



15.455

Parlamentarische Initiative Missbräuchliche Untermiete vermeiden

Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates

vom 18. August 2022

Sehr geehrte Frau Präsidentin
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit diesem Bericht unterbreiten wir Ihnen den Entwurf zu einer Änderung des Obligationenrechtes. Gleichzeitig erhält der Bundesrat Gelegenheit zur Stellungnahme.

Die Kommission beantragt, dem beiliegenden Entwurf zuzustimmen.

18. August 2022

Im Namen der Kommission

Die Präsidentin: Christa Markwalder

Übersicht

Die Parlamentarische Initiative «Missbräuchliche Untermiete vermeiden» wird mittels einer Anpassung der Vorschriften zur Untermiete und Unterpacht umgesetzt. Es handelt sich um eine von drei jeweils separat zu realisierenden Anpassungen des Mietrechts im Obligationenrecht.

Ausgangslage

Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates schlägt vor, die Anliegen von vier parlamentarischen Initiativen zu ausgewählten Fragen des Mietrechts in drei gesonderten Erlassentwürfen umzusetzen. Die drei Erlassentwürfe sehen Anpassungen im Bereich der Untermiete, der Formvorschriften bei Mietzinserhöhungen und anderen einseitigen Vertragsänderungen sowie bei der Frage der Kündigung wegen Eigenbedarfs vor.

Inhalt der Vorlage

Um in Zukunft Missbräuche bei der Untermiete und der Unterpacht zu verhindern, sollen im Mietrecht Bestimmungen aufgenommen werden, welche die Anforderungen der Untermiete und der Miete im Unterpachtverhältnis anpassen und ergänzen. Neu soll festgehalten werden, dass für die Zulässigkeit einer Untermiete resp. einer Miete im Unterpachtverhältnis die schriftliche Zustimmung der Vermieterin oder des Vermieters bzw. der Verpächterin oder des Verpächters erforderlich ist. Werden die Voraussetzungen nicht eingehalten, soll der Vermieterin oder dem Vermieter resp. der Verpächterin oder dem Verpächter neu ein ausserordentliches Kündigungsrecht zustehen.

Eine Kommissionsminderheit beantragt auf die Vorlage zur Untermiete nicht einzutreten, weil das gesetzliche Recht der Mietenden auf Untermiete nicht eingeschränkt werden sollte. Weitere Kommissionsminderheiten beziehen sich auf die Ausgestaltung der Verweigerungsgründe und des ausserordentlichen Kündigungsrechts. Eine Minderheit spricht sich gegen die im Zuge der Anpassung der Untermiete erfolgende Änderung der Miete im Pachtverhältnis aus.

Inhaltsverzeichnis

Übersicht	2
1 Ausgangslage und Vorarbeiten der Kommission	5
1.1 Parlamentarische Initiative 15.455 (Egloff)	5
1.2 Kontext	6
1.3 Vorarbeiten der Kommission	8
2 Vernehmlassungsverfahren	8
2.1 Einleitung	8
2.2 Vernehmlassungsvorlage	9
2.2.1 Untermiete (Art. 262 OR)	9
2.2.2 Unterpacht (Art. 291 OR)	10
2.2.3 Positionen der Minderheiten	11
2.3 Vernehmlassungsergebnisse	12
2.3.1 Untermiete (Art. 262 OR)	12
2.3.1.1 Artikel 262 Absatz 1 OR	12
2.3.1.2 Artikel 262 Absatz 2 OR	13
2.3.1.3 Artikel 262 Absatz 3 OR	14
2.3.1.4 Artikel 262 Absatz 4 OR	14
2.3.1.5 Artikel 262 Absatz 5 OR	17
2.3.1.6 Artikel 262 Absatz 6 OR	17
2.3.2 Unterpacht (Art. 291 OR)	19
2.3.2.1 Artikel 291 Absatz 1 OR	19
2.3.2.2 Artikel 291 Absatz 2 OR	19
2.3.2.3 Artikel 291 Absatz 3 OR	20
2.3.2.4 Artikel 291 Absatz 4 OR	20
2.3.2.5 Artikel 291 Absatz 6 OR	21
2.3.2.6 Artikel 291 OR – Minderheit IV	21
2.4 Beschluss der RK-N über das weitere Vorgehen nach der Vernehmlassung	22
3 Grundzüge der Vorlage	22
3.1 Untermiete (Art. 262 OR)	22
3.2 Unterpacht (Art. 291 OR)	24
3.3 Positionen der Minderheiten	26
4 Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln der Vorlage	28
4.1 Artikel 262 OR Untermiete	28
4.2 Untermiete in anderen Regelungen des Mietrechts	30
4.3 Untermiete in Bestimmungen ausserhalb des Obligationenrechts	31
4.4 Allgemeinverbindlich erklärter Rahmenmietvertrag für den Kanton Waadt	32
4.5 Artikel 291 OR Unterpacht	33

5	Umsetzung	34
6	Verhältnis zum europäischen Recht	34
7	Auswirkungen	35
7.1	Auswirkungen auf den Bund	35
7.2	Auswirkungen auf die Kantone und Gemeinden sowie auf urbane Zentren, Agglomerationen und Berggebiete	35
7.3	Auswirkungen auf die Volkswirtschaft	35
7.4	Auswirkungen auf die Gesellschaft	35
7.5	Auswirkungen auf die Umwelt	35
8	Verhältnis zur Legislaturplanung und zu Strategien des Bundesrates	36
9	Rechtliche Aspekte	36
9.1	Verfassungsmässigkeit	36
9.2	Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	36
9.3	Erlassform	36
9.4	Unterstellung unter die Ausgabenbremse	37
9.5	Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen	37
9.6	Datenschutz	37
	Obligationenrecht (OR; Mietrecht: Untermiete) (Entwurf)	BBl 2022 2082

