

Sachverhalt 1

Mieter Markus beklagt sich bei Ihnen über seinen Vermieter Volker:

- *Ich muss seit zwei Wochen in den Waschsalon, weil die gemeinschaftliche Waschmaschine nicht mehr funktioniert.*
- *Ich verstehe mein eigenes Wort nicht mehr, weil auf dem Nachbarsgrundstück, das nicht Volker gehört, gebaut wird.*
- *Nachts kann ich nicht schlafen, weil der Hund in der Nachbarswohnung des Michael bellt, der ebenfalls ein Mieter von Volker im gleichen Haus ist. Dabei sind Hunde gemäss Hausordnung verboten!*

Was raten Sie Markus?

Lösungsvorschlag 1

- Es liegt ein Mangel der Wohnung vor, auch wenn es um eine gemeinschaftliche Sache geht. Anwendbar ist das Korrektiv von Art. 259a OR. Markus kann Volker den Mangel mitteilen. Beseitigt er diesen nicht innert angemessener Frist – es handelt sich hier um eine angemessene Dauer, nicht eine von Markus gesetzte Frist – kann Markus die Maschine durch eine Drittperson reparieren lassen (Art. 259b lit. b OR).¹ Die Mehrkosten für den Waschsalon kann Markus als Schadenersatz geltend machen (Art. 259e OR), sofern Markus ein Verschulden am Mangel oder an der verzögerten Beseitigung trifft. Denkbar ist auch die Herabsetzung des Mietzinses gemäss Art. 259d OR, denn eine Wohnung ohne Waschmaschine weist einen geringeren Wert auf. Als Druckmittel gegenüber Volker kann Markus auch die Mietzinse hinterlegen (mit Fristsetzung, gemäss dem Vorgehen nach Art. 259g OR).
- Den Baulärm in der Nachbarschaft kann Volker nicht verhindern, sofern es sich um eine bewilligte Baustelle handelt. Somit lassen sich durch Volker nur noch Schadenersatzansprüche gegen die bauenden Nachbarn durchsetzen, nicht aber die Einstellung der Bauarbeiten (Art. 679a ZGB). Markus kann von Volker dennoch eine *Herabsetzung des Mietzinses* gemäss Art. 259d OR verlangen, denn diese erfolgt verschuldensunabhängig.² Schadenersatz gibt es von Volker nicht, denn dieser Anspruch setzt ein Verschulden voraus (Art. 259e OR). Auch die

¹ BSK OR I-Weber, Art. 259b N 2: «Die Verpflichtung des Vermieters zur Mängelbeseitigung setzt damit weder eine Meldung durch den Mieter, noch eine Aufforderung des Mieters voraus (Pra 2000 Nr. 49 E. 2d). Ebenso wenig ist ein Verschulden des Vermieters am Entstehen des Mangels Voraussetzung des Beseitigungsanspruchs (Hangartner-David, 70; ZK-Higi, N 6 ff.).»

