

2.7. Schuldrecht – allgemein/ Droit des obligations – en général

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

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

BGer 4A_140/2019: Ausserordentliche Kündigung eines Mietvertrages bei nicht genehmigter Untermiete auf Airbnb

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_140/2019 vom 26. September 2019, A. gegen B., ausserordentliche Kündigung des Mietvertrages, nicht genehmigte Untermiete, Fortbestehen der Untervermietung (Art. 257f Abs. 3 OR).



JENNIFER ZBINDEN*

Will der Mieter seine Mietwohnung an eine Drittperson, zum Beispiel auf Airbnb, untervermieten, hat er vorgängig die Zustimmung des Vermieters einzuholen. Unterlässt er dies, kann der Vermieter auf unterschiedliche Arten gegen die nicht genehmigte Untermiete vorgehen. Wird eine unzulässige Untervermietung trotz Mahnung des Vermieters nicht innert angemessen angesetzter Frist beendet, kann der Vermieter dem Mieter unter Einhaltung einer dreissigtägigen Kündigungsfrist auf Ende Monat das Mietverhältnis ausserordentlich nach Art. 257f Abs. 3 OR kündigen.

I. Sachverhalt

B. (Mieterin) mietet seit 2001 eine 3,5-Zimmer-Wohnung in Genf von A. (Vermieter). Seit 2015 bietet die Mieterin diese Wohnung auf der Plattform Airbnb als Unterkunft an Drittpersonen an. Den Vermieter hat sie darüber weder informiert noch hat sie seine Zustimmung eingeholt.

Nachdem der Vermieter von dieser Untermiete erfahren hatte, untersagte er am 1. September 2016 mit sofortiger Wirkung jegliche zukünftige Untervermietung der Wohnung. Zudem verlangte er die Zustellung der Unterlagen betreffend vergangene Untervermietungen innert sieben Tagen. Die Mieterin löschte in der Folge die Wohnung von der Airbnb-Internetseite. Das Datum der Löschung konnte nicht abschliessend festgestellt werden, war aber vor dem

20. September 2016. Das letzte Untermietverhältnis dauerte vom 7. bis zum 10. September 2016. Die mit der Untervermietung zusammenhängenden Informationen stellte die Mieterin erst am 14. Dezember 2016 vollständig zu.

Am 10. Oktober 2016 kündigte der Vermieter mit offiziellem Formular unter Verweis auf Art. 257f Abs. 3 OR der Mieterin auf den 30. November 2016 die Wohnung. Diese Kündigung focht die Mieterin bei der kantonalen Schlichtungsbehörde an. Nachdem dieser Schlichtungsversuch erfolglos blieb, entschied das Miet- und Pachtgericht in Genf, dass die Kündigung unwirksam sei. Diese Auffassung vertrat auch die mietrechtliche Kammer des Obergerichts des Kantons Genf. Daraufhin erhob der Vermieter Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht mit dem Begehren, dass die Kündigung für gültig zu erklären sei und die Mieterin angewiesen werden sollte, die Wohnung zu verlassen.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht führte aus, dass der Vermieter einen Mietvertrag über Wohn- und Geschäftsräume nach Art. 257f Abs. 3 OR mit einer dreissigtägigen Frist auf Ende Monat kündigen könne, wenn der Mieter trotz schriftlicher Mahnung des Vermieters weiterhin gegen seine Sorgfalts- oder Rücksichtnahmepflicht verstosse, so dass dem Vermieter oder den Hausbewohnern die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht mehr zuzumuten sei. Eine solche vorzeitige Beendigung könne namentlich im Falle einer Untervermietung ohne Zustimmung des Vermieters gerechtfertigt sein (E. 4).

Das Bundesgericht hielt fest, dass eine Kündigung nach Art. 257f Abs. 3 OR nur unter fünf kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen möglich sei (E. 4.1). Die Beweislast für das Vorliegen dieser fünf Voraussetzungen liege beim Vermieter. Wenn der Beweis misslinge, sei die ausserordentliche Kündigung nach Art. 257f Abs. 3 OR unwirksam. Es bestehe keine Möglichkeit, sie in eine ordentliche Kündigung umzuwandeln (E. 4.2).

Als erste Voraussetzung müsse der Mieter eine ihm obliegende Sorgfaltspflicht verletzt haben (E. 4.1). Diese Voraussetzung werde im Falle einer Untervermietung in zwei Konstellationen erfüllt: erstens, wenn der Vermieter seine Zustimmung zur Untervermietung aus einem Grund nach Art. 262 Abs. 2 OR verweigert habe, oder zweitens, wenn der Mieter keine Zustimmung des Vermieters einholte, jedoch ein Verweigerungsgrund im Sinne von Art. 262 Abs. 2 OR vorgelegen hätte. Die möglichen Gründe der Zustimmungsverweigerung seien in Art. 262 Abs. 2 lit. a–c OR genannt (E. 4.1.1).

