OR (analog)
 - 11.5 Vergleich mit ähnlichen Konstellationen
 - 11.5.1 Übertragung der Familienwohnung bei Scheidung
 - 11.5.2 Übertragung der Geschäftsmiete
 - 11.5.3 Betriebsübergang
 - 11.6 Art. 261 OR als gesetzgeberische Fehlleistung aus der Sicht des Mieters
 - 11.7 Ist BGE 127 III 273 der Weisheit letzter Schluss?
- 12. Fazit

1. Einleitung

Das Mietverhältnis ist ein Dauerschuldverhältnis. Während der Mietdauer kann es bei einem Verkauf der Liegenschaft zu einem Parteiwechsel auf der Seite des Vermieters kommen. Für den Mieter stellt sich dabei u. a. die Frage, an welchen Vertragspartner er sich mit seinen Forderungen aus dem Mietverhältnis zu halten hat¹.

Diese Problemstellung gewann durch die Einführung von Art. 261 Abs. 1 OR für den Mieter an Bedeutung. Unter dem bis am 1. Juli 1990 geltenden Mietrecht übernahm der Erwerber – wenn er in den Mietvertrag eintrat – die Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag. Der Veräusserer haftete je-

.....
¹ Die Ausführungen in diesem Aufsatz gelten sinngemäss auch für das Pachtverhältnis (Art. 290 OR).

doch solidarisch weiter, solange er vom Mieter nicht ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten aus der Haftung befreit worden war (Art. 259 aOR)². Der Mieter erhielt mit dem Erwerber einen neuen Schuldner, der neben den alten trat³. Diese Regelung hatte für den Mieter den Vorteil, dass er entweder beide zusammen oder nach seiner Wahl den Vermieter oder den Erwerber des Mietobjekts ins Recht fassen konnte.

Gemäss dem in der Mietrechtsrevision neu eingeführten Art. 261 Abs. 1 OR geht das bestehende Mietverhältnis bei Veräusserung der Mietsache oder infolge des Zuschlags in der Zwangsverwertung von Gesetzes wegen auf den Erwerber über. Damit sollte der Mieter, verglichen mit der alten Regelung des Art. 259 aOR, besser gestellt werden, weil nach altem Mietrecht das Mietverhältnis nur überging, wenn dieses vom Erwerber übernommen worden war⁴.

Während ein Teil der Lehre und der kantonalen Rechtsprechung betreffend Art. 261 OR die Ansicht vertritt, es finde ein Übergang aller Rechte und Pflichten des Vermieters aus dem Mietvertrag auf den Erwerber statt, richten sich nach anderer Auffassung vor dem Eigentumsübergang entstandene und fällige Ansprüche des Mieters weiterhin gegen den Veräusserer⁵. Diese Frage hat das Bundesgericht in BGE 127 III 273 ff.⁶ betreffend eines durch den Vermieter nicht ordnungsgemäss hinterlegten Mietzinsdepots zugunsten der zweiten Lehrmeinung entschieden. Gemäss dem Bundesgericht erfolgt der Eintritt des Erwerbers in den Mietvertrag «nicht rückwirkend» und der Mieter kann «nicht sämtliche Ansprüche, die er gegen den ehemaligen Vermieter besass, auch gegen den Erwerber des Mietobjekts erheben». Demnach soll die Zuordnung ganz oder teilweise auf den Stichtag der Eigentumsübertragung hin vorzunehmen sein⁷. Die zum Zeitpunkt des Eigentumseintrags bereits entstandenen und fälligen Forderungen bleiben beim alten Vermieter (Veräusserer) bzw. sind gegen

.....
2 OTT/VERARDO, S. 34 m.w.H.

3 SVIT-Kommentar, N 12 zu Art. 261–261a OR; KOLLER, S. 384 Nr 10; WEBER, N 5 zu Art. 261 OR.

4 Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechts vom 27. März 1985, Separatdruck, S. 53.

5 PIETRUSZAK, S. 1228 ff. m.w.H.

6 BGE 127 III 273 →mp 2/01 S. 93.

7 WEBER, N 4 zu Art. 261 OR.

diesen geltend zu machen⁸. Die vertraglichen Ansprüche des Mieters, welche nach dem Eigentumswechsel entstehen oder fällig werden, richten sich gegen den Erwerber (neuer Vermieter)⁹. Mit anderen Worten: Es findet eine Spaltung der Ansprüche des Mieters statt. In der Lehre wird die mit BGE 127 III 273 begründete Rechtsprechung denn auch als «Spaltungstheorie» bezeichnet¹⁰. Dass sich bei dieser Lösung im Einzelfall Abgrenzungsprobleme stellen können, erscheint offensichtlich¹¹. Was im Einzelnen gilt, ist mit Bezug auf die verschiedenen Rechte und Pflichten je gesondert zu prüfen. Bevor hierzu auf ausgesuchte klassische Fälle eingegangen wird, ist zuerst der generelle Anwendungsbereich der Spaltungstheorie zu definieren.

2. Anwendungsbereich der Spaltungstheorie

Damit die Spaltungstheorie überhaupt zur Anwendung gelangt, muss ein Eigentümerwechsel im Sinne von Art. 261 OR vorliegen. Dies ist der Fall, wenn der Vermieter die vermietete Sache nach Abschluss des Mietvertrages veräussert, oder wenn dem Vermieter die Sache in einem Schuld-betreibungs- oder Konkursverfahren entzogen wird.

Unter Veräusserung sind sämtliche Rechtsgeschäfte zu verstehen, welche zu einer Übertragung des Eigentums an der Mietsache führen: so Kauf, Schenkung, Tausch, Erbteilung, Vermächtnis, Verpfändungsvertrag, Einbringung in eine Gesellschaft, usw.¹².

Gemäss Art. 261a OR sind die Bestimmungen über die Veräusserung der Sache sinngemäss anwendbar, wenn der Vermieter einem Dritten ein beschränktes dingliches Recht (z.B. Wohn- oder Baurecht, Nutzniessungsrecht¹³) einräumt und dies einem Eigentümerwechsel gleichkommt. Auch beim umgekehrten Fall, d.h. beim Erlöschen eines beschränkten dingli-

.....
⁸ SVIT-Kommentar, N 9 zu Art. 261–261a OR; HEINRICH, N 6 zu Art. 261–261b OR; KOLLER, S. 399 Nr. 51; VÖGELI, S. 5.

⁹ In der Folge werden der alte Vermieter und Veräusserer als Vermieter und der Käufer, der als neuer Vermieter in das Mietverhältnis eintritt, als Erwerber bezeichnet.

¹⁰ LACHAT/SPIRIG, S. 562; WEBER, N 4 zu Art. 261 OR; VÖGELI, S. 21.

¹¹ KOLLER, S. 382 Nr. 5. Gemäss WEBER schafft die Spaltungstheorie für den Mieter ein kaum zu entwirrendes Durcheinander (WEBER, N 4 zu Art. 261 OR).

¹² LACHAT/SPIRIG, S. 556; SVIT-Kommentar, N 2 zu Art. 261–261a OR.

¹³ LACHAT/SPIRIG, S. 557; SVIT-Kommentar, N 7 zu Art. 261–261a OR.

chen Rechtes, ist Art. 261a OR analog anzuwenden und eine Handänderung anzunehmen¹⁴.

Unter Entzug der Sache in einem Schuldbetreibungs- oder Konkursverfahren ist die Verwertung des Grundstückes gemeint, d.h. wenn dem Vermieter das Eigentum an der Sache entzogen wird. Unerheblich ist, ob dies in einer Betreuung auf Pfändung, Pfandverwertung oder Konkurs geschieht, sei dies durch Zwangsverwertung oder Freihandverkauf¹⁵. Die Konkurseröffnung und die Zwangsverwaltung des Grundstückes durch das Betreibungsamt im Rahmen einer Pfandverwertung (Art. 16 ff. VZG) als solche erfüllen die Voraussetzungen von Art. 261 OR noch nicht, da das Mietobjekt bis zu seiner Verwertung im Eigentum des bisherigen Vermieters verbleibt, auch wenn er die Mietverhältnisse nicht mehr selbst verwalten kann¹⁶.

2.1 Negative Abgrenzung

Die Spaltungstheorie gelangt bei den nachfolgenden Sachverhalten nicht zur Anwendung, weil diese insbesondere nicht als Veräusserungstatbestände im Sinne von Art. 261 OR gelten.

2.1.1 Liegenschaftsverwaltung handelt als indirekte Stellvertreterin

Von der Spaltungstheorie nicht erfasst werden sämtliche Mietverhältnisse, in welchen eine Liegenschaftsverwaltung als indirekte Stellvertreterin in eigenem Namen aber auf Rechnung des Eigentümers, einen Mietvertrag abschliesst. Die Liegenschaftsverwaltung bleibt weiterhin Vermieterin¹⁷.

2.1.2 Gesamtrechtsnachfolge / Vermögensübertrag / Vertragsübernahme

Kein Eigentümerwechsel liegt dort vor, wo die Mietsache Teil eines Vermögens ist, das mit Aktiven und Passiven übergeht, so wenn das Eigentum an einer Liegenschaft auf dem Weg der Gesamtrechtsnachfolge übertragen wird, z. B. durch Erbschaft (Art. 560 ZGB), Erbteilung sowie durch

.....
¹⁴ LACHAT/SPIRIG, S. 557; SVIT-Kommentar, N 7 zu Art. 261–261a OR; Weber, N 1 f. zu Art. 261a OR; HEINRICH, N 1 zu Art. 261–261a OR; BGer 4C.235/2005 vom 24. Oktober 2005; Chambre d'appel de baux et loyer de la Cour de justice du canton de Genève vom 12. Januar 2009 in Cahiers de Bail 4/09 S. 118.

¹⁵ LACHAT/SPIRIG, S. 564; SVIT-Kommentar, N 5 zu Art. 261–261a OR; VÖGELI, S. 3.

¹⁶ LACHAT/SPIRIG, S. 564 f.; HIGI, N 63 zu Art. 261–261a OR; PERMANN, N 11 zu Art. 261a OR.

¹⁷ SVIT-Kommentar, N 3 zu Art. 261–261a OR; BGer vom 19. April 1994 in MRA 1/95 S. 7 ff.

die im Fusionsgesetz geregelten Vorgänge wie Fusion (Art. 3 FusG), Spaltung (Art. 29 FusG) oder Vermögensübertragung (Art. 69 FusG). Art. 261 OR ist auch nicht anwendbar, wenn die Mietsache zufolge Vertragsübernahme i.S.v. Art. 181 OR oder im Fall von Art. 826 OR auf einen neuen Eigentümer übergeht. Keine Veräusserung stellen sodann wirtschaftliche Handänderungen dar, die formell nicht zu einem grundbuchlich eingetragenen Eigentümerwechsel führen, wie z.B. der Verkauf der Aktien einer Immobilien-AG¹⁸.

2.1.3 Enteignung / güterrechtliche Auseinandersetzung

Kein Veräusserungstatbestand im Sinne von Art. 261 OR liegt ferner vor, wenn der Eigentümerwechsel auf eine Enteignung¹⁹ oder durch richterliches Urteil im Rahmen einer güterrechtlichen Auseinandersetzung zurückzuführen ist²⁰.

2.1.4 Rechtsbeziehungen ausserhalb des Mietverhältnisses

Der Eintritt des Erwerbers in den Mietvertrag ist auf die Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis beschränkt. Allfällige andere, ausserhalb des Mietverhältnisses bestehende Rechtsbeziehungen zwischen dem Mieter und dem Vermieter, bleiben unangetastet, selbst wenn sie in einem Zusammenhang mit dem Mietvertrag stehen und allenfalls sogar im selben Vertrag vereinbart worden sind²¹. So gehen z.B. eine vom Vermieter eingegangene Verpflichtung, dem Mieter die im Rahmen eines Geschäftsübernahmevertrags geleistete Goodwillentschädigung bei Vermieterkündigung zurückzuerstatten²², ein Hotel-Managementvertrag im Rahmen einer Zwangsversteigerung²³ oder die Verpflichtung des Vermieters, dem Mieter die von ihm angeschafften Möbel abzukaufen²⁴, nicht auf den Erwerber über, ebenso der Rückforderungsanspruch des Mieters aus einem nichtigen Koppelungsgeschäft (Art. 254 OR).