² BSK OR I-Weber, Art. 259d N 1: «Weist die Mietsache einen Mangel (vgl. dazu Art. 258 N 1 ff.) auf, so sinkt ihr objektiver Wert. Wie die Gewährleistungspflicht des Verkäufers oder des Unternehmers für Sach- bzw. Werkmängel korrigiert die Mietzinsminderung das durch den Mangel entstandene Ungleichgewicht zwischen den vertraglichen Hauptleistungen der Parteien. Es ist daher nicht richtig, die Mietzinsminderung dem Recht des Schadenersatzes zuzurechnen. Die Minderung führt wohl zu einem Wertausgleich (ZK-Higi, N 5). Dessen Grundlage ist aber nicht ein dem Vermieter zurechenbarer Eingriff in die Vermögenssphäre des Mieters, sondern die Überlegung, dass der Mieter nicht den vereinbarten Mietzins zahlen soll, solange er dafür nicht die volle Gegenleistung erhält (Zihlmann, 76; SVIT-Komm., N 14; vgl. N 8). Die vorliegende Bestimmung ist damit «Ausdruck des konditionellen Synallagmas» beim Mietvertrag (so Tschudi M., 39). Selbst Mängel, auf die der Vermieter keinen Einfluss nehmen kann, führen zu einer Mietzinsminderung, so etwa die negativen Auswirkungen einer benachbarten Baustelle auf das gemietete Geschäftslokal, die starke Zunahme des Fluglärms über einer Wohnung infolge der Umleitung des Flugverkehrs oder zusätzliche Immissionen aus dem Betrieb einer ausgebauten Bahnstrecke (BGer, 2.12.2004, 4C.377/2004, E. 2.1; 7.9.2009, 4A_244/2009, E 3.1; s. Züst, mp 2003, 157; CHK-Heinrich, N 2 f.; CPra Bail-Aubert, 13 f.; Blumer, SPR VII/3, Rz 742 und 751; a.M. anscheinend Higi, BauR 2002, 154).»

Hinterlegung des Mietzinses funktioniert nicht, weil es keine Situation gibt, bei der Volker etwas verhindern könnte und deshalb Druck braucht, um tätig zu werden. Auch bei noch so viel Druck seitens Markus kann Volker den Lärm nicht beseitigen.³

- Verhindern lässt sich jedoch das Hundegebell in den Wohnungen, die Volker gehören. Die blossе Existenz von Hunden im Haus verletzt das Reglement, das Volker gegenüber seinem Mieter durchsetzen kann – via Art. 257f OR. Bellende Hunde in der Nacht bewirken in der Nachbarswohnung aber auch ohne Reglement eine gewaltige Störung. Markus kann von Volker verlangen, dass er gegen Michael vorgeht. Dafür ist notwendig, dass Volker von der Verletzung Kenntnis hat (Art. 259b Abs. 1 OR). Nach Ablauf einer angemessenen Dauer kann Markus fristlos kündigen oder die Ersatzvornahme wählen (Art. 259b Abs. 1 lit. a und b OR) – die zweite Variante fällt aufgrund der fehlenden Ersatzvornahmefähigkeit weg: Markus kann nicht für Volker die Hunde Michaels beseitigen lassen (so, wie er zum Beispiel eine vom Vermieter durchzuführende Reparatur veranlassen könnte) oder den Mietvertrag Michaels kündigen. Das Recht, die Beseitigung des Hundegebells durch Volker zu verlangen, besteht ungeachtet dieser Folgenüberlegungen dennoch. Markus steht wiederum die Herabsetzung des Mietzinses gemäss Art. 259d OR gegenüber Volker offen. Ausserdem steht Markus die Kündigung offen (Art. 259b lit. a OR). Ebenso kann er den Mietzins nach den Vorgaben des Art. 259g OR hinterlegen, um bei Volker Druck aufzubauen, damit er gegen den Michael vorgeht.

Sachverhalt 2

Volker überlässt der Megalo AG einen leeren Geschäftsraum für zehn Jahre zu einem monatlichen Mietzins von Fr. 3'000. Die ersten drei Jahre geht alles gut, doch dann erfährt Volker, dass die Megalo AG schon länger grosse Defizite einfährt und vielleicht bald Konkurs anmelden muss. Viktor konsultiert sie, wie er vorgehen kann und wie er sich schützen kann.

Lösungsvorschlag 2

Es stellt sich die Frage, ob Miete oder Pacht vorliegt. Bei Geschäftsräumen geht das Bundesgericht nur dann von Pacht aus, wenn auch die Geschäftsbeziehungen oder die vollständige Einrichtung Gegenstand der Überlassung bilden.⁴ Der Sachverhalt erwähnt, dass es vorliegend nur um einen „leeren“ Geschäftsraum geht. Es liegt folglich Miete vor.