Als zweite Voraussetzung verlangte das Bundesgericht, dass der Vermieter den Mieter vorab schriftlich im Sinne

* JENNIFER ZBINDEN, B.A. HSG, Universität St. Gallen. Die Autorin dankt Prof. Dr. Arnold F. Rusch LL.M. für die vielfältigen Anregungen zu dieser Urteilsbesprechung.

einer Aufforderung mahne, den Untermietvertrag zu kündigen, oder dass er gegen die fehlende Einholung der Zustimmung protestiere und die Zustellung der Bedingungen der Untermiete verlange (E. 4.1.2). Die Sorgfaltspflichtverletzung müsse drittens trotz der schriftlichen Mahnung fortbestehen (E. 4.1.3). Viertens habe die Aufrechterhaltung des Mietverhältnisses für den Vermieter unzumutbar zu sein (E. 4.1). Diese Voraussetzung habe jedoch keine eigenständige Bedeutung, da die Erfüllung eines Grundes aus Art. 262 Abs. 2 OR den Fortbestand der Untervermietung automatisch unzumutbar erscheinen lasse (E. 4.1.4). Schliesslich und fünftens könne frühestens nach einer Frist von 30 Tagen auf das Monatsende gekündigt werden (E. 4.1.5).

Die Vorinstanz hatte die Auffassung vertreten, dass die Mieterin nach der schriftlichen Mahnung ihre Sorgfaltspflichtverletzungen nicht fortgesetzt habe. Das Bundesgericht überprüfte, ob dieser Ansicht zu folgen ist. Hierfür waren das Datum der Zustellung der schriftlichen Mahnung bei der Mieterin sowie das Datum des Beginns der letzten Untervermietung von Bedeutung (E. 4.3). Das kantonale Gericht hatte das Zustellungsdatum der Mahnung nicht exakt festgestellt. Der Vermieter beschwerte sich allerdings erst in seiner Replik dagegen, weshalb das Bundesgericht nicht weiter darauf einging. Betreffend das Datum der letzten Untervermietung waren sich Vermieter und Mieterin einig, dass diese vom 7. bis zum 10. September 2016 dauerte (E. 4.3.1).

Aufgrund dieser Umstände bestätigte das Bundesgericht schliesslich die Ansicht des kantonalen Gerichts, dass die Mieterin die Beendigung der Untermietverträge einige Tage nach Erhalt der schriftlichen Mahnung innert angemessener Frist vorgenommen habe. Die Tatsache, dass der Vermieter in seiner Abmahnung vom 1. September 2016 die sofortige Einstellung der Untervermietung verlangt habe, reiche nicht aus um darzulegen, dass die angemessene Frist überschritten wurde. So war nämlich nicht erwiesen, ob die Wohnung zum Zustellungszeitpunkt der Abmahnung für die letzte Untervermietung vom 7. bis 10. September 2016 bereits reserviert war, wofür der Vermieter die Beweislast trage. Das Bundesgericht wies die Beschwerde deshalb ab (E. 4.3.2).

III. Anmerkungen

A. Zulässigkeit der Untermiete

Gemäss Art. 262 OR sind Untervermietungen grundsätzlich zulässig.¹ Der Mieter hat den Vermieter jedoch um seine Zustimmung zu ersuchen, denn dieser kann aus drei in Art. 262 Abs. 2 OR aufgelisteten Gründen seine Zustim-

mung zur Untervermietung verweigern.² Holt der Mieter keine Zustimmung des Vermieters ein, liegt ein unbewilligtes Untermietverhältnis vor, dessen rechtliche Beurteilung umstritten ist.³ Gemäss dem Bundesgericht und einem Teil der Lehre ist die Untervermietung in diesem Fall nur unzulässig, wenn der Vermieter die Zustimmung aus einem in Art. 262 Abs. 2 OR vorliegenden Grund berechtigterweise hätte verweigern können.⁴

Im vorliegenden Fall ersuchte die Mieterin nicht um vorgängige Zustimmung des Vermieters. Es wäre also zu prüfen, ob der Vermieter seine Zustimmung zur Untermiete gemäss Art. 262 Abs. 2 OR hätte verweigern können. Das Bundesgericht führte nur theoretisch auf, wann der Vermieter seine Zustimmung zur Untervermietung verweigern kann: wenn der Mieter sich weigert, dem Vermieter die Bedingungen der Untermiete bekannt zu geben (lit. a), wenn die Bedingungen der Untermiete im Vergleich zu denjenigen der Hauptmiete missbräuchlich sind (lit. b) oder wenn dem Vermieter aus der Untermiete wesentliche Nachteile erwachsen (lit. c).⁵

Die Vorinstanz hatte konkret geprüft, ob sich die Mieterin gemäss lit. a geweigert hatte, dem Vermieter die Bedingungen der Untermiete bekannt zu geben. Hierzu führte die Vorinstanz aus, dass die Mieterin in ihrem Schreiben vom 12. September 2016 zunächst das Vorliegen einer Untervermietung bestritten habe. In ihrem Schreiben vom 4. Oktober 2016 gab die Mieterin dann an, dass sie die Wohnung in den letzten 15 Monaten etwa ein Dutzend Mal zu einem Preis von CHF 70 pro Tag vermietet habe. Erst am 14. Dezember 2016 erhielt der Vermieter dann die vollständige und korrekte Information, dass die Mieterin die Wohnung im Jahr 2015 15 Mal und im Jahr 2016 16 Mal, d.h. insgesamt für 88 Tage, zu einem durchschnittlichen Preis von CHF 88 pro Tag untervermietet habe.⁶ Dennoch ging die Vorinstanz da-

¹ BGer, 4A_162/2014, 26.8.2014, E. 2.2.1.

² BGE 134 III 300 E. 3; BGer, 4A_162/2014, 26.8.2014, E. 2.2.1; SVIT-ROHRER, Art. 262 OR N 10, in: Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft (Hrsg.), Das schweizerische Mietrecht, 4. A., Zürich 2018 (zit. SVIT-Verfasser).