.....
¹⁸ LACHAT/SPIRIG, S. 557; SVIT-Kommentar, N 3 zu Art. 261–261a OR; HEINRICH, N 3 zu Art. 261–261a OR; PERMANN, N 1 zu Art. 261 OR; RONCORONI 2005, S. 197 f.

¹⁹ RONCORONI 2005, S. 198; SVIT-Kommentar, N 6 zu Art. 261–261a OR.

²⁰ LACHAT/SPIRIG, S. 557 f.

²¹ KOLLER, S. 382 N 5.

²² BGer 4C.84/2007 vom 5. Juli 2007 → [mp 4/04 S. 233 ff.](#)

²³ BGE 131 II 528.

²⁴ WEBER, N 4 zu Art. 261 OR, BGer 4C.418/2005 vom 14. März 2006.

2.1.5 Der Erwerber übernimmt im Kaufvertrag die bestehenden Mietverträge

Weil der Vermieter bei einer vorzeitigen Kündigung des Mietvertrages durch den Erwerber schadenersatzpflichtig wird (Art. 261 Abs. 3 OR), wird regelmässig zur Vermeidung dieses Anspruches der Erwerber im Kaufvertrag verpflichtet, bestehende Mietverträge zu übernehmen und auf das ausserordentliche Kündigungsrecht zu verzichten²⁵. Bei dieser Klausel handelt es sich um einen echten Vertrag zugunsten eines Dritten (des Mieters) im Sinne von Art. 112 Abs. 2 OR²⁶. Der den Mietvertrag übernehmende Erwerber übernimmt alle daraus fliessenden Rechte und Pflichten; der übernommene Vertrag entfaltet mit anderen Worten die Wirkung, die er gegenüber dem früheren Vermieter hatte²⁷. Da der Mietvertrag integral übernommen wird, verbleibt kein Raum für die Spaltungstheorie. Der Mieter kann sämtliche Ansprüche aus dem Mietvertrag gegenüber dem Erwerber geltend machen.

3. Die beiden Eckpfeiler für die Zuordnung der Forderung

Werfen wir weiter einen Blick auf die beiden massgebenden Eckpfeiler – Zeitpunkt des Eigentumsübergangs und Fälligkeit der Forderung – für die Zuordnung der Forderungen, bevor auf einzelne klassische Fälle und die sich stellenden Abgrenzungsprobleme eingegangen wird.

3.1 Massgeblicher Zeitpunkt der Eigentumsübertragung

Bei Verkauf von Grundstücken muss der Eigentumsübergang im Grundbuch eingetragen worden sein. Die Wirkung wird auf den Zeitpunkt der Einschreibung im Tagebuch zurückbezogen (Art. 972 Abs. 2 ZGB)²⁸. Diese Lösung ist in der Lehre nicht unumstritten. Ein Teil derselben vertritt die Auffassung, dass der neue Eigentümer seine Rechte erst geltend machen kann, wenn er im Hauptbuch eingetragen ist²⁹, mithin dass das Datum des Eintrages des Eigentümerwechsels im Hauptbuch entscheidend ist.

.....

²⁵ VÖGELI, S. 22; Die Verpflichtung zur Vertragsübernahme kann auch mündlich erfolgen (RONCORONI 2005, S. 215 m.w.H.).

²⁶ KOLLER, S. 403 N 65; RONCORONI 2005, S. 215; Heinrich, N 7 zu Art. 261–261b OR.

²⁷ WEBER, N 8 zu Art. 261 OR.

²⁸ LACHAT/SPIRIG, S. 558; SVIT-Kommentar, N 2 zu Art. 261–261a OR; HEINRICH, N 6 zu Art. 261–261a OR; RONCORONI 2005, S. 200; VÖGELI, S. 2; BGE 128 III 82 E. 1b und 1c →mp 1/02 S. 42.

²⁹ PERMANN, N 3 zu Art. 261a OR; WEBER, N 3 zu Art. 261 OR.

Kommt es in einem betriebs- oder konkursrechtlichen Zwangsvollstreckungsverfahren (Pfändung, Pfandverwertung, Konkurs, Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung³⁰) zu einer Versteigerung der Liegenschaft, ist der Zeitpunkt des Zuschlages an den Käufer massgebend³¹.

Bei einem Freihandverkauf löst der Eintrag des Eigentümerwechsels im Protokoll des Konkursamtes den Eigentumserwerb aus. Der Eintrag im Grundbuch hat nur noch deklaratorischen Charakter³².

3.2 Die Fälligkeit im Mietrecht

Das Mietrecht befasst sich in einer einzigen Bestimmung, nämlich Art. 257c OR, mit dem Eintritt der Fälligkeit. Art. 257c OR regelt ausschliesslich die Frage des Fälligkeitseintritts der Mietzinszahlungspflicht des Mieters, allenfalls auch der Akontozahlungen oder Pauschalen für die Nebenkosten. Für sämtliche restlichen vertraglichen Ansprüche, die aus dem Mietverhältnis entstehen können, sind mit Bezug auf die Fälligkeitsfrage die Bestimmungen des allgemeinen Teiles des OR über die «Zeit der Erfüllung» (Art. 75 ff. OR) heranzuziehen³³. Unter Fälligkeit ist der Zeitpunkt zu verstehen, auf den hin und von dem an die Erfüllung verlangt werden und (nötigenfalls) eingeklagt werden darf³⁴. Nach der dreistufigen Grundregel des Art. 75 OR richtet sich die Bestimmung der Erfüllungszeit erstens nach einer vertraglichen Regelung. So werden z.B. im Mietvertrag neben der Fälligkeit des Mietzinses regelmässig der Stichtag für die Abrechnung über die Nebenkosten oder die Frist zur Nachzahlung oder Rückerstattung des Saldos aus der Nebenkostenabrechnung geregelt. Liegt keine Abrede über die Fälligkeit vor, kann sich die Erfüllungszeit aus der Natur des Rechtsverhältnisses ergeben. Diese Regel wird in der Praxis selten gebraucht³⁵. Sofern sich die Fälligkeit weder aufgrund einer Abrede noch durch die Natur des Rechtsverhältnisses bestimmen lässt, so tritt sie drittens aufgrund des Gesetzes «sogleich» ein. Kommt diese (subsidiäre)

.....
³⁰ LACHAT/SPIRIG, S. 564.

³¹ SVIT-Komentar, N 2 zu Art. 261–261a OR; WEBER, N 3 zu Art. 261 OR; LACHAT/SPIRIG, S. 565; RONCORONI 2005, S. 221.

³² BGE 128 III 104 E. 3c; LACHAT/SPIRIG, S. 558; a.M.: RONCORONI 2005, S. 221 f.: Beim Freihandverkauf geht das Eigentum an Grundstücken erst mit dem – konstitutiven – Grundbucheintrag [Tagebuch] über.

³³ ADDORISIO DE FEO, S. 165.

³⁴ ADDORISIO DE FEO, S. 166; WULLSCHLEGER, N 3 zu Art. 75 OR.

³⁵ ADDORISIO DE FEO, S. 170 f.; WULLSCHLEGER, N 5 zu Art. 75 OR.

«Sogleich»-Regelung zum Tragen, bedeutet dies nach herrschender Auffassung, dass die Forderung mit ihrer Entstehung fällig wird³⁶. Der Begriff «sogleich» ist aber nicht wörtlich zu verstehen; dem Schuldner muss die Zeit eingeräumt werden, die er unter normalen Umständen zur Leistungserbringung braucht³⁷. Der Erfüllungszeitpunkt muss aus den Umständen des Einzelfalles unter Berücksichtigung von Treu und Glauben festgelegt werden³⁸. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang einem Mieter, welcher einen Saldo aus der jährlichen Nebenkostenabrechnung auszugleichen hatte, eine Zahlungsfrist von 30 Tagen, wie es für die Bezahlung von Rechnungen üblich ist, eingeräumt³⁹.

Zu einzelnen ausgesuchten klassischen Fällen:

4. Rückforderung der vom Vermieter nicht ordnungsgemäss hinterlegten Sicherheit

Der Vermieter hat die vom Mieter in Geld oder Wertpapieren erhaltene Sicherheit bei einer Bank auf einem Sparkonto oder einem Depot, das auf den Namen des Mieters lautet, zu hinterlegen (Art. 257e Abs. 1 OR). Wird innert nützlicher Frist die Sicherheitsleistung vom Vermieter nicht hinterlegt, kann der Mieter dem Vermieter Frist ansetzen, ihn in Verzug setzen und – bei Nichtbefolgen der Frist – Verrechnung erklären bzw. die Sicherheit zurückfordern. Die Frage, ob der Mieter seine Rechte bei der Veräusserung der Liegenschaft auch gegenüber dem Erwerber ausüben kann, war in der Lehre und Rechtsprechung lange Zeit höchst umstritten. So vertrat z.B. das Mietgericht Zürich die Meinung, dass der Erwerber einer Liegenschaft bei Beendigung des Mietverhältnisses für die Rückzahlung des Mieterdepots haftet, wenn der ursprüngliche Vermieter das Depot nicht gesetzeskonform hinterlegt hat⁴⁰. Wie eingangs erwähnt, wurde die-

.....
³⁶ ADDORISIO DE FEO, S. 171.

³⁷ WULLSCHLEGER, N 7 zu Art. 75 OR; ADDORISIO DE FEO, S. 171.

³⁸ LEU, N 4 zu Art. 75 OR.

³⁹ BGer 4C.479/1997 vom 24. Juni 1998 →mp 2/99 S. 83; SVIT-Kommentar, N 4 zu Art. 257c OR; LACHAT/BÉGUIN, S. 257.

⁴⁰ Urteil Mietgericht Zürich vom 3. Dezember 1999 →mp 1/01 S. 21 f.; ebenso das Bezirksgericht Baden (Urteil vom 16. November 1999; OR.1998.50696) und eine Minderheit des Obergerichts des Kantons Aargau (Urteil vom 15. September 2000; OR.2000.00053), als Vorinstanzen zu BGE 127 III 273 →mp 2/01 S. 93; ZIEGLER, S.

→→→

se Frage durch das Bundesgericht entschieden⁴¹. Nach der Auffassung des Bundesgerichts haftet der Erwerber gegenüber dem Mieter nicht für das Mieterdepot, wenn der Vermieter die vom Mieter geleistete Kautionskaution nicht auf den Namen des Mieters bei einer Bank hinterlegt hat. Der Mieter hat sich an den Vermieter zu halten, der das Geld ordnungsgemäss nach der Vorschrift von Art. 257e OR zu hinterlegen hat. In Nachgang zum Entscheid des Bundesgerichts hat das Mietgericht Zürich erklärt, an seiner gegenteiligen Rechtsauffassung nicht mehr festhalten zu wollen⁴².

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts führt dazu, dass der Mieter, welcher die Kautionskaution dem Vermieter übergibt, verpflichtet ist, zu prüfen, ob diese durch den Vermieter auch ordnungsgemäss hinterlegt wird. Erhält er innert nützlicher Frist keine Bestätigung der Bank, ist er faktisch gezwungen, beim Vermieter die Rückzahlung zu verlangen oder die Kautionskaution mit fälligen Mietzinsschulden zu verrechnen⁴³, ansonsten er das Risiko läuft, der Kautionskaution verlustig zu gehen oder im besten Fall dafür nur noch eine Konkursdividende zu erhalten⁴⁴. Anzumerken bleibt, dass ein solches Vorgehen des Mieters zu Beginn eines Dauerschuldverhältnisses kaum eine ideale Ausgangslage für den weiteren Verlauf des Mietverhältnisses bildet⁴⁵, was die meisten Mieter abhalten dürfte, rechtliche Schritte gegenüber dem Vermieter einzuleiten.