Eine *ordentliche* Kündigung gibt es bei der befristeten Miete nicht.⁵ Diese endet gemäss Art. 266 Abs. 1 OR mit Ablauf der vereinbarten Dauer.

Könnte Volker *ausserordentlich* kündigen? Das Obligationenrecht erlaubt die Kündigung beim Konkurs des Mieters nur, wenn der Mieter nach fruchtloser Nachfristsetzung keine Sicherheit für die künftigen Mietzinse erhalten hat (Art. 266h Abs. 2 OR; dann darf er dafür fristlos kündigen). Es ist

³ BSK OR I-Weber, Art. 259g N 4: «Entgegen der 2.–4. Aufl. ist die Hinterlegung unzulässig bei Mängeln, deren Beseitigung unmöglich oder unzumutbar ist (Hauptbeispiel: Immissionen durch rechtmässige Bautätigkeit auf dem Nachbargrundstück; BGer, 3.4.2012, 4A_739/2011, E. 2.3; SVIT-Komm., N 5 und 8 f.; ZK-Higi, N 9; CHK-Heinrich, Art. 259g–259i OR N 3; KUKO OR-Blumer, Art. 259g–259i N 2; Züst, Diss., 285 f.; CR CO I-Lachat, N 3; Lachat, bail à loyer, 275; CPra Bail-Aubert, N 21; krit. Lachat et al.-Roy, 190 FN 201; a.M. Blumer, SPR VII/3, Rz 763). Zwar führte der Bundesrat zu seinem ebenfalls auf die Beseitigung des Mangels Bezug nehmenden Art. 259f des Entwurfes ausdrücklich aus, die Hinterlegung diene der Durchsetzung der Ansprüche auf Beseitigung von Mängeln, Herabsetzung des Mietzinses und Schadenersatz» (Botschaft Mietrecht, 1437). Die Verknüpfung mit dem Beseitigungsanspruch entspricht jedoch dem Wortlaut des Gesetzes.»

⁴ Vgl. Huguenin, N 3027, m.w.H.; BGE 128 III 419 ff., 421.

⁵ Art. 266a Abs. 1 OR *e contrario*.

deshalb ausgeschlossen, dass die blossе Vermögensverschlechterung eine ausserordentliche Kündigung aus wichtigem Grund gemäss Art. 266g OR ermöglicht.⁶ Auch Art. 83 OR sieht dieselbe Lösung wie Art. 266h OR vor. Bei einer *Pacht* hingegen wäre der Konkurs ein gesetzlicher Auflösungsgrund (Art. 297a Abs. 1 OR) – deshalb war es oben wichtig, Pacht und Miete auseinanderzuhalten.

Zusätzlichen Schutz erfährt der Vermieter Volker durch das Retentionsrecht. Dieses steht nur bei der Miete von Geschäftsräumen zur Verfügung (Art. 268 OR) und deckt bei Nichtbezahlung der Mietzinse den verfallenen Jahreszins und den noch laufenden Halbjahreszins. Es entsteht mit der Einbringung der Sache in den Geschäftsraum – auch wenn der Vermieter davon gar nichts weiss⁷ – und endet mit dem Erlöschen der Mietzinsforderung.⁸ Das Retentionsrecht besteht schon vor Eröffnung des Konkurses.⁹ Erfährt Volker von Bemühungen der Mieterin, Gegenstände wegzuschaffen, die unter das Retentionsrecht fallen, kann er diese zurückhalten oder bei bereits erfolgter Wegschaffung wieder zurückholen (Art. 268b OR).¹⁰ Das Retentionsrecht kann bei vorliegender Gutgläubigkeit des Vermieters gar an Gegenständen begründet sein, die nicht dem Mieter gehören (Art. 268a OR). Die allgemeinen Anforderungen lauten: (a.) es muss sich um eine bewegliche Sache handeln, (b.) die der Mieter in die Mieträumlichkeiten hat einbringen lassen und (c.) der zur Einrichtung der Räumlichkeiten gehört.¹¹ Die konkrete Geltendmachung des Retentionsrechts erfolgt im Betreibungsverfahren