³ PETER HIGI/ANTON BÜHLMANN/CHRISTOPH WILDISSEN, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 253–265 OR, Die Miete, 5. A., Zürich 2019 (zit. ZK-Verfasser), Art. 262 OR N 57.

⁴ BGE 134 III 446 E. 2.2; 134 III 300 E. 3.1; BGer, 4A_227/2017, 5.9.2017, E. 4.2.1.1; 4A_290/2015, 9.9.2015, E. 4.3.1; 4A_379/2014, 10.3.2015, E. 4.4; ZK-HIGI/WILDISSEN (FN 3), Art. 262 OR N 57; BSK OR I-WEBER, Art. 262 N 4, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2019 (zit. BSK OR I-Verfasser); a.M. SVIT-ROHRER (FN 2), Art. 262 OR N 38.

⁵ BGer, 4A_140/2019, 26.9.2019, E. 4.1.1.

⁶ BGer, 4A_140/2019, 26.9.2019, Sachverhalt B.b: Der Gesamtgewinn von CHF 7738 geteilt durch 88 Nächte ergibt einen durchschnittlichen Preis von CHF 88 pro Tag. Vgl. auch OGer GE, C/22160/2016, ACJC/229/2019, 18.2.2019, Sachverhalt C.b.

von aus, dass nicht von einer Weigerung der Bekanntgabe der Bedingungen des Untermietverhältnisses im Sinne von Art. 262 Abs. 2 lit. a OR auszugehen sei: Eine Reduzierung des Umfangs der Untervermietung mit anschliessender Löschung der Wohnung könne nicht mit einer Weigerung der Bekanntgabe gleichgesetzt werden.⁷

Anders als im Entscheid der Vorinstanz vertritt die Lehre die Meinung, dass bewusst falsche Angaben des Mieters zu den Bedingungen einer Untermiete einer Weigerung gemäss Art. 262 Abs. 2 lit. a OR gleichzusetzen sind.⁸ Auch gemäss einem Urteil des Zürcher Mietgerichts kann in einer falschen Angabe betreffend Untermietverhältnisse gleichzeitig eine Weigerung gesehen werden, die korrekten Bedingungen der Untermiete bekannt zu geben.⁹

Im vorliegenden Fall hat die Mieterin in ihrem Schreiben vom 4. Oktober 2016 unrichtige Angaben über den Preis und den Umfang der Untermiete gemacht. Wird der Argumentation des Zürcher Mietgerichts gefolgt, wäre darin eine Weigerung der Bekanntgabe der Bedingungen der Untermiete zu sehen. Allerdings unterscheidet sich der vorliegende Fall vom Zürcher Fall insoweit, als die Mieterin zwar falsche Angaben machte, die Wohnung aber von der Airbnb-Internetseite löschte.

Ein weiterer Verweigerungsgrund liegt in der Missbräuchlichkeit der Untermietbedingungen (Art. 262 Abs. 2 lit. b OR). Dies soll einen übermässigen Gewinn des Untervermieters ohne Eigenleistung ausschliessen.¹⁰ Die allfällige Missbräuchlichkeit von Untermietbedingungen ergibt sich insbesondere aus dem Vergleich zwischen dem Haupt- und dem Untermietzins.¹¹ Überlässt der Mieter (d.h. der Untervermieter) dem Untermieter die Wohnung eingerichtet oder erbringt er Nebenleistungen wie die Wohnungsreinigung, ist er berechtigt, einen entsprechenden Zuschlag auf den Hauptmietzins zu verlangen.¹² Ohne Zusatzleistungen ist ein Zuschlag von 30–40 % auf den Hauptmietzins klar missbräuchlich.¹³

Das Zürcher Mietgericht hat im vorgenannten Fall für den Vergleich der Hauptmiet- mit den Untermietbedingungen den monatlichen Brutto-Hauptmietzins auf die Kosten pro Tag heruntergerechnet (CHF 100). Den errechneten täglichen Hauptmietzins hat es dann um die Kosten der Möbel und der Reinigung erhöht (gemäss Angaben des Mieters seien total CHF 150 kostendeckend) und mit dem täglichen Untermietzins der unregelmässigen Untervermietung auf Airbnb (CHF 220) verglichen. Die sich ergebende Differenz erachtete das Gericht als missbräuchlich im Sinne von Art. 262 Abs. 2 lit. b OR.¹⁴

Überträgt man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall, so ergibt sich, dass der Hauptmietzins von CHF 33 pro Tag deutlich unter dem durchschnittlichen Untermietzins von CHF 88 pro Tag liegt. Dies gilt, auch wenn man einen Zuschlag für die Einrichtung zulässt.¹⁵ In Anbetracht dieser Fakten müsste man eigentlich die Missbräuchlichkeit der Untermietzinsbedingungen bejahen.

Daraus ergibt sich, dass die Mieterin die Wohnung wohl unzulässigerweise auf Airbnb untervermietet hat, da sie den Vermieter nicht um Zustimmung gefragt hatte und dieser zwei Verweigerungsgründe gemäss Art. 262 OR hätte anrufen können.