Bericht

1 Ausgangslage und Vorarbeiten der Kommission

1.1 Parlamentarische Initiative 15.455 (Egloff)

Die parlamentarische Initiative «Missbräuchliche Untermiete vermeiden» wurde am 18. Juni 2015 von Nationalrat Hans Egloff (Fraktion der Schweizerischen Volkspartei, Schweizerische Volkspartei SVP) eingereicht. Mit der parlamentarischen Initiative soll Artikel 262 des Obligationenrechts (OR)¹ angepasst bzw. ergänzt werden.

In der Begründung weist der Initiant darauf hin, dass in Städten günstige Altbauwohnungen vielfach zu Mietzinsen untervermietet werden, die den vom Hauptmieter zu bezahlenden Mietzins in beträchtlichem Umfang übersteigen. Um den unrechtmässigen Ertrag noch zu steigern, würden Mietobjekte zum Teil raumweise zu einem haarsträubenden Entgelt an mehrere Untermieter weitervermietet. Mangels Information und mangels Anfrage um Zustimmung, wissen die Vermieter nicht, wer tatsächlich in ihrem Objekt wohnt oder dieses nutzt.

Der Initiant erläutert in der Begründung die gerichtliche Haltung. Die Gerichte würden dem Vermieter das Recht gewähren, die Zustimmung zur Untermiete zu verweigern, wenn der Mieter nicht die Absicht hat, das gemietete Objekt später wieder selber zu nutzen. In der Praxis reiche die reine Behauptung des Mieters, er werde das gemietete Objekt zu einem späteren Zeitpunkt wieder selber nutzen aus, um eine Umkehr der Beweislast herbeizuführen. Vom Vermieter werde dann verlangt nachzuweisen, dass der Mieter keine Absicht zur Rückkehr hat. Daraus zieht der Initiant die Schlussfolgerung, dass das geltende Recht nicht praktikabel ist und Umgehungen der gesetzgeberischen Absicht schützt.

Damit in Zukunft Missbräuche verhindert werden können, müsse der Vermieter eine zustimmungslose Untervermietung oder die Untermiete, die gestützt auf eine treuwidrig ersichene Zustimmung erfolgt, effektiv sanktionieren können. Um diesen Zweck zu erreichen, habe das Gesetz die Anforderungen an die Berechtigung der Untermiete klar zu statuieren und bei Verletzungen des Gesetzes durch den Mieter ein ausserordentliches Kündigungsrecht des Vermieters zu vorsehen.

Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates (RK-N) hat der parlamentarischen Initiative am 12. Mai 2016 mit 15 zu 10 Stimmen Folge gegeben. Auf der anderen Seite hat die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates (RK-S) am 30. August 2016 mit 5 zu 4 Stimmen bei 1 Enthaltung dem Beschluss der RK-N keine Zustimmung erteilt. Im schriftlichen Bericht vom 2. Februar 2017 beantragte die RK-N mit 12 zu 12 Stimmen bei 1 Enthaltung und mit Stichentscheid des Präsidenten, der Initiative keine Folge zu geben. Eine Minderheit der RK-N stellte dahingegen den Antrag an das Plenum, der Initiative Folge zu geben. Am 13. März 2017 entschied der Nationalrat mit 109 zu 77 Stimmen bei 2 Enthaltungen der parlamentarischen Initiative Folge zu geben. Diesem Beschluss folgte die RK-S am

¹ SR 220

25. April 2017 mit 6 zu 3 Stimmen bei 1 Enthaltung. Damit wurde die RK-N beauftragt, innerhalb von zwei Jahren eine Vorlage auszuarbeiten. Mit dem schriftlichen Bericht vom 25. Januar 2019 beantragte die RK-N ohne Gegenantrag, die Frist für die Ausarbeitung eines Erlassentwurfes bis zur Frühjahrsession 2021 zu verlängern. Am 22. März 2019 verlängerte der Nationalrat die Behandlungsfrist des Geschäfts bis zur Frühjahrsession 2021, am 19. März 2021 wurde die Frist um weitere zwei Jahre verlängert.

1.2 Kontext

Bereits am 12. Dezember 2014 hatte der frühere Nationalrat Fathi Derder das Postulat 14.4296 «Partizipative Ökonomie. Fördern, Rahmenbedingungen umreissen, für künftige Herausforderungen gewappnet sein» unterbreitet. In Erfüllung des erwähnten parlamentarischen Vorstosses erarbeitete der Bundesrat den «Bericht vom 11. Januar 2017 über die zentralen Rahmenbedingungen für die digitale Wirtschaft».² Als eine von mehreren Massnahmen sah der erwähnte Bericht die Prüfung einer rechtlichen Regelung für die wiederholte Untervermietung unter Nutzung einer Beherbergungsplattform durch das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (BWO) vor.³ Am 15. November 2017 hat der Bundesrat «Die Regulierung in der Beherbergungswirtschaft, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 16.3625 Kommission für Wirtschaft und Abgaben SR vom 18. August 2016 sowie des Prüfauftrages zum Mietrecht gemäss Bundesratsbeschluss vom 11. Januar 2017»⁴ zur Kenntnis genommen. Vor dem Hintergrund neuer Erscheinungsformen der privaten Raumvermietung (Online-Plattformen) wurde ein Revisionsbedarf unter anderem im Zusammenhang mit den Modalitäten zur Einholung der Zustimmung der Vermieterschaft zur Untermiete gesehen. Das WBF wurde damit beauftragt, eine Vernehmlassungsvorlage auszuarbeiten.⁵ Am 21. März 2018 eröffnete der Bundesrat die Vernehmlassung betreffend die Änderung der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG)⁶ vom 9. Mai 1990.⁷ Die Vorlage sah eine