Das Bundesgericht hat die Frage offen gelassen, ob allenfalls in dem Fall anders zu entscheiden wäre, in dem die Konkursöffnung in die kurze Zeitspanne fällt, die dem Vermieter zur Eröffnung eines Kautionskontos bzw. -depots stets zugebilligt werden muss⁴⁶. Angesprochen ist damit die Frage der Fälligkeit, mit welcher sich das Bundesgericht in BGE 127 III 273 →mp 2/01 S. 93 nicht näher befassen musste, weil der Mieter während sehr langer Zeit (zwischen der Übergabe der Kautionskaution an den Vermieter und der Konkursöffnung lagen über drei Jahre) keine korrekte Hinterlegung der Kautionskaution verlangt hatte. In Analogie zur Zahlungsfrist von dreis-

← ← ←

137; Gegenteilige Auffassung: Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt vom 6. Februar 1998 in BJM 1998 S. 310 ff.

⁴¹ BGE 127 III 273 ff. →mp 2/01 S. 93.

⁴² ZMP 2/01 Nr. 16.

⁴³ LACHAT/WYTENBACH, S. 265; PIETRUSZAK, S. 1230.

⁴⁴ KNÖPFLER, S. 40.

⁴⁵ HIGI AJP, S. 88.

⁴⁶ BGE 127 III 273 ff. E. 5b →mp 2/01 S. 93.

sich Tagen, welche das Bundesgericht dem Mieter zur Bezahlung des Saldo der Nebenkostenabrechnung einräumt, erscheint es angemessen auch hier die Zeitspanne auf dreissig Tage festzusetzen⁴⁷. Demzufolge kann sich der Mieter, wenn der Eigentumswechsel innerhalb der 30 Tage ab Übergabe der Sicherheit an den Vermieter erfolgt und der Vermieter in-ner dieser Frist das Depot nicht ordnungsgemäss hinterlegt, an den Er-werber halten, weil der Anspruch auf Hinterlegung erst nach der Eigen-tumsübertragung fällig wird. Die Ansprüche auf Hinterlegung und auf Rückzahlung gehen in diesem Fall als vertragliche Nebenpflichten⁴⁸ auf den Erwerber über⁴⁹.

Die ordnungsgemäss hinterlegte Sicherheit geht beim Verkauf der Liegen-schaft auf den Erwerber über, wobei die Bank über den Wechsel des Ver-mieters informiert werden muss⁵⁰.

5. Rückforderungsansprüche infolge nichtiger Mietzins-erhöhungen

Eine vom Vermieter ausgesprochene Mietzins-erhöhung kann nichtig sein, wenn sie nicht auf dem amtlichen Formular ausgesprochen wird, sie nicht oder nicht genügend begründet ist oder der Vermieter mit der Mitteilung der Erhöhung die Kündigung ausspricht oder androht (Art. 269d Abs. 2 lit. a OR)⁵¹. Die Nichtigkeit einer Mietzins-erhöhung kann vom Mieter jederzeit geltend gemacht werden, selbst wenn der «erhöhte» Mietzins bereits jah-relang bezahlt wurde⁵². Der Mieter, der den «erhöhten» Mietzins im Unwis-sen der Nichtigkeit der Mietzins-erhöhung bezahlt hat, kann die zu unrecht bezahlten Beträge vom Vermieter zurückfordern. Der Rückforderungsan-

.....
⁴⁷ Gemäss LACHAT/WYTENBACH, S. 264, beträgt diese Frist einige Tage.

⁴⁸ SVIT-Kommentar, N 16 zu Art. 257e OR; Mietgericht Zürich vom 3. Dezember 1999 in ZMP 2/00 Nr. 25 E. 2.3.

⁴⁹ ähnlich PIETRUSZAK, S. 1231, der den Anspruch auf Rückzahlung übergehen lässt, nicht aber den Anspruch auf Hinterlegung, welcher beim Vermieter verbleibt.

⁵⁰ LACHAT/SPIRIG, S. 562; SVIT-Kommentar, N 27 zu Art. 257e OR.

⁵¹ LACHAT/DÖRFLINGER, S. 304.

⁵² LACHAT/DÖRFLINGER, S. 305; BGer 4A_198/2008 vom 7. Juli 2008 E. 3.2. →mp 1/09 S. 34.

spruch des Mieters ist bereicherungsrechtlicher Natur⁵³ und entsteht schon mit der Fälligkeit des Mietzinses selber⁵⁴. Schuldner eines Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung ist notwendigerweise der Bereicherte. Die Verpflichtung zur Rückzahlung von nichtigen Mietzinserhöhungen geht bei einer Handänderung daher nicht auf den Erwerber über⁵⁵. Der Mieter hat sich demnach an denjenigen Vertragspartner zu halten, der durch die Mietzinsszahlungen ungerechtfertigt bereichert ist⁵⁶. Dies ist für die bis zum Zeitpunkt der Handänderung fällig gewordenen Mietzinse der Vermieter und danach der Erwerber⁵⁷.

Gleich verhält es sich im Fall, wo der Mieter Akontozahlungen oder Pauschalen für Nebenkosten leistete, welche weder vertraglich formgültig vereinbart noch vom Vermieter während des laufenden Mietverhältnisses formgültig als andere einseitige Vertragsänderung im Sinne von Art. 269d Abs. 3 OR angezeigt worden sind⁵⁸. Die Zahlungen für die Nebenkosten erfolgten in solchen Fällen ohne gültigen Rechtsgrund und können vom Mieter nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung von demjenigen Vertragspartner zurückverlangt werden, welcher zum Zeitpunkt des Empfangs der Zahlung die Vermieterstellung innehatte⁵⁹.

6. Rückforderungsansprüche nach erfolgreichem Senkungsbegehren

Verlangt der Mieter eine Senkung des Anfangsmietzinses (Art. 270 OR) oder eine Senkung des Mietzinses wegen veränderter Berechnungsgrundlagen (Art 270a OR), so ist er gemäss Art. 270e OR bis zum gerichtlichen Entscheid gehalten, den bisher geltenden Mietzins weiter zu bezahlen.

.....
⁵³ BGer 4C.398/1998 vom 16. November 1999 →mp 1/01 S. 14; BGer 4A_198/2008 vom 7. Juli 2008 →mp1/09 S. 34; a.M.: WEBER 2005, S. 16, der von einer vertraglichen Natur des Rückforderungsanspruches ausgeht.

⁵⁴ WEBER 2005, S. 16.

⁵⁵ BGer 4C.398/1998 vom 16. November 1999 →mp 1/01 S 14.

⁵⁶ HEINRICH, N 4 zu Art. 269d OR: «Zu viel bezahlte Mietzinse kann der Mieter nach Art. 63 OR zurückfordern, sofern die Berufung auf diesen Formmangel nicht offensichtlich rechtsmissbräuchlich ist.»

⁵⁷ RONCORONI 2005, S. 203 Fn 27; KOLLER, S. 388 Nr. 19.

⁵⁸ LACHAT/BÉGUIN, S. 245; SOMMER, S. 328.

⁵⁹ LACHAT/WYTTEBACH, S. 462, SOMMER, S. 328; Tribunal des baux du canton de Vaud vom 17. Dezember 2007 in CdB 2/08 S. 63.

Obsiegt er, so verfügt er über einen Rückforderungsanspruch⁶⁰. Dieser Rückforderungsanspruch wird mit dem Tag des rechtskräftigen Verfahrensabschlusses rückwirkend auf die sich gemäss den Art. 270 ff. OR ergebenden Termine fällig⁶¹, d.h. bei der Anfechtung des Anfangsmietzinses ab Mietbeginn und bei der Senkung des Mietzinses im Sinne von Art. 270a OR auf den Zeitpunkt, auf den die Mietzinsreduktion hätte in Kraft treten sollen⁶². Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts handelt es sich dabei um einen bereicherungsrechtlichen Anspruch⁶³. Es kann daher auf die Lösung in Ziffer 5 oben verwiesen werden. Auch hier hat sich der Mieter an denjenigen Vertragspartner zu halten, der durch den Empfang der Mietzinszahlungen ungerechtfertigt bereichert ist. Die Verpflichtung zur Rückzahlung von vor der Handänderung erfolgten Zahlungen des Mieters geht nicht auf den Erwerber über.

Hat der Mieter das Mietzinsherabsetzungsbegehren vor dem Eigentumswechsel gestellt, muss er dies gegenüber dem Erwerber nicht nochmals nachholen, da der Erwerber in das Mietverhältnis eintritt, wie es zum Zeitpunkt des Eigentumsübergangs bestand. So ist er an die rechtserheblichen Handlungen gebunden, die der Mieter vor dem Eigentümerwechsel gegenüber dem Vermieter vorgenommen hat, auch wenn sich deren Wirkungen erst zu einem späteren Zeitpunkt zeigen⁶⁴. Der Erwerber übernimmt das Herabsetzungsverfahren in dem Stadium, in dem es sich gerade befindet⁶⁵.

Gemäss Art. 270e Abs. 1 lit. b OR können während der Dauer des Gerichtsverfahrens durch den Richter vorsorgliche Massnahmen bewilligt werden. Diese Bestimmung nahm Bezug auf Art. 274f Abs. 2 aOR⁶⁶, welche mit der Einführung der Eidgenössischen Zivilprozessordnung aufgehoben worden ist. Die Basis für vorsorgliche Massnahmen im Mietrecht

.....
⁶⁰ WEBER 2005, S. 11.

⁶¹ HIGI, N 16 zu Art. 270e OR.

⁶² LACHAT/DÖRFLINGER, S. 319; SVIT-Kommentar, N 5 zu Art. 270e OR.

⁶³ LACHAT/DÖRFLINGER, S. 319; SVIT-Kommentar, N 5 zu Art. 270e OR; a.M.: WEBER, N 2 zu Art. 270e und HEINRICH, N 5 zu Art. 270e OR, welche von einem vertraglichen Rückforderungsanspruch ausgehen.

⁶⁴ RONCORONI 2005, S. 206.

⁶⁵ ZIEGLER, S. 138.

⁶⁶ SVIT-Kommentar, N 6 zu Art. 270e OR.

bildet neu Art. 261 CH-ZPO⁶⁷. Angesichts der Konsequenzen der Spaltungstheorie ist es einem Mieter spätestens beim Wechsel des Eigentümers zu empfehlen, durch vorsorgliche Massnahmen die Sicherung des Rückforderungsbetrages gegenüber dem Vermieter zu verlangen⁶⁸, da dieser Rückforderungsanspruch nicht mit den zukünftigen Mietzinsen verrechnet werden kann und der Mieter die Gefahr läuft, bei Zahlungsunfähigkeit des Vermieters den Rückforderungsbetrag zu verlieren⁶⁹. Möglich wäre auch, dass der Richter im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen den Mietvertrag abändert, indem er eine einstweilige Mietzinsherabsetzung gewährt⁷⁰.

7. Nebenkostenabrechnung

Ähnlich gespalten wie bei der Frage, an welche Vertragspartei sich der Mieter zu halten hat, wenn der Vermieter das Depot nicht ordnungsgemäss hinterlegt, zeigt sich die Lehre auch bei den Abgrenzungsproblemen im Zusammenhang mit den Nebenkosten. So vertreten z.B. **HIGI** und **RONCORONI**, beide ohne nähere Begründung, die Auffassung, dass der Anspruch auf Abrechnung gegen den Vermieter geltend zu machen ist, sofern er die Zeit vor dem Eigentumsübergang betrifft⁷¹. **LACHAT/ROY**, **OBERLE** und **SOMMER** sind der Meinung, dass der Anspruch auf Abrechnung auch für Abrechnungsperioden vor dem Eigentumswechsel gegenüber dem Erwerber geltend zu machen ist, weil es sich um einen Anspruch vertraglicher und nicht bereicherungsrechtlicher Natur handelt⁷². Eine Klärung dieser Frage durch das Bundesgericht steht noch aus. Soweit ersichtlich ist lediglich ein Entscheid des Kantonsgerichts Waadt vom 9. Oktober 2001 publiziert. Das Gericht ist wie **LACHAT/ROY**, **OBERLE** und **SOMMER** der Auffassung, dass der Erwerber dem Mieter auch für die vor dem Eigentumsübergang entstandenen Guthaben aus der Nebenkostenab-

.....
⁶⁷ **HUBER**, N 27 zu Art. 262 ZPO; **SPRECHER**, N 45 zu Vor. Art. 261–269 ZPO.