B. Vorgehen bei Untermiete ohne Zustimmung nach Art. 257f Abs. 3 OR

Wenn der Mieter eine Wohnung ohne vorgängige Zustimmung des Vermieters untervermietet und dieser einen Verweigerungsgrund nach Art. 262 Abs. 2 OR hat, stellt das eine Pflichtverletzung dar. Der Vermieter kann unter gewissen Voraussetzungen die Wohnung ausserordentlich nach Art. 257f Abs. 3 OR kündigen.¹⁶ Der Vermieter muss hierfür den Mieter schriftlich auffordern, die gesetzlichen Anforderungen zu erfüllen.¹⁷ Dies, indem er entweder gegen das Fehlen seiner Zustimmung protestiert und die Zustellung der Unterlagen der Untermiete verlangt (Variante a) oder den Mieter auffordert, die Untervermietung zu beenden (Variante b).¹⁸

⁷ OGer GE, C/22160/2016, ACJC/229/2019, 18.2.2019, E. 3.6.2.

⁸ ZK-HIGI/WILDISSEN (FN 3), Art. 262 OR N 41; SVIT-ROHRER (FN 2), Art. 262 OR N 17.

⁹ MGer ZH, MG160009, 9.2.2017, in: ZMP 2017, Nr. 2, E. V.2.3.10.

¹⁰ ZK-HIGI/WILDISSEN (FN 3), Art. 262 OR N 42.

¹¹ BGE 119 II 353 E. 5a; BGer, 4A_518/2014 und 4A_520/2014, 19.11.2014, E. 5; SVIT-ROHRER (FN 2), Art. 262 OR N 18; ZK-HIGI/WILDISSEN (FN 3), Art. 262 OR N 42; BSK OR I-WEBER (FN 4), Art. 262 N 7.

¹² BGE 119 II 353 E. 5c, wobei ein Zuschlag von 15 % für die Möblierung sowie einer von 5 % für die gute Qualität der Einrichtung gemacht wurde. DAVID LACHAT/KARIN GROBET THORENS, La sous-location, in: David Lachat/Karin Grobet Thorens/Xavier Rubli/Pierre Stastny, Le bail à loyer, Genf 2019, 720 ff., 730 ff.; SVIT-ROHRER (FN 2), Art. 262 OR N 18; ZK-HIGI/WILDISSEN (FN 3), Art. 262 OR N 43.

¹³ BGE 119 II 353 E. 6f; LACHAT/GROBET THORENS (FN 12), 732; BSK OR I-WEBER (FN 4), Art. 262 N 7.

¹⁴ MGer ZH, MG160009, 9.2.2017, in: ZMP 2017, Nr. 2, E. V.2.3.12.

¹⁵ CHF 33 plus 20 % ergibt CHF 39.60, was immer noch weniger als die Hälfte der verrechneten CHF 88 ausmacht.

¹⁶ BGE 134 III 446 E. 2.2; 134 III 300 E. 3.1; PETER HEINRICH, Die Untermiete, Zürich 1999, 138; BSK OR I-WEBER (FN 4), Art. 262 N 4a; HANS GIGER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Miete, Art. 253–273c OR, Bern 2013 (zit. BK-GIGER), Art. 257f OR N 47.

¹⁷ BGE 134 III 446 E. 2.2; BK-GIGER (FN 16), Art. 257f OR N 47.

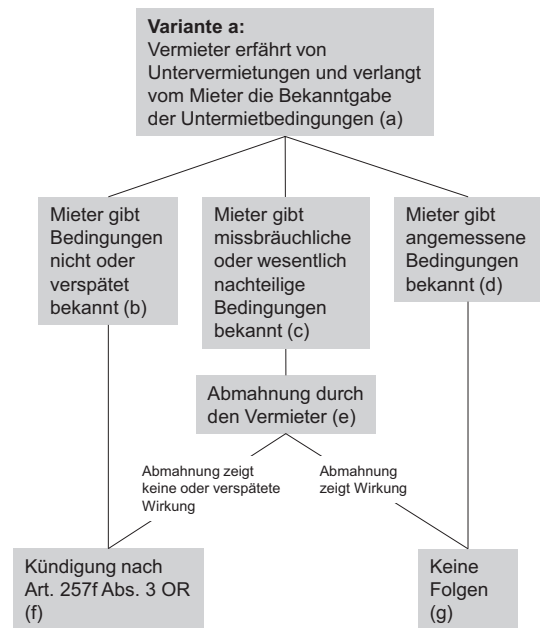
¹⁸ BGE 134 III 446 E. 2.2; 134 III 300 E. 3.1; BGer, 4A_379/2014, 10.3.2015, E. 4.4; 4A_162/2014, 26.8.2014, E. 2.2.2; 4A_456/2010, 18.4.2011, E. 3.1.

Variante a:

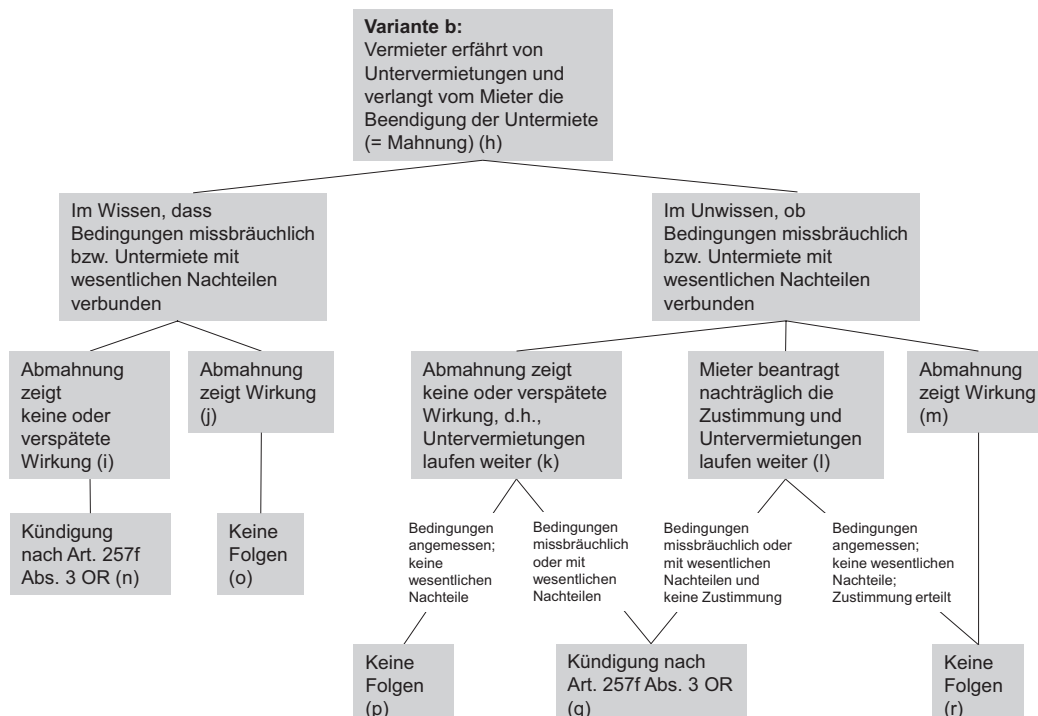
- a) BGE 134 III 446 E. 2.2; 134 III 300 E. 3.1; BGer, 4A_379/2014, 10.3.2015, E. 4.4; 4A_162/2014, 26.8.2014, E. 2.2.2; 4A_456/2010, 18.4.2011, E. 3.1.
- b) Art. 262 Abs. 2 lit. a OR; BGE 134 III 300 E. 3.2; BGer, 4A_379/2014, 10.3.2015, E. 4.1 und 4.5; 4A_162/2014, 26.8.2014, E. 2.3; 4C.331/2004, 17.3.2005, E. 1.1.4.
- c) Art. 262 Abs. 2 lit. b und c OR; BGer, 4A_162/2014, 26.8.2014, E. 2.3; 4A_456/2010, 18.4.2011, E. 3.2.
- d) BGer, 4A_162/2014, 26.8.2014, E. 2.2.1 e contrario.
- e) Art. 257f Abs. 3 OR; BGer, 4A_162/2014, 26.8.2014, E. 2.3; 4A_456/2010, 18.4.2011, E. 3.2.
- f) Art. 257f Abs. 3 OR; BGE 134 III 300 E. 3.2; BGer, 4A_379/2014, 10.3.2015, E. 4.5; 4A_162/2014, 26.8.2014, E. 2.3 e contrario; 4A_456/2010, 18.4.2011, E. 3.1.
- g) BGer, 4A_162/2014, 26.8.2014, E. 2.2.1 und 2.3; 4A_456/2010, 18.4.2011, E. 3.1. Bei einer Erschütterung des Vertrauensverhältnisses kann der Vermieter unter Umständen ordentlich kündigen, vgl. BGE 138 III 59 E. 2.2.2.

Variante b (siehe unten):

- h) BGE 134 III 446 E. 2.2; 134 III 300 E. 3.1; BGer, 4A_379/2014, 10.3.2015, E. 4.4; 4A_162/2014, 26.8.2014, E. 2.2.2; 4A_456/2010, 18.4.2011, E. 3.1.
- i) Vgl. BGE 134 III 446 E. 2.2; 134 III 300 E. 3.2; BGer, 4A_379/2014, 10.3.2015, E. 4.4.
- j) Vgl. BGE 134 III 446 E. 2.2 e contrario; 134 III 300 E. 3.1 und 3.2 e contrario; BGer, 4A_379/2014, 10.3.2015, E. 4.4 e contrario.
- k) Eine ausserordentliche Kündigung nach Art. 257f Abs. 3 OR ist nur möglich, wenn ein Verweigerungsgrund nach Art. 262 Abs. 2 OR gegeben ist oder Rechtsmissbräuchlichkeit vorliegt, vgl. BGE 134 III 300 E. 3.1; BGer, 4A_140/2019, 26.9.2019, E. 4.1.1; 4A_227/2017, 5.9.2017, E. 4.2.1.1.
- l) BGE 134 III 446 E. 2.2; 134 III 300 E. 3.1; BGer, 4A_265/2009, 5.8.2009, E. 2.3; 4A_570/2008, 19.5.2009, E. 3.3.3.
- m) BGE 134 III 446 E. 2.2 e contrario; 134 III 300 E. 3.1 und 3.2 e contrario; BGer, 4A_379/2014, 10.3.2015, E. 4.4 e contrario.
- n) Art. 257f Abs. 3 OR, vgl. BGE 134 III 446 E. 2.2; 134 III 300 E. 3.1 und 3.2; BGer, 4A_379/2014, 10.3.2015, E. 4.4.
- o) BGE 134 III 446 E. 2.2 e contrario; 134 III 300 E. 3.1 und 3.2 e contrario; BGer, 4A_379/2014, 10.3.2015, E. 4.4 e contrario. Bei einer Erschütterung des Vertrauensverhältnisses kann der Vermieter unter Umständen ordentlich kündigen, vgl. BGE 138 III 59 E. 2.2.2.