² Der Bericht wurde unter anderem auf der folgenden Website des Parlaments veröffentlicht: www.parlament.ch > Ratsbetrieb > Curia Vista > Erweiterte Suche > 14.4296 (besucht 29. Juli 2022); nachfolgend: Bericht über die zentralen Rahmenbedingungen für die digitale Wirtschaft.

³ Bericht über die zentralen Rahmenbedingungen für die digitale Wirtschaft, S. 176.

⁴ Der Bericht wurde unter anderem auf der folgenden Website des BWO veröffentlicht: www.bwo.admin.ch > Medienmitteilungen alle > 15. November 2017 Keine neuen Regulierungen für Online-Beherbergungsdienstleistungen > Dokumente (besucht 29. Juli 2022); nachfolgend: Die Regulierung in der Beherbergungswirtschaft.

⁵ Die Regulierung in der Beherbergungswirtschaft, S. 61; Medienmitteilung vom 15. November 2017 «Keine neuen Regulierungen für Online-Beherbergungsdienstleistungen», www.bwo.admin.ch > Medienmitteilungen alle > 15. November 2017 Keine neuen Regulierungen für Online-Beherbergungsdienstleistungen (besucht 29. Juli 2022).

⁶ SR 221.213.11

⁷ Medienmitteilung vom 21. März 2018: «Untermiete: Bundesrat will Mietrechtsverordnung ergänzen», www.bwo.admin.ch > Medienmitteilungen alle > 21. März 2018 Untermiete: Bundesrat will Mietrechtsverordnung ergänzen (besucht 29. Juli 2022).

Ergänzung der VMWG mit einem Artikel 8a «Generelle Zustimmung zur wiederholten kurzzeitigen Untermiete» vor.⁸ Anlässlich der Sitzung vom 8. März 2019 entschied der Bundesrat auf die Anpassung der VMWG zu verzichten. Mit diesem Entscheid reagierte er auf die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens.⁹

Die Vorprüfung und Beratung der parlamentarischen Initiative «Missbräuchliche Untermiete vermeiden» erfolgten in zeitlicher Hinsicht parallel zur Untersuchung des Revisionsbedarfs des geltenden Rechts aufgrund neuartiger Beherbergungsplattformen. Auslöser für die parlamentarische Initiative waren Sachverhalte, die als missbräuchlich eingestuft wurden. Der Initiant, die RK-N und die RK-S sowie der Nationalrat sehen im geltenden Recht und dessen Anwendung durch die Praxis keine ausreichende Grundlage, um die Vermietenden zu schützen. Die missbräuchlichen Sachverhalte sollen künftig durch eine Änderung der gesetzlichen Regelung zur Untermiete vermieden oder sanktioniert werden. Ausgangspunkt für die Prüfung der Verordnungsanpassung waren Fälle der kurzzeitigen entgeltlichen Überlassung von gemieteten Räumlichkeiten an Dritte. In solchen Fällen reagiert der potenzielle Gast auf ein Inserat, dass die Mieterin oder der Mieter auf einer Vermittlungsplattform im Internet publiziert hat. Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens von Artikel 262 OR per 1. Juli 1990 existierten Online-Plattformen noch nicht. Die daraus entstandenen bzw. durch die Digitalisierung geförderten Sachverhalte können als Untermiete eingestuft werden. Die rechtliche Würdigung der Verträge zwischen der Mieterin oder dem Mieter und dem Gast ist von der konkreten Vereinbarung und allfälligen weiteren Leistungen der Mieterin oder des Mieters abhängig.¹⁰ Die Vernehmlassungsvorlage zur Änderung der VMWG bezog sich auf die neuartigen Erscheinungsformen der Untermiete über eine Online-Plattform. Mit der generellen Zustimmung für die wiederholte kurzzeitige Untermiete sah sie eine Möglichkeit vor, welche von den Vertragsparteien gestützt auf die Vertragsfreiheit realisiert werden kann. Gegenüber dieser Ausführungsvorschrift von Artikel 262 OR für die neuartigen Sachverhalte wurden im Vernehmlassungsverfahren starke Vorbehalte geäussert.¹¹ Sie wurde nicht in die Verordnung aufgenommen. Gegenstand des Entwurfs ist eine Modifikation der Regelung zur Untermiete als solche.

⁸ Die Vernehmlassungsunterlagen wurden unter anderem auf der folgenden Website veröffentlicht: www.fedlex.admin.ch > Vernehmlassungen > Abgeschlossene Vernehmlassungen > 2018 > WBF > Änderung der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (besucht 29. Juli 2022).