⁶ Vgl. BGer 4C.280/2006, E. 5.2: „La défenderesse fait état des difficultés rencontrées par la demanderesse, relatées par la presse et prétendument confirmées par les témoignages recueillis, et elle reproche aux précédents juges d'avoir violé l'art. 266g CO en refusant de les tenir pour pertinentes et suffisamment graves. D'après son argumentation, un juste motif de congé extraordinaire est réalisé lorsque le locataire subit une dégradation importante de sa situation financière et que l'avenir du contrat s'en trouve compromis. Or, selon les auteurs auxquels elle se réfère, c'est seulement le locataire qui est autorisé à résilier le contrat au motif que, par suite d'une diminution imprévisible et considérable de ses propres ressources, il se trouve désormais dans l'incapacité d'assumer le loyer (...). Le système des règles déterminantes ne permet d'ailleurs pas que dans cette situation de détresse du locataire, le même droit soit reconnu aussi au bailleur. L'art. 266h CO prévoit qu'en cas de faillite du locataire après la délivrance de la chose, le bailleur ne peut pas résilier le contrat sans avoir préalablement, et sans succès, exigé des sûretés pour les loyers à échoir. Si le locataire se révèle insolvable déjà avant la délivrance, c'est l'art. 83 al. 1 et 2 CO qui est applicable (...); le bailleur peut alors retenir la chose tant qu'il n'a pas obtenu une garantie (al. 1) mais il ne peut pas non plus se départir du contrat sans avoir préalablement réclamé cette garantie (al. 2). La faillite ou l'insolvabilité du locataire constituent des menaces plus graves, pour le bailleur, qu'une diminution même importante des ressources de son cocontractant. On ne comprendrait donc pas que le bailleur puisse résilier abruptement dans ce cas-ci alors que dans les éventualités prévues aux art. 83 ou 266h CO, il ne peut le faire qu'après avoir vainement réclamé une garantie. En conséquence, dans le cas du locataire de locaux commerciaux, des pertes ou une activité déficitaire ne sauraient justifier à elles seules un congé extraordinaire selon l'art. 266g CO.“

⁷ Vgl. BGE 101 II 91 ff., 93 f.; ZK-Higi, OR 268-268b N 68.

⁸ BSK OR I-Weber, Art. 268-268b N 11: „Das Retentionsrecht entsteht mit dem Einbringen der retentionsfähigen Sachen in die Mieträume, selbst ohne Kenntnis des Vermieters (BGE 101 II 91 E. 1). Es geht unter mit dem Erlöschen der retentionsgesicherten Forderung oder durch Entfernung der Retentionsgegenstände aus den Mieträumen (vorbehaltlich des Verfolgungsrechtes des Vermieters, vgl. N 13; ZK-Higi, N 69 ff.).“

⁹ BSK OR I-Weber, Art. 268-268b N 12a.

¹⁰ BGE 129 III 395 ff., 397: „Das Retentionsrecht dient der Deckung eines verfallenen Jahreszinses und des laufenden Halbjahreszinses (Art. 268 Abs. 1 OR). Zur Sicherung des laufenden, noch nicht fälligen Zinses darf das Retentionsverzeichnis allerdings nur aufgenommen werden, wenn der Vermieter oder Verpächter eine unmittelbare Gefährdung seines Rechts, d.h. Anzeichen dafür glaubhaft macht, dass der Mieter wegzuziehen oder die sich in den gemieteten Räumlichkeiten befindenden Sachen fortzuschaffen gedenkt (vgl. Art. 268b Abs. 1 OR; BGE 97 III 43 E. 2 S. 45; FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, 3. Aufl., § 63 Anm. 13; AMONN/GASSER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. Aufl., § 34 Rz. 11; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., N. 4 zu Art. 283 SchKG).“; vgl. das Beispiel eines heimlich weggeschafften Hubstaplers in BGE 101 II 91 ff., 94: „Die Fortschaffung des Retentionsgegenstandes erfolgt dann heimlich, wenn der Mieter sie ohne Wissen des Vermieters vornimmt oder vornehmen lässt und dabei nicht in guten Treuen annehmen kann, dieser würde sie dulden, wenn er von ihr Kenntnis hätte (BGE 76 III 57 ff., BGE 80 III 38 Erw. 2). Es ist also nicht nötig, dass der Mieter sich des Nichtwissens des Vermieters bewusst war und die Fortschaffung vor diesem verbergen wollte; blosses Wissenmüssen des Mieters um die mutmassliche Nichtbilligung der Fortschaffung durch den Vermieter genügt.“