- p) Vgl. BGE 134 III 300 E. 3.1 e contrario; BGer, 4A_140/2019, 26.9.2019, E. 4.1.1 e contrario; 4A_227/2017, 5.9.2017, E. 4.2.1.1 e contrario. Bei einer Erschütterung des Vertrauensverhältnisses kann der Vermieter unter Umständen ordentlich kündigen, vgl. BGE 138 III 59 E. 2.2.2.
- q) Art. 257f Abs. 3 OR, vgl. BGE 134 III 446 E. 2.2; 134 III 300 E. 3.1 und 3.2; BGer, 4A_140/2019, 26.9.2019, E. 4.1.1; 4A_227/2017, 5.9.2017, E. 4.2.1.1; 4A_379/2014, 10.3.2015, E. 4.4.
- r) Vgl. BGE 134 III 446 E. 2.2 e contrario; 134 III 300 E. 3.1 und 3.2 e contrario; BGer, 4A_379/2014, 10.3.2015, E. 4.4 e contrario. Bei einer Erschütterung des Vertrauensverhältnisses kann der Vermieter unter Umständen ordentlich kündigen, vgl. BGE 138 III 59 E. 2.2.2.



Verlangt der Vermieter gemäss Variante a die Bekanntgabe der Untermietbedingungen und gibt der Mieter diese nicht bzw. verspätet bekannt, berechtigt dies den Vermieter direkt zur ausserordentlichen Kündigung nach Art. 257f Abs. 3 OR.¹⁹ Erhält der Vermieter missbräuchliche Untermietbedingungen zugestellt oder sieht er aus den Unterlagen, dass ihm aus der Untermiete wesentliche Nachteile entstehen, kann der Vermieter den Mieter schriftlich abmahnen.²⁰ Zeigt die Abmahnung keine oder nur verspätete Wirkung, das heisst, setzt der Mieter die Untervermietung fort bzw. vermietet die Wohnung erneut unter, hat der Vermieter ein ausserordentliches Kündigungsrecht nach Art. 257f Abs. 3 OR.²¹ Zeigt die Mahnung dagegen Wirkung, das heisst, wird die Untermiete beendet, hat dies grundsätzlich keine Folgen für den Mieter.²² Erkennt der Vermieter aus den zugestellten Unterlagen, dass die Bedingungen angemessen sind und ihm aus der Untermiete keine wesentlichen Nachteile erwachsen, ist die Untermiete zulässig. Der Vermieter hat dann kein ausserordentliches Kündigungsrecht.²³

Wenn der Vermieter von der Untervermietung erfährt, kann er den Mieter auch direkt auffordern, die Untermiete zu beenden (Variante b). Dabei ist zu unterscheiden, ob der Vermieter über die Missbräuchlichkeit der Untermietbedingungen oder über die wesentlichen Nachteile bereits im Bilde ist. Weiss der Vermieter davon und zeigt seine Abmahnung keine oder nur verspätete Wirkung, rechtfertigt dies eine ausserordentliche Kündigung nach Art. 257f Abs. 3 OR.²⁴ Zeigt die Abmahnung dagegen Wirkung, das

heisst, wird die Untermiete beendet, hat das keine Folgen für den Mieter.²⁵

Anders verhält es sich, wenn der Vermieter von der Missbräuchlichkeit der Untermietbedingungen oder von den wesentlichen Nachteilen nichts weiss. Reagiert der Mieter auf die Abmahnung nicht oder nur verspätet, kommt es auf das tatsächliche Bestehen der wesentlichen Nachteile oder der missbräuchlichen Bedingungen an. Ist dies zu verneinen, hat der Vermieter kein ausserordentliches Kündigungsrecht.²⁶ Nur wenn die Bedingungen missbräuchlich sind oder dem Vermieter aus der Untermiete wesentliche Nachteile erwachsen, kann der Vermieter ausserordentlich nach Art. 257f Abs. 3 OR kündigen.²⁷ Diese Variante entspricht jedoch nicht der gesetzlichen Grundkonzeption, wonach der Mieter vorab um Zustimmung zur Untermiete zu ersuchen hat.²⁸ So könnte ein Mieter, der mit angemessenen Bedingungen untervermietet und dem Vermieter mit der Untermiete keine wesentlichen Nachteile verursacht, ohne Folgen weder die Zustimmung des Vermieters einholen noch auf die Aufforderung zur Beendigung der Untermiete reagieren: Der Vermieter müsste das ganze Risiko der Kündigung tragen.

Verlangt der Vermieter gemäss Variante b die Beendigung der Untermiete, ohne zu wissen, ob ein Verweigerungsgrund nach Art. 262 Abs. 2 OR vorliegt, kann der Mieter auch nachträglich um Zustimmung zur Untermiete ersuchen.²⁹ Wenn der Vermieter die Zustimmung nicht erteilt und die Untermietbedingungen missbräuchlich sind bzw. die Untermiete dem Vermieter wesentliche Nachteile bringt, kann der Vermieter ausserordentlich nach Art. 257f Abs. 3 OR kündigen.³⁰ Sind die Untermietbedingungen dagegen angemessen oder erteilt der Vermieter nachträglich seine Zustimmung, hat dies keine Folgen für den Vermie-

¹⁹ Vgl. Art. 262 Abs. 2 lit. a OR. BGE 134 III 300 E. 3.2; BGer, 4A_379/2014, 10.3.2015, E. 4.1 und 4.5; 4A_162/2014, 26.8.2014, E. 2.3. Gemäss BGer, 4C.331/2004, 17.3.2005, E. 1.1.4, ist die Aufforderung, die Untermietbedingungen innerhalb von 2 Tagen zuzustellen, «eindeutig zu kurz bemessen», weshalb die Möglichkeit einer ausserordentlichen Kündigung nach Art. 257f Abs. 3 OR in der Folge verneint wurde. Vgl. auch BK-GIGER (FN 16), Art. 257f OR N 47.