⁹ Medienmitteilung vom 8. März 2019: «Online-Vermittlungsplattformen: Bundesrat verzichtet auf Anpassung der Mietrechtsverordnung», www.bwo.admin.ch > Medienmitteilungen alle > 08.03.2019 Online-Vermittlungsplattformen: Bundesrat verzichtet auf Anpassung der Mietrechtsverordnung (besucht 29. Juli 2022).

¹⁰ Die Regulierung in der Beherbergungswirtschaft, S. 33 mit weiteren Hinweisen; WEBER ROGER, in: Widmer Lüchinger/Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Auflage, Basel 2020, Art. 262 OR N. 8a (nachfolgend: BSK OR I-WEBER); HIGI PETER/WILDISEN CHRISTOPH, in: Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253–273c OR) Art. 253–265 OR, Die Miete, 5. Auflage, bearbeitet von Peter Higi, Anton Bühlmann und Christoph Wildisen, Zürich 2019, Art. 262 OR N. 61 ff. (nachfolgend: ZK-HIGI/WILDISEN).

¹¹ Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung zur Änderung der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen, Februar 2019, www.fedlex.admin.ch > Vernehmlassungen > Abgeschlossene Vernehmlassungen > 2018 > WBF > Änderung der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen > Ergebnis: Bericht (besucht 29. Juli 2022).

Die Untermiete betrifft eine Regelung des Privatrechts. Davon abzugrenzen sind öffentlich-rechtliche Vorschriften, welche an das Vorliegen einer kurzzeitigen Untervermietung anknüpfen. Solche Regelungen wurden verschiedentlich auf der kantonalen oder kommunalen Ebene erlassen und haben beispielsweise Einschränkungen oder die Erhebung von Beherbergungsabgaben zum Gegenstand. Indirekt können sich die betreffenden Vorgaben auf die privatrechtlichen kurzzeitigen Untermietverhältnisse auswirken. Das Rechtsinstitut der Untermiete als solches wird davon nicht berührt.

1.3 Vorarbeiten der Kommission

Die RK-N hat die Vorarbeiten an der Umsetzung der vier parlamentarischen Initiativen 15.455 Egloff. «Missbräuchliche Untermiete vermeiden», 16.458 Vogler. «Keine unnötigen Formulare bei gestaffelten Mietzinserhöhungen», 16.459 Feller. «Mietvertragsrecht. Auf mechanischem Wege nachgebildete Unterschriften für zulässig erklären» und 18.475 (Merlini) Markwalder. «Beschleunigung des Verfahrens bei der Kündigung des Mietverhältnisses wegen Eigenbedarf des Vermieters oder seiner Familienangehörigen» an ihrer Sitzung vom 5. Februar 2021 aufgenommen. Dabei hat sie entschieden, die vier parlamentarischen Initiativen in einem einzigen Verfahren umzusetzen, aber in verschiedenen Entwürfen. Damit war die Grundlage geschaffen, um eine einzige Vernehmlassung zu drei separaten Vorentwürfen durchführen zu können. An ihrer Sitzung vom 24. Juni 2021 hat die RK-N die drei Vorentwürfe bereinigt und in den Gesamtabstimmungen mit folgenden Stimmenverhältnissen angenommen. Mit 12 zu 9 Stimmen bei 2 Enthaltungen verabschiedete sie die Vorlage 1 (Untermiete), mit 13 zu 2 Stimmen bei 8 Enthaltungen die Vorlage 2 (Formvorschriften) und mit 13 zu 9 Stimmen die Vorlage 3 (Kündigung wegen Eigenbedarfs). An ihrer Sitzung vom 20. August 2021 verabschiedete sie den begleitenden Bericht und entschied gleichzeitig, zu den Vorlagen die Vernehmlassung zu eröffnen.

Die Kommission wurde bei ihren Arbeiten vom Bundesamt für Wohnungswesen (BWO) unterstützt.

2 Vernehmlassungsverfahren

2.1 Einleitung

Die Vernehmlassungsvorlagen und der erläuternde Bericht bezogen sich auf die vier parlamentarischen Initiativen «Missbräuchliche Untermiete vermeiden», «Keine unnötigen Formulare bei gestaffelten Mietzinserhöhungen», «Mietvertragsvertragsrecht. Auf mechanischem Wege nachgebildete Unterschriften für zulässig erklären» und «Beschleunigung des Verfahrens bei der Kündigung des Mietverhältnisses wegen Eigenbedarf des Vermieters oder seiner Familienangehörigen». Die drei zuerst genannten Vorstösse sehen eine Änderung des Mietrechts im OR vor, während die zuletzt erwähnte parlamentarische Initiative zusätzlich noch eine Anpassung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)¹² beantragt.

¹² SR 272

Am 6. September 2021 eröffnete die RK-N die Vernehmlassung zu den Vorentwürfen in Umsetzung der vier parlamentarischen Initiativen 15.455 n Pa. Iv. Egloff. «Missbräuchliche Untermiete vermeiden», 16.458 n Pa. Iv. Vogler. «Keine unnötigen Formulare bei gestaffelten Mietzinserhöhungen», 16.459 n Pa. Iv. Feller. «Mietvertragsrecht. Auf mechanischem Wege nachgebildete Unterschriften für zulässig erklären» und 18.475 n Pa. Iv. (Merlini) Markwalder. «Beschleunigung des Verfahrens bei der Kündigung des Mietverhältnisses wegen Eigenbedarf des Vermieters oder seiner Familienangehörigen». Bis zum Ablauf der Vernehmlassungsfrist am 6. Dezember 2021 sind insgesamt 64 Antworten eingegangen, wovon 60 eine inhaltliche Stellungnahme enthalten.