⁶⁸ **WEBER**, N 1 zu Art. 270e OR; **SPRECHER**, N 3 zu Art. 262 ZPO.

⁶⁹ **HUBER**, N 20 zu Art. 261 ZPO: Die drohende Zahlungsunfähigkeit eines Beklagten im Falle des Unterliegens im Prozess kann gegebenenfalls ein drohender, nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil sein; **SPRECHER**, N 28 zu Art. 261 ZPO.

⁷⁰ **BYRDE**, S. 169 ff.

⁷¹ **RONCORONI** 2005, S. 202; **HIGI**, N 27 zu Art. 261–261a OR.

⁷² **LACHAT/ROY**, S. 256 Fn 125; **OBERLE**, S. 54; **SOMMER**, S. 329.

rechnung haftet⁷³. Wendet man die Spaltungstheorie auf die verschiedenen Konstellationen an, die sich bei den Nebenkostenabrechnungen ergeben können, gelangt man zu den nachfolgenden Ergebnissen:

7.1 Anspruch auf Erstellung einer Nebenkostenabrechnung

Erhebt der Vermieter Akontobeträge für die Nebenkosten, muss er mindestens einmal jährlich eine Abrechnung erstellen (Art. 4 Abs. 1 VMWG). Kommt der Vermieter dieser Verpflichtung nicht nach, kann sich der Mieter u.a. an die Schlichtungsbehörde mit dem Begehren wenden, dass der Vermieter unter Androhung von Straffolge (Art. 292 StGB) verpflichtet wird, die Nebenkostenabrechnung zu erstellen⁷⁴.

Im Allgemeinen ist im Mietvertrag vereinbart, auf welchen Zeitpunkt der Vermieter die Abrechnung vorzunehmen hat. Üblicherweise läuft die Abrechnungsperiode bis zum Ende einer jährlichen Heizperiode (z.B. vom 1. Juli bis 30. Juni, oder vom 1. April bis 31. März)⁷⁵. Teilweise wird dem Vermieter im Mietvertrag eine zusätzliche Frist von mehreren Monaten zum Erstellen der Nebenkostenabrechnung nach Ablauf der Abrechnungsperiode zugestanden⁷⁶. Die Abrechnung wird je nach vertraglicher Regelung am Ende der jährlichen Heizperiode oder am Ende der vertraglichen Frist zur Erstellung der Nebenkostenabrechnung fällig. Fehlt eine vertragliche Regelung gelangt Art. 4 Abs. 1 VMWG zur Anwendung, welcher einen Fälligkeitstermin für die Abrechnungsperiode – mindestens einmal jährlich – festlegt⁷⁷. Der Anspruch auf Erstellung einer Nebenkostenabrechnung geht als mietvertragliche Nebenpflicht⁷⁸ des Vermieters aus dem Mietverhältnis mit dem Eigentum an der Sache auf den Erwerber über. Der Mieter hat demzufolge seinen Anspruch auf Erstellung der Ne-

.....
⁷³ Tribunal des baux du Canton de Vaud vom 9. Oktober 2001 →mp 3/09 S. 168.

⁷⁴ LACHAT/BÉGUIN, S. 255; SVIT-Kommentar, N 27 zu Art. 257–257b OR; WEBER, N 8 zu Art. 257a OR.

⁷⁵ LACHAT/BÉGUIN, S. 248; SVIT-Kommentar, N 4 zu Art. 257c OR.

⁷⁶ Z.B. sechs Monate in Ziffer 2.3. der allgemeinen Bestimmungen zum Mietvertrag für Wohnungen von Wohnbaugenossenschaften und anderen gemeinnützigen Wohnbauträgern des Schweizerischen Verbandes für Wohnungswesen SVW oder fünf Monate gemäss Ziffer 31b des Rahmenmietvertrages für die Westschweiz (RULV).

⁷⁷ OBERLE 2008, S. 12; Mietgericht Zürich vom 17. Januar 1992 in ZMP 2/92 Nr. 17; a. M.: LACHAT/BÉGUIN, S. 248; WEBER, N 8 zu Art. 257a OR, welche auf den Ortsgebrauch abstellen (Art. 257c OR in analoger Anwendung).

⁷⁸ HEINRICH, N 14 zu Art. 257d OR.

benkostenabrechnung gegenüber derjenigen Vertragspartei geltend zu machen, welche am Ende der vertraglichen Abrechnungsperiode bzw. am Ende der Frist zur Erstellung der Nebenkostenabrechnung Vermieter ist. Dies auch, wenn während der Abrechnungsperiode ein Eigentümerwechsel stattgefunden hat. Der Mieter ist an die vertragliche Vereinbarung betreffend die Abrechnungsperioden gebunden. Er hat keinen rechtlich durchsetzbaren Anspruch auf eine Zwischenabrechnung⁷⁹ vor Ablauf der Abrechnungsperiode.

Ist der Vermieter mit mehr als einer Abrechnungsperiode in Rückstand, wird der Mieter seinen Abrechnungsanspruch für die Perioden, welche vor dem Eigentumswechsel fällig geworden sind, gegenüber dem Vermieter geltend machen müssen, weil hier der Anspruch nach der Spaltungstheorie nicht auf den Erwerber übergeht.

7.2 Rückforderungsanspruch aus der Nebenkostenabrechnung

Vom Anspruch auf Erstellung der Nebenkostenabrechnung ist ein allfälliger Rückforderungsanspruch aus dem Saldo der Nebenkostenabrechnung zu unterscheiden. Auch hier sind verschiedene Varianten denkbar.

7.3 Der Vermieter erstellt keine Nebenkostenabrechnung

Kommt der Vermieter seiner Verpflichtung zur Erstellung einer Nebenkostenabrechnung nicht nach, so kann der Mieter die Rückzahlung der während der betreffenden Abrechnungsperiode geleisteten Akontozahlungen verlangen (oder diesen Betrag mit dem laufenden Mietzins verrechnen)⁸⁰. Der Rückzahlungsanspruch wird erst nach Ablauf der Abrechnungsperiode fällig, weil erst dann feststeht, ob der Vermieter seiner Abrechnungspflicht nachkommt und der Mieter die Rückzahlung fordern kann. Daraus ergibt sich, dass im Fall eines Verkaufs der Mietliegenschaft der Anspruch auf Rückerstattung für Akontozahlungen, die während der Abrechnungsperiode bezahlt worden sind, in welche der Eigentumswechsel fiel, gegenüber

.....

⁷⁹ Es verhält sich gleich wie beim Fall, wo das Mietverhältnis während der Abrechnungsperiode durch Kündigung endet. Der Mieter hat keinen Anspruch auf das Erstellen einer Zwischenabrechnung (LACHAT/BÉGUIN, S. 249; OBERLE 2008, S. 12; OBERLE, S. 54), was teilweise so auch vertraglich vereinbart wird (z.B. Ziffer 12 D der Allgemeinen Bedingungen zum Mietvertrag für Wohnräume des HEV Zürich, Ausgabe 2007).

⁸⁰ LACHAT/ROY, S. 256.

dem Erwerber geltend zu machen ist⁸¹. Rückforderungsansprüche aus Abrechnungsperioden, welche vor dem Eigentumswechsel fällig geworden sind, muss der Mieter beim Vermieter anmelden⁸². Daran ändert auch nichts, dass sich hier der Rückforderungsanspruch des Mieters auf Vertrag und nicht auf ungerechtfertigte Bereicherung stützt⁸³. Die Spaltungstheorie unterscheidet nicht zwischen den verschiedenen Anspruchsgrundlagen.

7.2.2 Die erstellte Nebenkostenabrechnung ergibt einen Saldo zugunsten des Mieters

Erstellt der Erwerber für die Abrechnungsperiode, in welche der Eigentumswechsel fiel, eine Nebenkostenabrechnung und ergibt sich daraus, dass der Mieter zu viel Akonti bezahlt hat, d.h. dass aus der Nebenkostenabrechnung ein Saldo zu seinen Gunsten resultiert, wird die Rückerstattungsforderung erst nach der Anerkennung der Abrechnung durch den Mieter fällig⁸⁴. Der Mieter kann den Anspruch gegen den Erwerber geltend machen. Der Rückerstattungsanspruch ist vertraglicher Natur⁸⁵.

Erstellt der Vermieter nach dem Eigentumsübergang eine Nebenkostenabrechnung für eine Abrechnungsperiode, welche vor dem Eigentumsübergang fällig geworden ist, so wird auch hier der Saldo aus der Nebenkostenabrechnung erst mit der Anerkennung durch den Mieter fällig. Dies führt nach der strikten Anwendung des in der Spaltungstheorie enthaltenen Fälligkeitsprinzips dazu, dass die Rückforderungsansprüche den Erwerber treffen. Diese Lösung erscheint nicht sachgerecht. Der Vermieter hat für die abgerechnete Periode die Vorauszahlungen erhalten und die in der Abrechnungsperiode angefallenen Aufwendungen bezahlt. Sodann hätte der Mieter seinen Anspruch auf Abrechnung gegenüber dem Vermie-

.....
⁸¹ ähnlich LACHAT/ROY, S. 256 Fn 126; und OBERLE, S. 54, wonach der Anspruch auf Abrechnung auch für Abrechnungsperioden vor dem Eigentumswechsel gegenüber dem neuen Eigentümer geltend zu machen ist.

⁸² LACHAT/SPIRIG, S. 562; a.M.: Tribunal des baux du Canton de Vaud vom 9. Oktober 2001 →mp 3/09 S. 168 und OBERLE, S. 54.

⁸³ LACHAT/ROY, S. 256 Fn 125; SVIT-Kommentar, N 9a zu Art. 257c OR; OBERLE, S. 54.

⁸⁴ BGer 4C.479/1997 vom 24. Juni 1998 →mp 2/99, welcher zwar die Fälligkeit einer Nachforderung zugunsten des Vermieters betraf. Die Interessenlage ist jedoch vorliegend dieselbe; ebenso die vertraglichen Regelungen, so z.B. in Ziffer 12 C der Allgemeinen Bedingungen zum Mietvertrag für Wohnräume des HEV Zürich, Ausgabe 2007.

⁸⁵ SVIT-Kommentar, N 9b zu Art. 257c OR.

ter geltend zu machen⁸⁶. Es wäre ein ungereimtes Ergebnis, wenn Abrechnungs- und Rückerstattungspflicht auseinander fielen. Es erscheint daher angebracht, hier ausnahmsweise nicht das Fälligkeitsprinzip anzuwenden, sondern den Rückforderungsanspruch des Mieters beim Vermieter zu belassen, welcher im Übrigen auch aus den zu viel erhaltenen Akontozahlungen des Mieters während der Abrechnungsperiode bereichert ist⁸⁷.

Dies gilt nicht für den Fall, wo nicht der Vermieter, sondern der Erwerber in eigenem Namen Nebenkostenabrechnungen für Abrechnungsperioden erstellt, welche zum Zeitpunkt des Eigentumserwerbes bereits fällig waren. Hier stellt der zugunsten des Mieters lautende Saldo der Nebenkostenabrechnung eine Schuldanererkennung des Erwerbers dar (Art. 17 OR)⁸⁸.

7.2.3 Die erstellte Nebenkostenabrechnung erweist sich nachträglich als falsch

Hat der Vermieter formell korrekt über die Nebenkosten abgerechnet, der Mieter diese anerkannt und die Differenz bezahlt, so hat nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Genehmigung folgende Wirkung: Mit der Saldoziehung (d.h. der Zustellung der Nebenkostenabrechnung) und der Saldoanerkennung (d.h. keine Beanstandung bzw. Bezahlung durch den Mieter) schliessen die Parteien eine Saldovereinbarung⁸⁹. Die Saldovereinbarung führt zu einer Novation der Forderung. Die alten Forderungen werden getilgt und es entsteht eine neue Leistungsverpflichtung gemäss dem Saldo⁹⁰. Stellt sich nachträglich heraus, dass die Nebenkostenabrechnung zum Nachteil des Mieters unrichtig war, so richtet sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts der Rückforderungsanspruch nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung⁹¹. Es verhält sich demnach gleich wie bei den Rückforderungsansprüchen des Mieters aufgrund nichtiger Mietzinserhöhungen. Auch diese sind nach der Rechtsprechung

⁸⁶ Vgl. Ziffer 7.2.1.