²⁰ Vgl. Art. 262 Abs. 2 lit. b und lit. c OR. BGer, 4A_162/2014, 26.8.2014, E. 2.3; 4A_456/2010, 18.4.2011, E. 3.2. Dies ergibt sich auch indirekt aus BGE 134 III 446 E. 2.2.

²¹ BGE 134 III 300 E. 3.2; BGer, 4A_162/2014, 26.8.2014, E. 2.3 e contrario; 4A_456/2010, 18.4.2011, E. 3.1.

²² BGer, 4A_162/2014, 26.8.2014, E. 2.3; 4A_456/2010, 18.4.2011, E. 3.1. Bei einer Erschütterung des Vertrauensverhältnisses kann der Vermieter unter Umständen ordentlich kündigen, vgl. BGE 138 III 59 E. 2.2.2.

²³ BGer, 4A_162/2014, 26.8.2014, E. 2.2.1 e contrario; ZK-HIGI/WILDISEN (FN 3), Art. 262 OR N 57; a.M. SVIT-ROHRER (FN 2), Art. 262 OR N 38. Bei einer Erschütterung des Vertrauensverhältnisses kann der Vermieter unter Umständen ordentlich kündigen, vgl. BGE 138 III 59 E. 2.2.2.

²⁴ Vgl. BGE 134 III 446 E. 2.2; 134 III 300 E. 3.1 und 3.2; BGer, 4A_379/2014, 10.3.2015, E. 4.4.

²⁵ Vgl. BGE 134 III 446 E. 2.2 e contrario; 134 III 300 E. 3.1 und 3.2 e contrario; BGer, 4A_379/2014, 10.3.2015, E. 4.4 e contrario; HEINRICH (FN 16), 138. Bei einer Erschütterung des Vertrauensverhältnisses kann der Vermieter unter Umständen ordentlich kündigen, vgl. BGE 138 III 59 E. 2.2.2.

²⁶ Vgl. BGE 134 III 300 E. 3.1 e contrario; BGer, 4A_227/2017, 5.9.2017, E. 4.2.1.1 e contrario; 4A_140/2019, 26.9.2019, E. 4.1.1 e contrario. Bei einer Erschütterung des Vertrauensverhältnisses kann der Vermieter unter Umständen ordentlich kündigen, vgl. BGE 138 III 59 E. 2.2.2.

²⁷ BGE 134 III 300 E. 3.1 und 3.2; BGer, 4A_140/2019, 26.9.2019, E. 4.1.1; 4A_227/2017, 5.9.2017, E. 4.2.1.1; BK-GIGER (FN 16), Art. 257f OR N 47, 56.

²⁸ SVIT-ROHRER (FN 2), Art. 262 OR N 38.

²⁹ BGE 134 III 446 E. 2.2; 134 III 300 E. 3.1; BGer, 4A_265/2009, 5.8.2009, E. 2.3; 4A_570/2008, 19.5.2009, E. 3.3.3; BK-GIGER (FN 16), Art. 257f OR N 47.

³⁰ Vgl. BGE 134 III 446 E. 2.2; 134 III 300 E. 3.1 und 3.2; BGer, 4A_379/2014, 10.3.2015, E. 4.4.

ter.³¹ Schliesslich kann der Mieter auch der Aufforderung des Vermieters nach Beendigung der Untermiete Folge leisten und die Wohnung von der Airbnb-Internetseite entfernen. In diesem Fall entfällt das ausserordentliche Kündigungsrecht des Vermieters.³²

Im zu beurteilenden Fall stellt das Schreiben des Vermieters vom 1. September 2016 eine schriftliche Aufforderung im Sinne von Art. 257f Abs. 3 OR dar, die Unterlagen zu den vergangenen Untervermietungen innert sieben Tagen zuzustellen (Variante a) und die Untermiete mit sofortiger Wirkung zu beenden (Variante b). Die Mieterin hat als Reaktion darauf zuerst das Vorliegen einer Untervermietung bestritten und dann dem Vermieter falsche Unterlagen zugestellt.³³ Zudem hat die Mieterin nach Erhalt der Aufforderung zur Beendigung der Untermiete nochmals eine Untervermietung vorgenommen. Erst anschliessend, d.h. ungefähr zwei Wochen nach der Aufforderung, hat sie die Wohnung von der Airbnb-Internetseite gelöscht. Es ist deshalb insbesondere zu prüfen, ob die Mieterin rechtzeitig reagiert hat oder ob in der weiteren Untervermietung eine erneute Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne von Art. 257f Abs. 3 OR zu sehen ist. Denn wie unter III.A. ausgeführt, waren die Untermietbedingungen im vorliegenden Fall wohl missbräuchlich.