2.2 Vernehmlassungsvorlage

2.2.1 Untermiete (Art. 262 OR)

Der Vorentwurf aus der parlamentarischen Initiative «Missbräuchliche Untermiete vermeiden» sah die Anpassung und Ergänzung von Artikel 262 OR vor. Im Vergleich zur geltenden Fassung enthielt die Bestimmung im Vorentwurf drei Absätze mehr.

Absatz 1 des Vorentwurfs regelte wie der geltende Artikel 262 Absatz 1 OR das Erfordernis der Zustimmung des Vermieters. Neu sollte die Zustimmung an die Form der Schriftlichkeit geknüpft werden. Für die Untermiete sollte die schriftliche Zustimmung des Vermieters erforderlich sein.

In *Absatz 2 des Vorentwurfs* wurde ein bisher nicht gesetzlich geregelter Gegenstand aufgenommen. Wenn die Parteien des Mietvertrages nicht schriftlich etwas anderes vereinbart haben, sollte der Mieter beim Vermieter schriftlich ein Untermietbegehren einreichen müssen. *Absatz 2* definierte auch die notwendigen Inhalte des Untermietbegehrens: die Namen der Untermieter (a.); die Vertragsbedingungen, insbesondere das Untermietobjekt, den Gebrauchszweck, den Untermietzins und die Untermietdauer (b.).

Einen neuen Inhalt wies auch *Absatz 3 des Vorentwurfs* auf. Der Mieter sollte den Vermieter über Änderungen der Angaben gemäss Absatz 2 während der Untermietdauer informieren müssen.

Die Gründe zur Verweigerung der Zustimmung zur Untermiete sind im geltenden Recht in Artikel 262 Absatz 2 OR geregelt. Die Verweigerungsgründe waren Gegenstand von *Absatz 4 des Vorentwurfs*. Neu sollte die Aufzählung der Verweigerungsgründe nicht mehr abschliessend sein, sondern durch das Wort «insbesondere» eingeleitet werden. Die drei bekannten Verweigerungsgründe wurden im Vorentwurf ergänzt. Der Vermieter sollte die Zustimmung zu einem Untermietverhältnis verweigern können, wenn: der Mieter sich weigert, die Angaben gemäss den Absätzen 2 und 3 bekanntzugeben (a.); die Bedingungen der Untermiete im Vergleich zu denjenigen des Hauptmietvertrags missbräuchlich sind (b.); dem Vermieter aus der Untermiete wesentliche Nachteile entstehen (c.); eine Untermietdauer von mehr als zwei Jahren vorgesehen ist (d.). Buchstabe d. enthält neu eine Frist für die zulässige Dauer der Untermiete und regelt damit eine Fragestellung, welche unter dem geltenden Recht durch die Gerichte behandelt worden ist.

Gestützt auf *Absatz 5 des Vorentwurfs* sollte der Mieter dem Vermieter dafür haften, dass der Untermieter die Sache nicht anders gebraucht, als es ihm selbst gestattet ist. Der Vermieter sollte den Untermieter unmittelbar dazu anhalten können. Diese Regelung entsprach wörtlich dem geltenden Artikel 262 Absatz 3 OR, der damit unverändert beibehalten werden sollte.

Anders als im geltenden Recht sollte in Bezug auf die Untermiete ein ausserordentlicher Kündigungsgrund im Gesetz verankert werden. Gestützt auf *Absatz 6 des Vorentwurfs* sollte der Vermieter nach erfolgloser schriftlicher Mahnung mit einer Kündigungsfrist von mindestens 30 Tagen kündigen können, wenn die Untermiete ohne schriftliche Zustimmung des Vermieters erfolgt ist oder der Mieter falsche Angaben gemacht hat oder den Vermieter über Änderungen gemäss Absatz 3 nicht informiert hat.

2.2.2 Unterpacht (Art. 291 OR)

Nach dem geltenden und nach dem neuen Recht wird der Mieterin und dem Mieter unter den gesetzlich angeführten Voraussetzungen die Möglichkeit eingeräumt, mit einer Drittperson einen Vertrag über den entgeltlichen Gebrauch der gemieteten Sache abzuschliessen. Wie das Mietrecht enthalten auch die Regelungen des OR zur Pacht (Art. 275 ff.) ein entsprechendes Recht der Pächterin und des Pächters. In der Marginalie zur betreffenden Bestimmung findet sich die Bezeichnung «Unterpacht». Der Wortlaut von Artikel 291 OR zur Unterpacht weist Übereinstimmungen mit Artikel 262 OR zur Untermiete auf. Ein Unterschied besteht aber darin, dass Artikel 291 OR sowohl den Tatbestand der Unterpacht als auch denjenigen der Miete regelt. Vor diesem Hintergrund sah der Vorentwurf Anpassungen und Ergänzungen von Artikel 291 OR mit Blick auf die Miete vor. Die Änderungen von Artikel 262 OR wurden sinngemäss und unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Pachtverhältnisse übernommen. Der Tatbestand der Unterpacht sollte nicht geändert werden.

Absatz 1 des Vorentwurfs sah neu die Schriftform für die Zustimmung des Verpächters zur Vermietung im Pachtverhältnis vor.