⁸⁷ So auch die Lösung in Deutschland (BGH, Urteil vom 3. Dezember 2003 – VIII ZR 168/ 03; BGH, Beschluss vom 29. September 2004 – VIII ZR 148/ 02).

⁸⁸ BGE 104 II 190 E 3a.

⁸⁹ SVIT-Kommentar, N 9c zu Art. 257c OR m.w.H.; Mietgericht Zürich vom 20. August 2007 in ZMP 2008 Nr. 7.

⁹⁰ KILIAS, N 6 zu Art. 117 OR.

⁹¹ BGER 4C.250/2006 vom 3. Oktober 2006 →mp 4/06 S. 272; SVIT-Kommentar, N 9c zu Art. 257c OR; a.M.: WEBER, N 8 zu Art. 257a OR, der von einem vertraglichen Rückforderungsanspruch ausgeht.

des Bundesgerichts bereicherungsrechtlicher Natur⁹². Dies führt im Ergebnis dazu, dass die Verpflichtung zur Rückzahlung von zu unrecht dem Mieter belasteten Nebenkosten bei einer Handänderung nicht auf den Erwerber über geht. Der Mieter hat sich demnach an denjenigen Vertragspartner zu halten, der durch die falsche Nebenkostenabrechnung ungegerechtfertigt bereichert ist. Dies ist für die bis zum Zeitpunkt der Handänderung vom Vermieter erstellten und vom Mieter bezahlten Saldoforderungen aus der Nebenkostenabrechnung der Vermieter und danach der Erwerber.

8. Mängel an der Mietsache

Die Gebrauchsüberlassungspflicht des Vermieters beinhaltet u.a. die Pflicht, die Mietsache in einem für den Gebrauch tauglichen Zustand zu erhalten (Art. 256 Abs. 1 OR). Verletzt der Vermieter diese Pflicht, so kann der Mieter die Mängelrechte nach Art. 259a OR geltend machen⁹³. Wird ein mit Mängeln behaftetes Mietobjekt verkauft, geht mit dem Eigentum auch die Gebrauchsüberlassungspflicht auf den Erwerber über. Es gilt der Grundsatz, dass der Erwerber in das Mietverhältnis eintritt, wie es zum Zeitpunkt des Eigentumsübergangs bestand⁹⁴. Hat der Mieter gegenüber dem Vermieter bereits die Mängel gerügt oder eine Frist zur Mängelbeseitigung (Art. 259b OR) angesetzt, so muss er diese Mitteilungen gegenüber dem Erwerber nicht wiederholen. Die zwischen dem Mieter und dem Vermieter abgegebenen Willenserklärungen gelten grundsätzlich nach dem Eigentumsübergang im Verhältnis zwischen dem Mieter und dem Erwerber⁹⁵.

8.1 Rückforderung von zu viel bezahlten Mietzinsen infolge Mängel

Wird die Tauglichkeit der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigt oder vermindert, so kann der Mieter vom Vermieter verlangen, dass er den Mietzins vom Zeitpunkt, in dem er vom Mangel erfahren hat, bis zur Behebung des Mangels entsprechend herabsetzt (Art. 259d OR). Der Rückforderungsanspruch wird fällig, sobald der Vermieter vom Mangel Kenntnis erhält⁹⁶, denn dies ist der Zeitpunkt, in dem bzw. ab dem der

.....
⁹² vgl. vorne Ziffer 5.

⁹³ LACHAT/ROY, S. 162.

⁹⁴ RONCORONI 2005, S. 204 und 206.

⁹⁵ KOLLER, S. 389 N 22; RONCORONI 2005, S. 208.

⁹⁶ Unerheblich dabei ist, wie und durch wen der Vermieter vom Mangel erfahren hat (LACHAT/ROY, S. 176 f.).

Mieter die Herabsetzung zum ersten Mal verlangen könnte⁹⁷. Der Rückforderungsanspruch ist vertraglicher und nicht betriebsrechtlicher Natur⁹⁸.

Findet zwischen der Kenntnisnahme des Vermieters betreffend einem Mangel und der Herabsetzungserklärung bzw. einer entsprechenden Klage des Mieters ein Eigentumswechsel statt, hat der Mieter seine Herabsetzungsforderung bis zum Zeitpunkt des Eigentumswechsels gegenüber dem Vermieter und danach gegenüber dem Erwerber durchzusetzen⁹⁹. Dies lässt sich damit begründen, dass die Gebrauchsüberlassungspflicht des Vermieters das Gegenstück zur Mietzinszahlungspflicht des Mieters bildet. Auch diese entsteht jeden Monat neu¹⁰⁰. Es kann daher die Fälligkeit der mietzinsähnlichen, vertraglichen Rückforderungsansprüche auf den jeweiligen Zeitpunkt der Zahlung des vollen Monatsmietzinses des Mieters gelegt werden¹⁰¹.

8.2 Schadenersatzansprüche

Erleidet der Mieter durch den Mangel an der Mietsache einen Schaden, kann er nach Art. 259e OR vom Vermieter Schadenersatz verlangen. Die Schadenersatzforderungen wird gemäss Art. 75 OR sogleich mit ihrer Entstehung, d.h. mit dem Schadenseintritt, fällig¹⁰². Nach der Spaltungstheorie gehen die vor einer Handänderung entstandenen Schadenersatzansprüche nicht auf den Erwerber über. Schuldner bleibt der Vermieter¹⁰³. Erfolgt der Schadenseintritt erst nach dem Eigentumswechsel, ist die Schadenersatzforderung gegenüber dem Erwerber geltend zu machen. Dies auch, wenn die übrigen Haftungsvoraussetzungen (Mangel am Mietobjekt, adäquater Kausalzusammenhang und Verschulden) nur in der Person des Vermieters vorliegen. Auch hier gilt der Grundsatz, dass der Erwerber in das Mietverhältnis eintritt, wie es zum Zeitpunkt des Eigentums-

.....
⁹⁷ BGE 130 III 504 →mp 3/04 S. 134 ff.; WEBER 2005, S. 9.

⁹⁸ BGE 130 III 504 →mp 3/04 S. 134 ff.

⁹⁹ LÜSCHER, S. 951, Fn 43; ZIEGLER, S. 139.

¹⁰⁰ BGE 115 III 65 ff.; PIETRUSZAK, S. 1230; Kritik an dieser Auffassung bei WEBER, N 4 zu Art. 261 OR.

¹⁰¹ WEBER 2005, S. 10.

¹⁰² ADDORISIO DE FEO, S. 185.

¹⁰³ KOLLER, S. 390 N 23, ZIEGLER, S. 139.

übergangs bestand. Der Erwerber muss sich das Wissen und das Verhalten des Vermieters anrechnen lassen.

Häufig kann der Zeitpunkt des Schadenseintrittes nicht genau bestimmt werden. Zu denken ist dabei insbesondere an sich ausbreitende Schäden. Geht man davon aus, dass der Mieter keinen Nachteil durch die Veräusserung des Mietobjekts erleiden soll, wird von ihm nicht der Beweis verlangt werden können, zu welchem Zeitpunkt jeder einzelne Folgeschaden eingetreten ist. Ist erstellt, dass ein Teil der Schäden vor dem Eigentumswechsel und ein Teil danach entstanden sind, erscheint es zweckmässig, von einer solidarischen Haftung von Vermieter und Erwerber für den Gesamtschaden auszugehen.

8.3 Ersatzansprüche für die Kosten der Mängelbeseitigung

Gemäss Art. 259b lit. b OR kann der Mieter bei leichten und mittleren Mängeln im Rahmen einer Ersatzvornahme die Mängel durch Dritte beheben lassen. Sofern der Vermieter nicht von sich aus bereit ist, die Reparaturkosten zu übernehmen, muss vorerst der Mieter, welcher den Auftrag erteilt hat, die Rechnung bezahlen. Diese Auslagen kann der Mieter danach mit dem Mietzins verrechnen oder den Vermieter durch das Gericht verpflichten, ihm den geschuldeten Betrag zurückzuzahlen¹⁰⁴. Der Mieter wird sich dabei an die Vertragspartei zu halten haben, welche im Zeitpunkt der Ersatzvornahme die Vermieterstellung innehatte. Die Rückerstattung der Kosten ist als Teil des Schadenersatzanspruches zu betrachten¹⁰⁵ und dieser wird mit der Entstehung fällig. Wird nach der Ersatzvornahme das Mietobjekt verkauft, hat sich der Mieter an den Vermieter zu halten. Auch hier gilt der Grundsatz der Spaltungstheorie, dass im Zeitpunkt des Vermieterwechsels bereits bestehende Rechte und Pflichten nicht auf den Erwerber übergehen¹⁰⁶.

9. Entschädigung für Mieterbauten

Nach Art. 260a Abs. 3 OR kann der Mieter bei Beendigung des Mietverhältnisses eine Entschädigung verlangen, wenn er an der Mietsache Erneuerungen oder Änderungen vorgenommen, der Vermieter dazu schriftlich seine Zustimmung erteilt hat und die Mietsache dank diesen Erneuerungen und Änderungen einen erheblichen Mehrwert aufweist. Ohne ge-

.....
¹⁰⁴ LACHAT/ROY, S. 169.

¹⁰⁵ FURRER/WEY, N 166 zu Art. 97–98 OR.

¹⁰⁶ KOLLER, S. 390 N 23.

genteilige Vereinbarung ist die Entschädigung erst am Ende des Mietverhältnisses fällig¹⁰⁷. Demzufolge ist die Entschädigung gegen den Erwerber geltend zu machen, auch wenn der Mieterbau vor dem Eigentumswechsel stattgefunden und der damalige Vermieter die Zustimmung dazu erteilt hat. Die erteilte Zustimmung geht als Nebenrecht mit der Veräusserung des Mietobjekts auf den Erwerber über. Auch hier gilt der Grundsatz, dass der Eigentümerwechsel die Stellung des Mieters nicht ändert und dass der Erwerber die Rechte und Pflichten übernimmt, die der Vermieter hatte¹⁰⁸.

10. Auswirkungen der Spaltungstheorie auf hängige Prozesse

Vollzieht sich der Eigentumswechsel während eines hängigen Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens, welches Ansprüche der Parteien aus dem Mietverhältnis zum Gegenstand hat, so tritt der Erwerber kraft Art. 261 Abs. 1 OR als neuer Vermieter ab dem Zeitpunkt der Handänderung von Gesetzes wegen in den Mietvertrag und damit auch als Partei in den pendenten Prozess ein, soweit dessen Gegenstand einen Sachverhalt berührt, der sich auf das Mietverhältnis auch nach dem Parteiwechsel auszuwirken vermag¹⁰⁹. Mit Wirkung bis zur Handänderung verbleibt der Vermieter die beklagte Partei, ab der Handänderung wird neu der Erwerber Beklagter. Das Verfahren ist auf Seiten der Beklagten mit dem Vermieter und dem Erwerber fortzusetzen, wobei das Gericht die Parteibezeichnung von Amtes wegen zu ändern hat¹¹⁰. Dies gebietet der Grundsatz, dass das Prozessrecht der materiellen Rechtsverwirklichung dienen soll und das Urteil möglichst der aktuellen Rechtslage zu entsprechen hat¹¹¹. Gemäss Art. 83 Abs. 1 CH-ZPO, welcher den Prozessbeitritt des Erwerbers bei Veräusserung des Streitobjektes regelt, steht es dem Erwerber grundsätzlich frei, ob er das Prozessverfahren anstelle der veräussernden Partei weiterführen

.....
¹⁰⁷ LACHAT/WYTENBACH, S. 703; WEBER, N 5 zu Art. 260a OR; ADDORISIO DE FEO, S. 188.

¹⁰⁸ LACHAT/SPIRIG, S. 562; RONCORONI 2005, S. 209.

¹⁰⁹ BGer 4C.291/2006 vom 28. November 2006; Mietgericht Zürich vom 6. Februar 2003 →mp 2/04 S. 111; HIGI, N 23 zu Art. 261–261a OR; HEINRICH, N 5 zu Art. 261–261b OR; LACHAT/SPIRIG, S. 563; RONCORONI 2005, S. 209; SAVIAUX, S. 77; VÖGELI, S. 9.