¹¹ Vgl. ZK-Higi, OR 268-268b N 38; vgl. BGE 120 III 52 ff., 55: „a) Le droit de rétention concerne tous les meubles du locataire qui garnissent les locaux loués. Il s'agit en particulier des machines, de l'équipement du locataire, des marchandises qui garnissent le dépôt qu'il loue, du matériel de construction entreposé dans un atelier ou dans un hall d'exposition (...). Selon la

(Art. 283 SchKG) durch Aufnahme des Retentionsverzeichnisses, ist aber ausserhalb des Betreibungsverfahrens mit Hilfe des Betreibungsamtes oder der Polizei möglich (Art. 283 f. SchKG; Art. 268b OR).¹²

jurisprudence, la relation spatiale qui doit exister entre la chose litigieuse et la chose louée ne doit pas être purement fortuite; elle doit présenter une certaine durabilité, en quoi pourtant elle n'a pas nécessairement besoin de subsister pendant toute la durée du bail. Quant à savoir si un objet sert à l'aménagement ou à l'usage des locaux, cela s'apprécie selon le genre de ceux-ci et l'usage qu'en fait le locataire (...). Dans le cas particulier, les pièces et machines ne se trouvaient pas par hasard dans les locaux litigieux et elles y restaient pour une certaine durée. En outre, selon les constatations souveraines de l'autorité cantonale, la destination des locaux était de servir d'ateliers de montage et d'assemblage desdits objets, ainsi que de bureaux pour S. Il suit de là que l'autorité cantonale n'a pas admis à tort que les pièces et machines en question servaient à l'usage des locaux loués, au sens de l'art. 268 al. 1 CO."

¹² Vgl. BISchK 2009, 185 f.: „Miet- und Pachtzinsforderungen können wie alle anderen Geldforderungen auf dem Wege der ordentlichen Betreibung (auf Pfändung oder Konkurs) vollstreckt werden. Den Vermietern und Verpächtern von Geschäftsräumen steht zur Sicherung ihrer Forderungen jedoch auch ein besonderes Retentionsrecht zur Verfügung (Art. 268 ff. und 299c OR), zu dessen einstweiliger Wahrung sie die Hilfe des Betreibungsamtes in Anspruch nehmen können, auch wenn noch keine (ordentliche) Betreibung angehoben wurde (Art. 283 Abs. 1 SchKG). Das zuständige Betreibungsamt nimmt diesfalls ein Verzeichnis der dem Retentionsrecht unterliegenden Gegenstände auf und setzt dem Gläubiger eine zehntägige Frist zur Anhebung der Betreibung auf Pfandverwertung an (Art. 283 Abs. 3 SchKG und Art. 279 Abs. 1 SchKG per analogiam); denn betreibungsrechtlich gilt das Retentionsrecht als Faustpfand (Art. 37 Abs. 2 SchKG). Leistet der Gläubiger der Aufforderung zur Prosequierung innert Frist keine Folge, so fällt die Wirkung der Retentionsurkunde und damit auch der Retentionsbeschluss ohne weiteres dahin (...).“