Mit dem Mietbegehren in *Absatz 2 des Vorentwurfs* sollte ein neuer, bisher nicht geregelter Inhalt in das Gesetz aufgenommen werden. Der Pächter sollte beim Verpächter schriftlich ein Mietbegehren stellen müssen. Die notwendigen Inhalte des Mietbegehrens sollten ebenfalls gesetzlich geregelt werden: die Namen der Mieter (a.); die Vertragsbedingungen, insbesondere das Mietobjekt, der Gebrauchszweck, der Mietzins und die Mietdauer (b.).

Neu sollte der Pächter gestützt auf *Absatz 3 des Vorentwurfs* den Verpächter über Änderungen der Angaben gemäss Absatz 2 während der Mietdauer informieren müssen.

Der geltende Artikel 291 Absatz 2 OR enthält eine abschliessende Aufzählung von Gründen, welche es dem Verpächter ermöglichen, die Zustimmung zur Vermietung einzelner zur Sache gehörender Räume zu verweigern. Die Umschreibung «*einzelner zur Sache gehörender Räume*» sollte durch den neuen *Absatz 4 des Vorentwurfs*

berücksichtigt werden. Im Unterschied zum heutigen Recht sollte die gesetzliche Aufzählung der Verweigerungsgründe nicht mehr abschliessend sein. Aus diesem Grund wurde die Nennung der Verweigerungsgründe mit dem Begriff «insbesondere» eingeleitet. Darüber hinaus wurde die bestehende Aufzählung ergänzt. Die Verpächterin oder der Verpächter kann die Zustimmung zur Vermietung einzelner zur Sache gehörender Räume «insbesondere» dann verweigern, wenn: der Pächter sich weigert, die Angaben gemäss den Absätzen 2 und 3 bekanntzugeben (a.); die Bedingungen der Miete im Vergleich zu denjenigen des Pachtvertrages missbräuchlich sind (b.); dem Verpächter aus der Vermietung wesentliche Nachteile entstehen (c.); eine Mietdauer von mehr als zwei Jahren vorgesehen ist (d.). Im Gegensatz zum geltenden Recht sollte eine konkrete Frist für die Mietdauer in das Gesetz aufgenommen werden.

Absatz 5 des Vorentwurfs sollte dem heutigen Artikel 291 Absatz 3 OR entsprechen. Demnach sollte der Pächter dem Verpächter dafür haften, dass der Unterpächter oder der Mieter die Sache nicht anders benutzt, als es ihm selbst gestattet ist. Der Verpächter sollte den Unterpächter oder den Mieter unmittelbar dazu anhalten können.

Eine Ergänzung im Vergleich zum geltenden Recht bildete das ausserordentliche Kündigungsrecht von *Absatz 6 des Vorentwurfs*. Der Verpächter sollte dem Pächter nach erfolgloser schriftlicher Mahnung mit einer Frist von sechs Monaten auf einen beliebigen Zeitpunkt kündigen können, wenn die Miete ohne schriftliche Zustimmung des Verpächters erfolgt ist oder der Pächter falsche Angaben gemacht hat oder den Verpächter nicht über Änderungen gemäss Absatz 3 informiert hat.

2.2.3 Positionen der Minderheiten

Eine *Minderheit der Kommission (Brenzikofer, Arslan, Brélaz, Dandrès, Fehlmann Rielle, Funicello, Marti Min Li, Schlatter)* lehnte den Vorentwurf in der von der Kommission beschlossenen Version ab, was gemäss Artikel 74 Absatz 5 Parlamentsgesetz (ParlG)¹³ einem Antrag auf Nichteintreten auf die Vorlage entspricht. Sie erachtete es als zwingend, dass am geltenden Paradigma festgehalten wird, wonach der Mieterschaft im Grundsatz ein Recht zur Untermiete zusteht, das die Vermieterschaft nicht nach freiem Ermessen einschränken darf. Entsprechend wollte sie im Gesetz die Voraussetzungen, unter denen die Zustimmung zur Untermiete verweigert werden darf, enger fassen, sie abschliessend aufzählen und sie zudem noch auf die Untervermietung von Wohnliegenschaften begrenzen (*Minderheit I [Dandrès, Arslan, Brélaz, Brenzikofer, Fehlmann Rielle, Funicello, Marti Min Li, Schlatter, Suter]* zum Vorentwurf). Die Formulierung des ausserordentlichen Kündigungsgrundes ging einer *Minderheit (Minderheit III [Dandrès, Arslan, Brélaz, Brenzikofer, Fehlmann Rielle, Funicello, Marti Min Li, Schlatter, Suter]* zum Vorentwurf) zu weit, weshalb sie eine Einschränkung forderte. Eine weitere *Minderheit* war ferner der Ansicht, dass es nicht sachgerecht ist, die Voraussetzungen der Untermiete auch auf Pachtverträge auszuweiten (*Minderheit IV [Dandrès, Arslan, Brélaz, Brenzikofer, Fehlmann Rielle, Funicello, Marti Min Li, Schlatter, Suter]* zum Vorentwurf).