¹¹⁰ Mietgericht Zürich vom 6. Februar 2003 →mp 2/04 S. 111 zu a§ 49 Abs. 1 ZPO–ZH, welcher mit Art. 83 Abs. 1 CH-ZPO inhaltlich praktisch übereinstimmt.

¹¹¹ SCHWANDER, N 20 zu Art. 83 CH-ZPO.

will oder nicht¹¹². Dieses Wahlrecht hat der Erwerber vorliegend nicht, weil der Eintritt in den Prozess von Gesetzes wegen erfolgt. Eine ausdrückliche Erklärung des Erwerbers zum Prozesseintritt ist nicht notwendig. Es ist Sache zwischen dem Vermieter und dem Erwerber, eine Regelung bezüglich der anfallenden Gerichts- und Parteikosten im Rahmen der ausseramtlichen Abrechnung zu finden¹¹³.

11. Kritik an der Spaltungstheorie

Die Spaltungstheorie wird in der Lehre nicht nur begrüsst, sondern auch kritisiert¹¹⁴.

11.1 Widerspruch zum klaren Wortlaut des Gesetzes

Die Spaltungstheorie widerspricht dem klaren Wortlaut von Art. 261 Abs. 1 OR. Der Gesetzestext impliziert eine Rückwirkung, legt doch Art. 261 Abs. 1 OR fest, dass bei der Veräusserung der Sache das Mietverhältnis ohne Vorbehalt oder Einschränkung mit dem Eigentum an der Sache auf den Erwerber übergeht¹¹⁵. An dieser Stelle sei ein rechtsvergleichender Blick nach Deutschland geworfen. Auch das deutsche Mietrecht kennt die Spaltungstheorie, jedoch ist dort die Rechtslage anders. § 566 Abs. 1 BGB als Pendant zu Art. 261 Abs. 1 OR lautet: «Wird der vermietete Wohnraum nach der Überlassung an den Mieter von dem Vermieter an einen Dritten veräussert, so tritt der Erwerber anstelle des Vermieters **in die sich während der Dauer seines Eigentums** (Hervorhebung durch den Verfasser) aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein». § 566 Abs. 1 BGB hält deutlich fest, dass der Erwerber nur für die Zeit, ab welcher er Eigentümer der Liegenschaft ist, in die Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis eintritt. Diese Einschränkung fehlt in Art. 261 OR. Gemäss der deutschen Lehre entsteht zwischen dem Erwerber und dem Mieter kraft Gesetz ein neues, mit dem alten inhaltsgleiches Mietverhältnis¹¹⁶, dies im Gegensatz zur Lehre und Rechtsprechung in der Schweiz, welche

.....
¹¹² FREI, N 8 zu Art. 83 CH-ZPO.

¹¹³ ZIEGLER, S. 138.

¹¹⁴ WEBER, N 4 zu Art. 261 OR; LACHAT/SPIRIG, S. 562; GASSER, S. 275; GUHL/KOLLER, § 44 N 63, bezeichnet den Entscheid des Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt vom 6. Februar 1998 (BJM 1998 S. 310) als zweifelhaft.

¹¹⁵ WEBER, N 4 zu Art. 261 OR; Mietgericht Zürich vom 3. Dezember 1999 →mp 1/01 S. 17.

¹¹⁶ PALANDT-WEIDENKAFF, N 15 zu § 566 BGB.

grundsätzlich von einem Übergang des bestehenden Mietverhältnisses bzw. von einem Eintritt des Erwerbers in den laufenden Mietvertrag ausgehen¹¹⁷. Die Regelung in Deutschland legt klar, dass der Übergang des Eigentums auf den Erwerber zu einer eigentlichen Zäsur der Ansprüche des Mieters führt. Die genannten Unterschiede zum deutschen Recht lassen für Art. 261 OR den Umkehrschluss zu, dass – weil keine Einschränkungen stipuliert sind und kein neues Mietverhältnis mit dem Erwerber entsteht – das Mietverhältnis als ganzes und inklusive der fälligen Forderungen übergeht.

11.2 Teleologische Auslegung

Gemäss der Botschaft lehnt sich die Bestimmung von Art. 261 OR an das alte Recht an¹¹⁸. Der bestehende Mietvertrag soll «ex lege» auf den Erwerber übergehen¹¹⁹. Die Einschränkung, dass die zum Zeitpunkt des Eigentumserwerbes bereits fälligen Forderungen beim Vermieter verbleiben sollen, findet sich nicht in der Botschaft. Der integrale Übergang des Mietvertrages blieb in der Behandlung in den Räten unbestritten, es wurde nur der hier nicht interessierende Art. 261 Abs. 2 OR abgeändert¹²⁰. Der Gesetzgeber hielt es aber nicht für nötig, die Regelung des alten Rechts (Art. 259 aOR) mit der solidarischen Haftbarkeit von Vermieter und Erwerber ausdrücklich zu übernehmen. Aus dem Umstand, dass bei der Person des früheren Vermieters nur noch die in Art. 261 Abs. 3 OR erwähnte Haftbarkeit zurückbleibt, lässt sich aber nicht ableiten, dass der Erwerber nicht für die vor dem Eigentumsübergang gegenüber dem Mieter entstandenen Verbindlichkeiten haftet¹²¹. Die Spaltungstheorie widerspricht demnach auch dem Willen des historischen Gesetzgebers.

11.3 Benachteiligung des Mieters

Die Spaltungstheorie führt zu einer Benachteiligung des Mieters gegenüber dem Erwerber. Der Mieter kann seine Forderungen, welche vor dem Eigentumsübergang fällig geworden sind, nicht mit den zukünftigen Mietzinsforderungen des Erwerbers verrechnen, da es an der Gegenseitigkeit der Forderungen fehlt (Art. 120 Abs. 1 OR). Der Mieter behält zwar sein

.....
¹¹⁷ LACHAT/SPIRIG, S. 558; SVIT-Kommentar, N 9 zu Art. 261–261a OR; WEBER, N 4 zu Art. 261 OR; RONCORONI 2005, S. 201; SAVIAUX, S. 72.

¹¹⁸ HIGI, N 12 zu Art. 261–261a OR; KOLLER, S. 384 Fn 15.

¹¹⁹ Botschaft, Separatdruck, S. 52.

¹²⁰ vgl. dazu OTT/VERARDO, S. 34 ff.

¹²¹ Tribunal des baux du Canton de Vaud vom 9. Oktober 2001 →mp 3/09 S. 171.

(theoretisches) Verrechnungsrecht gegenüber dem Vermieter. Hier wird die Verrechnung am Vorhandensein einer verrechenbaren Gegenforderung scheitern, weil in aller Regel keine Mietzinsforderungen des Vermieters mehr offen sein dürften.

Der Mieter kann für seine Forderungen gegenüber dem Vermieter, wenn er nicht befriedigt wird, die Mietliegenschaft im Rahmen einer Betreibung gegen den Vermieter pfänden lassen. Damit dient die Mietliegenschaft dem Mieter als Sicherheit für seine Forderungen. Dieses Haftungssubstrat geht verloren, wenn der Vermieter die Liegenschaft verkauft.

11.4 Widerspruch zu Art. 169 OR (analog)

Der Mieter hat am Rechtsgeschäft, welches zu seiner Benachteiligung führt, nämlich dem Verkauf der Mietliegenschaft, nicht teilgenommen. Im Gegenteil: Gegen den Parteiwechsel auf der Seite des Vermieters kann sich der Mieter nicht wehren. Der Vermieterwechsel erfolgt unabhängig vom Willen und vom Wissen¹²² des Mieters. Es bleibt ihm nur die Möglichkeit der Kündigung – unter Umständen aus wichtigen Gründen (Art. 266g OR) – des Mietverhältnisses¹²³. Der Mieter hat aber keine Möglichkeit, den Verkauf und damit die nachteiligen Rechtsfolgen, welche die Spaltungstheorie für ihn mit sich bringt, zu verhindern. Die Spaltungstheorie widerspricht damit dem Rechtsgrundsatz, dass die Rechtslage einer Person, welche an einem Rechtsgeschäft nicht beteiligt ist, durch dieses nicht benachteiligt werden darf (Art. 169 Abs. 1 OR analog)¹²⁴.

11.5 Vergleich mit ähnlichen Konstellationen

Für die Spaltungstheorie findet sich auch keine ähnliche Regelung für den aufgezwungenen Wechsel einer Vertragspartei bei vergleichbaren Verhältnissen. Im Gegenteil:

11.5.1 Übertragung der Familienwohnung bei Scheidung¹²⁵

Eine ähnliche Situation wie beim Übergang des Mietvertrages nach Art. 261 OR liegt bei der Übertragung der Familienwohnung bei Scheidung

¹²² Die Fiktion von Art. 970 Abs. 3 ZGB, wonach Einträge im Grundbuch als bekannt vorausgesetzt werden, gilt hier nicht (RONCORONI 2005, S. 203 Fn 27; KOLLER, S. 388 N 18).

¹²³ RONCORONI 2005, S. 201; SVIT-Kommentar, N 10 zu Art. 261–261a OR.

¹²⁴ KOLLER, S. 389 N 22; LÜSCHER, S. 951.

¹²⁵ Die Ausführungen gelten sinngemäss auch für die Übertragung des Wohnungsmietvertrages bei Auflösung einer Partnerschaft (Art. 32 Abs. 1 PartG).

(Art. 121 ZGB) vor. Gemäss dieser Bestimmung können die Rechte und Pflichten aus dem zwischen dem Vermieter und beiden oder einem Ehegatten abgeschlossenen Mietvertrag im Fall einer Scheidung durch den Scheidungsrichter und ohne Mitwirkung des Vermieters auf den anderen Ehegatten allein übertragen werden¹²⁶. Die richterliche Wohnungsübertragung führt zu einem Parteiwechsel auf Mieterseite. Gegenpartei des Vermieters ist neu entweder ein einziger der Mieter, die den Vertrag abgeschlossen hatten, oder ein neuer Mieter¹²⁷. Der neue Mieter tritt dabei in alle bestehenden Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis ein und haftet neu auch für die mietvertraglichen Schulden, die vor der Scheidung und damit vor der Zeit des Parteiwechsels auf der Mieterseite entstanden sind. Dies gilt für alle vor der Wohnungsübertragung entstandenen Forderungen des Vermieters, so beispielsweise für noch ausstehende Mietzinse und für Nebenkosten (Akonti und Saldo)¹²⁸. Der an der Wohnungsübertragung nicht beteiligte Vermieter wird, weil ein erzwungener Mieterwechsel erfolgt, besser gestellt: Er erhält nicht nur für die bestehenden Forderungen neben dem bisherigen Mieter einen zweiten (Solidar-)Schuldner, der bisherige Mieter haftet auch noch maximal zwei Jahre solidarisch für den Mietzins weiter (Art. 121 Abs. 2 ZGB).

11.5.2 Übertragung der Geschäftsmiete

Nach Art. 263 OR kann der Mieter von Geschäftsräumen das Mietverhältnis mit schriftlicher Zustimmung des Vermieters, die nur aus wichtigen Gründen verweigert werden darf, auf einen Dritten übertragen. Sind die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, kann sich der Vermieter der Übertragung des Geschäftsmietvertrages nicht widersetzen. In diesem Sinne sieht Art. 263 OR eine Verpflichtung des Vermieters zum Abschluss des Mietvertrages mit dem übernehmenden Mieter vor (Kontrahierungszwang)¹²⁹. Stimmt der Vermieter der Übertragung zu, so tritt die Drittperson anstelle des Mieters in das Mietverhältnis ein (Art. 263 Abs. 3 OR). Es findet ein Parteiwechsel statt. Der übernehmende Mieter übernimmt u.a. sämtliche Rechte und Pflichten des bisherigen Mieters¹³⁰. Den Übernehmer treffen nicht nur zukünftige Rechte und Pflichten, sondern die in der

.....
¹²⁶ LACHAT/ZAHRADNIK, S. 490 f.

¹²⁷ RONCORONI 2010, S. 100 f.

¹²⁸ RONCORONI 2010, S. 104 f.; LACHAT/ZAHRADNIK, S. 492.