Art. 257f Abs. 3 OR enthält keine Angaben bezüglich der Frist, in welcher der Mieter nach der Abmahnung die Sorgfaltspflichtverletzung beseitigen muss. Gemäss Lehre kann der Vermieter in seiner Abmahnung selbst eine Frist festlegen.³⁴ Bei gegen Art. 262 Abs. 2 OR verstossenden Untervermietungen kann der Vermieter dem Mieter somit einen Zeitpunkt ansetzen, bis wann der Mieter die Untermiete beenden muss.³⁵ Dabei hat er zu berücksichtigen, wie viel Zeit der Mieter benötigt, um die Wohnung zu räumen.³⁶ Der Vermieter ist nicht gehalten, dem Mieter gleich viel Zeit zu lassen, wie der Mieter für die Beendigung ei-

ner langfristigen Untermiete braucht.³⁷ Die gestellten Forderungen müssen jedoch in der angesetzten Frist erfüllbar sein.³⁸

Für kurzfristige Untervermietungen auf Airbnb scheint nicht ausgeschlossen, dass der Vermieter auch eine sofortige Einstellung der Untermiete verlangen kann.³⁹ So ging auch die Vorinstanz davon aus, dass der Vermieter aufgrund der nur kurzen Airbnb-Untervermietung von jeweils 2–5 Tagen mit einer sofortigen Beendigung der Untermiete rechnen könne, ohne die in der Lehre empfohlene übliche Mindestdauer von einem Monat im Falle der traditionellen Untervermietung einzuhalten. Dennoch kam die Vorinstanz zum Schluss, dass die Mieterin die Untermiete innert angemessener Frist beendet habe.⁴⁰ Zu diesem Ergebnis gelangte auch das Bundesgericht. So habe die Mieterin die Untermietverträge innert einigen Tagen nach Erhalt der Abmahnung, d.h. «dans un délai raisonnable» beendet, womit keine erneute Sorgfaltspflichtverletzung vorliege.⁴¹

Nicht in die Begründung des Bundesgerichts eingeflossen ist, dass die Mieterin im Zeitpunkt des Zugangs der Abmahnung die Wohnung wohl noch nicht untervermietet hatte. Es war lediglich unklar, ob der Untermieter die Reservierung für die kommende Untermiete schon vor Zugang der Abmahnung getätigt hatte. Dass er die Wohnung erst nach der Abmahnung bezogen hat, war e contrario nicht strittig. Ist im Zeitpunkt der Abmahnung noch kein Untermieter in der Wohnung, muss man auch keine Zeit für die Räumung der Wohnung einplanen. In diesem Sinne ist es zweifelhaft, ob die Reaktion der Mieterin nicht trotzdem verspätet erfolgt ist: Ohne Notwendigkeit einer Räumungsfrist hat sie mit der Beendigung des unrechtmässigen Zustandes zugewartet und eine weitere Untervermietung durchgeführt. Unter dieser Prämisse stellt die letzte Untervermietung vom 7. bis 10. September 2019 eine erneute Sorgfaltspflichtverletzung dar und hätte dem Vermieter ein ausserordentliches Kündigungsrecht nach Art. 257f Abs. 3 OR eröffnet. Das Bundesgericht hält aber zu Recht fest, dass es für diese Beurteilung das genaue Zugangsdatum der schriftlichen Abmahnung bei der Mieterin hätte kennen müssen.

³¹ Vgl. BGE 134 III 446 E. 2.2 e contrario; 134 III 300 E. 3.1 und 3.2 e contrario; BGer, 4A_379/2014, 10.3.2015, E. 4.4 e contrario. Bei einer Erschütterung des Vertrauensverhältnisses kann der Vermieter unter Umständen ordentlich kündigen, vgl. BGE 138 III 59 E. 2.2.2.

³² Vgl. BGE 134 III 446 E. 2.2 e contrario; 134 III 300 E. 3.1 und 3.2 e contrario; BGer, 4A_379/2014, 10.3.2015, E. 4.4 e contrario. Bei einer Erschütterung des Vertrauensverhältnisses kann der Vermieter unter Umständen ordentlich kündigen, vgl. BGE 138 III 59 E. 2.2.2.

³³ OGer GE, C/22160/2016, ACJC/229/2019, 18.2.2019, E. 3.6.2.

³⁴ HEINRICH (FN 16), 138; PIERRE-ANDRÉ WESSNER, Sorgfaltspflichten des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen, mp 2007, 197 ff., 204; BK-GIGER (FN 16), Art. 257f OR N 96.

³⁵ HEINRICH (FN 16), 138.

³⁶ HEINRICH (FN 16), 138; vgl. zum deutschen Recht auch Schmidt-Futterer-BLANK, § 543 BGB N 75, in: Hubert Blank (Hrsg.), Mietrecht, Grosskommentar des Wohn- und Gewerberaummietrechts, 14. A., München 2019.

³⁷ HEINRICH (FN 16), Fn 565.

³⁸ BK-GIGER (FN 16), Art. 257f OR N 96.

³⁹ Vgl. ZK-HIGI/BÜHLMANN (FN 3), Art. 257f OR N 51: «Wird keine Frist angesetzt, aber Abhilfe verlangt, ist die Abhilfe sogleich vorzunehmen.»

⁴⁰ OGer GE, C/22160/2016, ACJC/229/2019, 18.2.2019, E. 3.6.2.

⁴¹ BGer, 4A_140/2019, 26.9.2019, E. 4.3.2.