¹³ SR 171.10

Eine andere Minderheit (Minderheit II [*Vogt, Bregy, Geissbühler, Kamerzin, Reimann Lukas, Schwander, Steinemann, Tuena*] zum Vorentwurf) war der Ansicht, dass der Vorentwurf den von der parlamentarischen Initiative angestrebten Paradigmenwechsel noch konsequenter vollziehen muss. Für sie war es nicht sachgerecht, wenn das Gesetz einerseits anerkennt, dass eine Untermiete zulässig ist, sofern die Vermieter-schaft ihr schriftlich zustimmt, und andererseits die Voraussetzungen definiert, unter denen diese Zustimmung verweigert werden darf. Entsprechend war sie der Ansicht, dass das Gesetz die im Grundsatz anerkannte Vertragsfreiheit der Parteien nicht einzuschränken hat und sprach sich für eine Streichung der Verweigerungsgründe aus.

Minderheiten wurden auch mit Blick auf den Inhalt von Artikel 291 OR des Vorentwurfs gebildet. Eine Minderheit (Minderheit I [*Dandrès, Arslan, Brélaz, Brenzikofer, Fehlmann Rielle, Funicello, Marti Min Li, Schlatter, Suter*] zum Vorentwurf) sprach sich gegen die nicht abschliessende Aufzählung der Verweigerungsgründe und den zusätzlichen eine Befristung enthaltenden Verweigerungsgrund aus. Die Formulierung des ausserordentlichen Kündigungsgrundes erschien einer Minderheit (Minderheit III [*Dandrès, Arslan, Brélaz, Brenzikofer, Fehlmann Rielle, Funicello, Marti Min Li, Schlatter, Suter*] zum Vorentwurf) zu einschneidend. Die Erwägungen zur konsequenten Übertragung des Paradigmenwechsels im Zusammenhang mit Artikel 262 Absatz 4 OR waren für eine Minderheit (Minderheit II [*Vogt, Bregy, Geissbühler, Kamerzin, Reimann Lukas, Schwander, Steinemann, Tuena*] zum Vorentwurf) massgebend, um auch eine Streichung von Artikel 291 Absatz 4 OR zu beantragen.

2.3 Vernehmlassungsergebnisse

2.3.1 Untermiete (Art. 262 OR)

Im Vernehmlassungsverfahren sind Stellungnahmen zur Vorlage allgemein, zu den sechs Absätzen des Vorentwurfs von Artikel 262 OR und zu den Minderheiten I bis III eingegangen. Zahlreiche Rückmeldungen enthielten Ergänzungen und Anträge. Nachfolgend werden wesentliche Ergebnisse der Vernehmlassung zusammengefasst. Für eine Vertiefung insbesondere mit Blick auf Ergänzungen und Anträge wird auf den Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung vom 8. April 2022 verwiesen.¹⁴

2.3.1.1 Artikel 262 Absatz 1 OR

Zu Artikel 262 Absatz 1 OR sind insgesamt 28 Stellungnahmen eingegangen. 19 Teilnehmende äussern sich positiv.

Sieben Kantone (BE, LU, ZG, FR, SO, AG, TI) begrüssen oder befürworten zumindest grundsätzlich das Erfordernis der schriftlichen Zustimmung. Ein Kanton (GE)

¹⁴ Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung, www.fedlex.admin.ch > Vernehmlassungen > Abgeschlossene Vernehmlassungen > 2021 > Parl. > Vernehmlassung 2021/91 > Ergebnisbericht (besucht 29. Juli 2022).

regt noch die Einführung einer Frist des Vermieters zur Beantwortung des Untermietbegehrens an. Ein Kanton (GR) kann den Absatz eventualiter akzeptieren, wenn es unumgänglich sein sollte.

Drei in der Bundesversammlung vertretene politische Parteien (Die Mitte, FDP, Die Liberalen [FDP], SVP) unterstützen das Erfordernis der schriftlichen Zustimmung des Vermieters bzw. äussern sich wohlwollend dazu.

Mit dem Schweizerischen Gemeindeverband [SGV] äussert sich ein gesamtschweizerischer Dachverband der Gemeinden, Städte und Berggebiete positiv zum Erfordernis der Schriftlichkeit.

Fünf weitere interessierte Organisationen (Hauseigentümerverband Schweiz [HEV], Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft [SVIT], Verband Immobilien Schweiz [VIS], Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter [SVR-ASM], Konferenz der Geschäftsführer von Anlagestiftungen [KGAST]) äussern sich wohlwollend zur Schriftlichkeit der Zustimmung. Eine andere weitere interessierte Organisation (Camera ticinese dell'economia fondiaria [CATEF]) schlägt ausgehend von der schriftlichen Zustimmung noch eine Ergänzung vor. Eine weitere interessierte Organisation (Chambre genevoise immobilière [CGI]) erachtet die schriftliche Zustimmung als notwendig und äussert einen Vorschlag. Eine Klarstellung der Situation wird von einer weiteren interessierten Organisation (Casafair Schweiz [Casafair]) gesehen, dahingegen würde das Problem der kurzfristigen Vermietungen auf Buchungsplattformen nicht behoben. Das Erfordernis der schriftlichen Zustimmung kommt nach der Auffassung von wohnbaugenossenschaften schweiz – verband der gemeinnützigen wohnbauträger [WBG Schweiz] den Vorständen der Wohnbaugenossenschaften entgegen, führe aber nicht zu einer Verbesserung der Situation im Zusammenhang mit wiederholten kurzzeitigen Vermietungen auf Buchungsplattformen. Von Seiten einer weiteren interessierten Organisation (Union suisse des professionnels de l'immobilier [USPI]) wird darauf hingewiesen, dass eine in den geltenden Artikel 8 des Rahmenmietvertrags für die Westschweiz und Artikel 22 Absatz 1 der règles et usages locatifs du canton de Vaud (RULV) vorgesehene Anforderung aufgenommen wird.