¹²⁹ LACHAT/ZAHRADNIK, S. 480.

¹³⁰ LACHAT/ZAHRADNIK, S. 486.

Vergangenheit vom bisherigen Mieter vereinbarten Rechte und Pflichten sind gleichfalls für ihn verbindlich. Hat zum Beispiel der bisherige Mieter seinen Mietzins nicht beglichen, so kann sich der Vermieter in dieser Beziehung nunmehr an den Vertragsübernehmer halten¹³¹.

Der übergebende Mieter haftet für eine bestimmte Zeit, maximal zwei Jahre, solidarisch mit dem Dritten (Art. 263 Abs. 4 OR). Dies bedeutet, dass der Vermieter die freie Wahl hat, seine Rechte gegenüber dem bisherigen Mieter geltend zu machen oder sich an den Vertragsübernehmer zu halten¹³². Die zeitlich begrenzte solidarische Haftung wurde vom Gesetzgeber als Ausgleich dafür eingeführt, dass der Vermieter die Übertragung des Mietverhältnisses ohne entgegenstehenden wichtigen Grund zu akzeptieren hat¹³³.

11.5.3 Betriebsübergang

Ein Blick in das vom Sozialschutzgedanken her vergleichbare Arbeitsrecht zeigt, dass dort die Rechtsfolge bei einer rechtsgeschäftlichen Übertragung eines Betriebes ähnlich geregelt ist. Gemäss Art. 333 Abs. 1 OR geht das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten mit dem Tage der Betriebsnachfolge von Gesetzes wegen auf den Erwerber über (sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt)¹³⁴. Geht das Rechtsverhältnis über, so geht es abgesehen vom Parteiwechsel unverändert über. Dies bedeutet, dass der Erwerber bereits aufgrund des gesetzlichen Übergangs für die in dessen Zeitpunkt bestehenden Forderungen haftet¹³⁵.

Auch im Arbeitsrecht haftet der bisherige Arbeitgeber solidarisch für die Forderungen des Arbeitnehmers, die vor dem Übergang fällig geworden sind und die nachher bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte oder bei Ablehnung des Übergangs durch den Arbeitnehmer beendet wird (Art. 333 Abs.

.....
¹³¹ PERMANN, N 15 zu Art. 263 OR; WEBER, N 6 zu Art. 263 OR, LACHAT/ZAHRADNIK, S. 486; MINDER, S. 294 f.; a.M.: HEINRICH, N 7 zu Art. 263 OR und SVIT-Kommentar, N 23 zu Art. 263 OR, wonach in Anbetracht der Spaltungstheorie kein rückwirkender Vertragseintritt stattfindet.

¹³² PERMANN, N 17 zu Art. 263 OR.

¹³³ LACHAT/ZAHRADNIK, S. 488.

¹³⁴ Aus Art. 333 Abs. 1 OR ergibt sich die Haftung des Erwerbers. Art. 333 Abs. 3 OR begründet eine zusätzliche Haftung des Veräusserers (PORTMANN, N 11 und N 34 zu Art. 333 OR).

¹³⁵ STREIFF/VON KAENEL, N 8 zu Art. 333 OR.

3 OR). Diese Regelung wurde eingeführt, weil der am Betriebsübergang nicht beteiligte Arbeitnehmer in der Person des alten Arbeitgebers einen möglicherweise solventen Schuldner verliert und gegen einen ihm unbekanntem Vertragspartner eintauscht. Der Gesetzgeber war der Auffassung, dass diese Rechtsfolge dem Arbeitnehmer ohne die Kompensation durch die Solidarhaftung des bisherigen Arbeitgebers nicht zugemutet werden kann¹³⁶.

11.6 Art. 261 OR als gesetzgeberische Fehlleistung aus der Sicht des Mieters

Diese drei Beispiele (Übertragung der Familienwohnung bei Scheidung, Übertragung der Geschäftsmiete, Betriebsübergang) zeigen deutlich, dass der Gesetzgeber bei einem erzwungenem Parteiwechsel in Dauerschuldverhältnissen den am Parteiwechsel nicht beteiligten Vertragspartner schützen wollte, indem der alte Vertragspartner eine gewisse Zeit, in der Regel, bis der Vertrag gekündigt werden kann, solidarisch mit dem Vertragsübernehmer haftet. Der Vertragsübernehmer tritt als Folge des Vertragsübergangs jedoch in sämtliche Rechten und Pflichten ein und wird damit auch (Solidar-)Schuldner der bereits zum Zeitpunkt des Vertragsübergangs fälligen Forderungen.

Die unter dem alten Mietrecht bestehende solidarische Haftung des bisherigen Vermieters besteht beim Art. 261 OR nicht mehr¹³⁷. Grundsätzlich wird der bisherige Vermieter von seinen Verpflichtungen gegenüber dem Mieter befreit. Vorbehalten bleibt lediglich eine Entschädigungspflicht des Veräusserers im Falle einer vorzeitigen Auflösung des Mietvertrages durch den Erwerber (Art. 261 Abs. 3 OR)¹³⁸. Bereits durch den Wegfall der solidarischen Haftung des bisherigen Vermieters wird der Mieter bei der Veräusserung der Liegenschaft verglichen mit dem Vermieter bei der Übertragung der Geschäftsmiete oder der Familienwohnung schlechter gestellt. Er wird auch schlechter gestellt als der Arbeitnehmer beim Betriebsübergang.

Folgt man der Spaltungstheorie, wird der Mieter auch was die Forderungen betrifft, die zum Zeitpunkt des Eigentumsübergangs fällig sind, verglichen mit dem Vermieter, dem auf der Mieterseite ein neuer Vertragspartner aufgedrängt wird, schlechter gestellt. Die Haftung bleibt beim ur-

.....
¹³⁶ STREIFF/VON KAENEL, N 13 zu Art. 333 OR.

¹³⁷ SVIT-Kommentar, N 13 zu Art. 261–261a OR.

¹³⁸ LACHAT/ZAHRADNIK, S. 560.

sprünglichen Vermieter. Eine solidarische Mithaftung für bestehende und fällige Forderungen durch den Erwerber soll nicht bestehen.

Für diese Ungleichbehandlung des Parteiwechsels auf Mieter- bzw. Vermieterseite besteht kein sachlicher Grund. Es ist nicht einzusehen, warum der Vermieter besser gestellt wird als der Mieter. Dies umso weniger, als es sich beim Art. 261 Abs.1 OR um eine Schutznorm zugunsten des Mieters handelt¹³⁹. Der Grundsatz des Übergangs des Mietvertrages nach Art. 261 OR vermag nur dann zu überzeugen, wenn er dahin gehend interpretiert wird, dass der Erwerber in die Rechtsstellung des Vermieters nachrückt¹⁴⁰. So wie sich die Rechtsprechung heute präsentiert, scheint de lege ferenda die Einführung einer beschränkten Solidarhaftung zwischen Vermieter und Erwerber nach dem Muster von Art. 263 OR und einer Überbindung sämtlicher Ansprüche, des Mieters aus dem Mietverhältnis auf den Erwerber als zwingend, seien diese nun vertraglicher Natur, Schadenersatzforderungen oder solche, welche auf ungerechtfertigter Bereicherung beruhen¹⁴¹.

11.7 Ist BGE 127 III 273 der Weisheit letzter Schluss?

Es stellt sich die Frage, ob es sich bei BGE 127 III 273 →mp 2/01 S. 93 um einen Grundsatzentscheid handelt, der die Problematik der Spaltung der Ansprüche des Mieters abschliessend regelt, oder ob der Entscheid einen atypischen Sachverhalt zu klären hatte. Trifft letzteres zu, so bleibt eine höchstrichterliche Klärung der Problematik offen.

Der durch das Bundesgericht zu beurteilende Sachverhalt muss aus mehreren Gründen als atypisch bezeichnet werden:

- BGE 127 III 273 →mp 2/01 S. 93 betraf einen Sachverhalt, wo ein pflichtvergessener Vermieter die erhaltene Kautions nicht ordnungsgemäss hinterlegt hatte und danach in Konkurs gefallen war. Bei der Konkursöffnung wird dem Vermieter aber die Sache (noch) nicht durch ein Schuldbetreibungs- oder Konkursverfahren entzogen. Der dem Entscheid zugrundeliegende Sachverhalt wird von Art. 261 OR nicht er-

.....
¹³⁹ PIETRUSZAK/ZACHARIAE, S. 50; BGer 4C.84/2007 vom 5. Juli 2007 →mp 4/07 S. 233 ff.

¹⁴⁰ Urteil Mietgericht Zürich vom 3. Dezember 1999 →mp 1/01 S. 21 f.; Tribunal des baux du Canton de Vaud vom 9. Oktober 2001 →mp 3/09 S. 168.

¹⁴¹ WEBER, N 20 zu Art. 261 OR.

fasst¹⁴². Art. 261 OR wäre erst im Rahmen der Verwertung durch die Konkursverwaltung zum Tragen gekommen. Dasselbe Ergebnis hätte ohne Anwendung von Art. 261 OR mit der Begründung erreicht werden können, dass der vom Mieter abgegebenen Verrechnungserklärung das konkursrechtliche Verrechnungsverbot (Art. 213 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) entgegensteht, weil der Mieter seinen vor der Konkurseröffnung fällig gewordenen Anspruch auf Rückzahlung der Kautions mit einer Massenforderung, nämlich der nach der Konkurseröffnung entstandenen Mietzinsforderungen, verrechnen wollte¹⁴³.

- In diesem Sinn kritisierte **ZIEGLER** in seinem Kommentar zum Entscheid des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 6. Februar 1998 – welcher einen ähnlichen Sachverhalt wie BGE 127 III 273 →mp 2/01 S. 93 betraf – die Begründung des Gerichts. Gemäss **ZIEGLER** gehen alle im Augenblick des Eigentumsübergangs bestehende Rechte und Pflichten des Vermieters aus dem bestehenden Mietverhältnis von Gesetzes wegen auf den Erwerber über. Eine Ausnahme sieht er nur im Fall des Konkurses, weil mit der Konkurseröffnung sämtliche Schuldverpflichtungen mit Ausnahme derjenigen, die grundpfandrechtlich gedeckt sind, fällig werden (Art. 208 Abs. 1 SchKG)¹⁴⁴. Tatsächlich handelt es sich beim Konkurs, welcher zu einer Generalexekution des Vermögens des Gemeinschuldners führt, um eine rechtliche Ausnahmesituation. Es müssen sämtliche Gläubiger des Konkursiten gleich behandelt werden. Neben den Konkursforderungen bestehen neu Massverbindlichkeiten, welche vorab aus dem Verwertungserlös bezahlt werden, bevor die Konkursforderungen befriedigt werden (Art. 262 Abs. 1 SchKG). Die Ergebnisse der Rechtsfolgen, welche eine Konkurseröffnung nach sich zieht, können daher nicht ohne weiteres auf rein zivilrechtlich zu beurteilende Sachverhalte übertragen werden, wo die Vertragspartei noch zahlungsfähig ist und die Einzelfallgerechtigkeit im Vordergrund steht¹⁴⁵.
- Der Sachverhalt ist auch insoweit speziell, als der Mieter den rechtswidrigen Zustand während Jahren geduldet hat, ohne eine korrekte Hinterlegung zu verlangen. Das Bundesgericht konnte die Frage offen lassen, ob anders zu entscheiden wäre, wenn die Konkurseröffnung kurze Zeit

.....
¹⁴² vgl. vorne Ziffer 2; **LACHAT/SPIRIG**, S. 564 f.

¹⁴³ Obergericht des Kantons Aargau vom 15. September 2000 (OR.2000.00053) als Vorinstanz zu BGE 127 III 273 →mp 2/01 S. 93.

¹⁴⁴ **ZIEGLER**, S. 137; ebenso **GIAVARINI**, S. 359.

¹⁴⁵ ähnlich **KNÖPFLER**, S. 39.

nach der Übergabe der Kautions erfolgt wäre. Damit hat aber das Bundesgericht auch zu verstehen geben, dass keine abschliessende Regelung der Spaltungstheorie erfolgt ist. Gemäss **GASSER** hat das Ergebnis wegen der Doppelzahlung beim Bundesgericht ein ungutes Gefühl hinterlassen¹⁴⁶.

Da es sich beim in BGE 127 III 273 →mp 2/01 S. 93 zu beurteilenden Sachverhalt um einen atypischen Sachverhalt handelte, kann die Spaltungstheorie nicht ohne Weiteres auf andere durch Art. 261 OR geregelte Tatbestände angewendet werden.

HIGI¹⁴⁷ warnte in seinem Kommentar zu BGE 127 III 273 →mp 2/01 S. 93 zu Recht davor, aus dem Urteil voreilige Schlüsse zu ziehen. Gemäss **HIGI** kann nach dem Urteil u.a. nur als gesichert gelten, dass – wenn der pflichtvergessene Vermieter in Konkurs fällt – die mit dem Vermögen vermischte Sicherheitsleistung in der Regel in die Konkursmasse fällt. Die Spaltungstheorie wird von **HIGI** mit keinem Wort erwähnt, geschweige denn als gesicherte Rechtsprechung genannt.

Das Bundesgericht hat sich in BGE 127 III 273 →mp 2/01 S. 93 nicht vertieft mit den gegenteiligen kantonalen Urteilen und der Literatur zum Art. 261 OR auseinandergesetzt. Auch wird der Bundesgerichtsentscheid vom 16. November 1999¹⁴⁸ nicht erwähnt. Die damit begründete Rechtsprechung wurde nicht ausdrücklich aufgegeben. In dieser Entscheidung stellte das Bundesgericht klar, dass die vertraglichen Rechte und Pflichten – seien sie nun fällig oder nicht – von Gesetzes wegen mit der Handänderung auf den Erwerber übergehen, nicht aber Ansprüche des Mieters, die aus anderen Rechtsgründen, z.B. ungerechtfertigter Bereicherung, schon vor der Veräusserung entstanden sind¹⁴⁹.

Das Bundesgericht hatte sich nach BGE 127 III 273 →mp 2/01 S. 93 noch in BGE 131 III 528, im Entscheid vom 14. März 2006¹⁵⁰ und im Entscheid vom 5. Juli 2007¹⁵¹ mit der Spaltungstheorie zu beschäftigen. In diesen Urteilen musste das Bundesgericht die Spaltungstheorie nicht konkret an-

.....
¹⁴⁶ **GASSER**, S. 274.

¹⁴⁷ **HIGI**, AJP, S. 87.

¹⁴⁸ BGer 4C.398/1998 vom 16. November 1999 →mp 1/01 S 14 und MRA 3/2000 S. 326.

¹⁴⁹ **SOMMER**, S. 328, **GIAVARINI**, S. 358.

¹⁵⁰ BGer 4C.418/2006 vom 14. März 2006.

¹⁵¹ BGer 4C.84/2007 vom 5. Juli 2007 →mp 4/07 S. 233.

wenden, weil die strittigen Ansprüche keine Forderungen aus dem Mietverhältnis betrafen und daher nicht von Art. 261 OR bzw. Art. 290 OR erfasst waren. Die höchstrichterliche Bestätigung der Spaltungstheorie steht somit noch aus.

Aus diesen Überlegungen ist eine Rückkehr zur (ehemaligen) Rechtsprechung des Mietgerichts Zürich¹⁵² und des Kantonsgerichts Waadt¹⁵³ angezeigt. In Sinne dieser Entscheide ist davon auszugehen, dass sämtliche Ansprüche des Mieters – seien sie nun fällig oder nicht und unabhängig von der Anspruchsgrundlage – mit dem Eigentumsübergang von Gesetzes wegen als Ganzes auf den Erwerber übergehen. Nur so lässt sich eine annähernde Gleichbehandlung des Mieters mit dem Vermieter in vergleichbarer Situation erreichen.

Die hier vertretene erweiterte Haftung des Erwerbers ist auch aus Praktikabilitätsgründen zu bevorzugen und dient der Rechtssicherheit. Der Mieter muss Klarheit haben, an wen er sich wenden kann. Es ist ihm nicht zuzumuten zu analysieren, ob er auf Grund der Natur seines Begehrens und/oder dem Zeitpunkt der Entstehung den Vermieter oder den Erwerber ins Recht fassen muss. Möglicherweise ist der Vermieter auch nicht mehr auffindbar. Doch muss der Mieter in jedem Fall seinen Anspruch an jemanden richten können¹⁵⁴.

Diese Lösung führt zu keiner Benachteiligung des Erwerbers. Der Erwerber hat im Rahmen des Kaufs der Liegenschaft die Möglichkeit und auch die Pflicht, vor dem Abschluss des Kaufvertrages Einsicht in die Mieterakten zu nehmen und das Kaufobjekt auf Mängel in Bezug auf die bestehenden Mietverhältnisse zu prüfen. Er kann ein allfälliges Risiko durch spezielle Vertragsklauseln im Kaufvertrag abdecken. Forderung des Mieters gegen den Erwerber können bei der ausseramtlichen Abrechnung berücksichtigt werden, sofern sie bereits bekannt sind. Damit kann sich der Erwerber hinreichend vor «mietrechtlichen Altlasten» schützen. Der Erwerber, der diese elementarsten Vorsichtspflichten beim Kauf ausser Acht lässt und den Erwerb einer vermieteten Liegenschaft zum sprichwörtlichen Kauf einer «Katze im Sack» macht, hat auch den Schutz vor fälligen Forderungen des Mieters, wie er ihn heute durch die Spaltungstheorie genießt, nicht verdient.

.....

¹⁵² Urteil Mietgericht Zürich vom 3. Dezember 1999 →mp 1/01 S. 21 f.

¹⁵³ Tribunal des baux du Canton de Vaud vom 9. Oktober 2001 →mp 3/09 S. 168.

¹⁵⁴ Tribunal des baux du Canton de Vaud vom 9. Oktober 2001 →mp 3/09 S. 171.

Beim Erwerb im Rahmen einer betriebs- oder konkursamtlichen Versteigerung hat der Erwerber dieses Risiko über den Preis, der für die Liegenschaft maximal geboten wird, abzudecken¹⁵⁵.

12. Fazit

Bei Art. 261 OR handelt es sich um eine Schutzbestimmung zugunsten des Mieters. Sie bezweckt, dem Mieter gegenüber dem Erwerber die Rechtsposition zu erhalten, die er aufgrund des Mietvertrages hätte, wenn der frühere Vermieter Eigentümer geblieben wäre. Gewahrt bleibt dem Mieter seine Rechtsposition aber nur dann, wenn er seinen Anspruch gegenüber der Person geltend machen kann, die zu diesem Zeitpunkt Vermieter ist, mit deren laufenden Mietzinsforderungen er gegebenenfalls verrechnen kann und die ihm notfalls mit dem Wert des Grundstücks für seine Forderungen haftet. Dies kann nur erreicht werden, wenn Art. 261 OR dahin gehend interpretiert wird, dass der Erwerber integral in die Rechtsstellung des Vermieters nachrückt.

Bibliografie

ADDORISIO DE FEO RANIERO, Fälligkeit und Verjährungsfristen im Mietrecht, →mp 4/01 S. 163 ff.

BYRDE FABIENNE, Vorsorgliche Massnahmen im Mietrecht: Eine Untersuchung der neueren Rechtsprechung, →mp 3/06 S. 157 ff.

FREI NINA J., Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010

FURRER ANDREAS/WEY RAINER, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007

GASSER DOMINIK, Die Rechtsprechung des BGer im Schuldbetriebs- und Konkursrecht 2001, in ZBJV Band 138 2002 S. 272 ff.

GIAVARINI MARCO, Kommentar zum Entscheid des Mietgerichts Zürich vom 3. Dezember 1999, in MRA 2000 S. 354 ff.

GUHL THEO/KOLLER ALFRED/SCHNYDER ANTON K./DRUEY JEAN NICOLAS, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl. Zürich 2000 (zit.: **GUHL/KOLLER**)

.....
¹⁵⁵ **GIAVARINI**, S. 359.

- HEINRICH PETER**, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007
- HIGI PETER**, Die Miete. Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V2b, Erste Lieferung, Art. 253–265 OR, Zürich 1994 (zit. **HIGI**)
- Kommentar zu BGE 127 III 273, in AJP 2002 S. 85 ff. (zit. **HIGI AJP**)
- HUBER LUCIUS**, in: **SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER**, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010
- KILIAS LAURENT**, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007
- KNÖPFLER FRANÇOIS**, Kommentar zu BGE 127 III 273 in Droit de bail 2001, S. 38 ff.
- KOLLER ALFRED**, **KOLLER** in **KOLLER**, Grundstückkauf, 2. Aufl., Bern 2001
- LACHAT DAVID ET AL**, Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl., Zürich 2009 (zit. **LACHAT/AutorIn**)
- LEU URS**, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – OR I, 4. Aufl., Basel 2007
- LÜSCHER CHRISTOPH**, Art. 261 OR – Eine besondere Kollisionsnorm, namentlich im Hinblick auf die Haftung des Vermieters gegenüber dem Mieter beim Verkauf vermieteter Wohnliegenschaften, in AJP 1997 S. 947 ff.
- MINDER MATTHIAS**, Die Übertragung des Mietvertrages bei Geschäftsräumen (Art. 263 OR), Zürich 2010
- ÖBERLE THOMAS**, Nebenkosten Heizkosten, 3. Aufl. Zürich 2007 (zit. **ÖBERLE**)
- Nebenkosten- und Heizkostenabrechnung, Referat zum St. Galler Mietrechtstag vom 3. Dezember 2008 (zit. **ÖBERLE 2008**)
- OTT WALTER/VERARDO ROLAND**, Kauf bricht (nicht) Miete? Gedanken zu Art. 259 aOR und 261 OR, in Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Band 115, I. Halbband, Basel 1996
- PERMANN RICHARD**, Kommentar zum Mietrecht mit einschlägigen bundesrechtlichen und kantonalen Vorschriften, 2. Aufl. Zürich 2007
- PIETRUSZAK THOMAS**, Kommentar zu BGE 127 III 273 ff., in AJP 2001 S. 1228 ff.
- PIETRUSZAK THOMAS/ZACHARIAE JÖRG**, Der Schutz des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen in der Zwangsverwertung, in Recht 2000 S. 41 ff.

PORTMANN WOLFGANG, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – OR I, 4. Aufl., Basel 2007

RONCORONI GIACOMO, Die Auswirkungen des Eigentümerwechsels auf den Mietvertrag, →mp 4/05 S. 195 ff. (zit. **RONCORONI** 2005)

Wohnungsübertragung bei Scheidung oder Auflösung einer eingetragenen Partnerschaft und als Massnahme zum Schutz der Opfer vor Gewalt, →mp 2/10 S. 75 ff. (zit. **ROCORONI** 2010)

SAVIAUX NICOLAS, Le sort du bail en cas de changement de propriétaire, in Cahiers du bail 3/03 S. 65 ff.

SCHWANDER DANIEL, in: **SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER**, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010

SOMMER MONIKA, Kommentar zum Bundesgerichtsentscheid vom 16. November 1999, in MRA 3/2000 S. 326 ff.

SPRECHER THOMAS, Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. Aufl. Zürich 2006

SVIT (Schweizerischer Verband der Immobilientreuhänder), Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, 3. Aufl. Zürich 2008 (zit. **SVIT-Kommentar**)

VÖGELI ANDREAS F., Eigentumswechsel bei vermieteten Liegenschaften, insbesondere Eigenbedarf, Referat zum St. Galler Mietrechtstag vom 10. Dezember 2010

WEBER ROGER, Die Miete. Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – OR I, 4. Aufl., Basel 2007 (zit. **WEBER**)

Rückforderungsansprüche im Mietrecht, →mp 1/05 S. 1 ff. (zit. **WEBER** 2005)

WEIDENKAFF WALTER, Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkommentar, 69. Auflage, München 2010 (zitiert: Palandt-**WEIDENKAFF**)

WULLSCHLEGER PAOLA, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007

ZIEGLER RETO, Rückerstattung der Mietkaution nach Eigentumswechsels, Kommentar zu Entscheid des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 6. Februar 1998, in MRA 4/1998 S. 135 ff.