Drei nicht offiziell angeschriebene Teilnehmende (GastroSuisse, Schweizerischer Verband der Bürgergemeinden und Korporationen [SVBK], Vereinigung Zürcher Immobilienunternehmen [VZI]) begrüßen die Anpassung. Eine nicht offiziell angeschriebene Teilnehmende (Fédération des Entreprises Romandes [FER]) schlägt noch eine Ergänzung vor. Eine nicht offiziell angeschriebene Teilnehmende (Centre Patronal [CP]) weist darauf hin, dass eine in den geltenden Artikel 8 des Rahmenmietvertrags für die Westschweiz und Artikel 22 Absatz 1 der règles et usages locatifs du canton de Vaud (RULV) vorgesehene Anforderung aufgenommen wird.

2.3.1.2 Artikel 262 Absatz 2 OR

Zu Artikel 262 Absatz 2 sind insgesamt 21 Stellungnahmen eingegangen. 19 Teilnehmende äussern sich zustimmend bzw. eher positiv, während ein Teilnehmender der Regelung kritisch gegenübersteht.

Sechs Kantone (OW, ZG, SO, AG, TI, GE) stehen der Anpassung positiv oder eher zustimmend gegenüber. Ein Kanton (LU) hat zur Formulierung eine gewisse Kritik vorzubringen. Ein Kanton (GR) kann den Absatz eventualiter akzeptieren, wenn es unumgänglich sein sollte.

Zwei in der Bundesversammlung vertretene politische Parteien (FDP, SVP) begrüßen das Erfordernis der Schriftlichkeit des Untermietbegehrens.

Fünf weitere interessierte Organisation (HEV, CATEF, USPI, SVIT, VIS) äussern sich positiv bzw. wohlwollend zur Schriftlichkeit des Begehrens um Untermiete. Eine weitere interessierte Organisation (CGI) erachtet die Anforderung als logisch und schlägt noch eine Ergänzung vor.

Vier nicht offiziell angeschriebene Teilnehmende (CP, GastroSuisse, SVBK, VZI) äussern sich zustimmend zur Anpassung. Von Seiten einer nicht offiziell angeschriebenen Teilnehmenden (FER) wird eine Ergänzung vorgeschlagen.

2.3.1.3 Artikel 262 Absatz 3 OR

Zu Artikel 262 Absatz 3 OR sind insgesamt elf Stellungnahmen eingegangen. Neun Teilnehmende äussern sich positiv, während eine Teilnehmende der Regelung kritisch gegenübersteht.

Vier Kantone (ZG, AG, TI, GE) stimmen der Anpassung zu bzw. äussern sich wohlwollend dazu. Ein Kanton (GR) kann den Absatz eventualiter akzeptieren. Zwei Kantone (LU, TI) machen noch ergänzende Hinweise.

Von Seiten einer weiteren interessierten Organisation (SVIT) wird die Ergänzung begrüsst. Eine weitere interessierte Organisation (CGI) begrüsst die Anpassungen, erachtet aber die Folgen der Nichteinhaltung als ein wenig schwach. Eine weitere interessierte Organisation (CATEF) vertritt die Auffassung, dass der Absatz überarbeitet werden sollte.

Ein nicht offiziell angeschriebener Teilnehmender (GastroSuisse) begrüsst die Ergänzung.

2.3.1.4 Artikel 262 Absatz 4 OR

Zu Artikel 262 Absatz 4 OR sind insgesamt 47 Stellungnahmen bzw. Hinweise eingegangen.

Der Absatz enthält zwei Aspekte, welche zu Rückmeldungen Anlass gegeben haben. Einerseits die nicht abschliessende Aufzählung der Verweigerungsgründe und andererseits der neue Verweigerungsgrund in Buchstabe d. (zeitliche Grenze von zwei Jahren).

Sieben Stellungnahmen befürworten die nicht abschliessende Aufzählung der Verweigerungsgründe. In einer Rückmeldung wird die Erweiterung des Anwendungsgebietes der Verweigerungsgründe begrüsst. Zwölf Antworten äussern sich kritisch zur nicht abschliessenden Aufzählung der Verweigerungsgründe.

Fünfzehn Antworten äussern sich positiv zur Befristung der Untermiete, während 23 Stellungnahmen dieser Änderung kritisch gegenüberstehen.

Ein Kanton (LU) befürwortet, dass die Regelung keine abschliessende Aufzählung von Verweigerungsgründen enthalten soll. Sieben Kantone (BE, SO, BS, SG, GR, VD, GE) lehnen die nicht abschliessende Aufzählung der Verweigerungsgründe ab bzw. äussern sich kritisch dazu.

Eine in der Bundesversammlung vertretene politische Partei (SVP) begrüsst den erweiterten Anwendungsbereich der Verweigerungsgründe. Zwei in der Bundesversammlung vertretene politische Parteien (Grüne Partei der Schweiz [GPS], Sozialdemokratische Partei der Schweiz [SPS]) lehnen die nicht abschliessende Aufzählung der Verweigerungsgründe ab.

Fünf weitere interessierte Organisation (HEV, CATEF, USPI, CGI, SVIT) befürworten die nicht abschliessende Ausgestaltung der Liste der Verweigerungsgründe. Eine weitere interessierte Organisation (SVR-ASM) bringt einen kritischen Hinweis an.

Ein nicht offiziell angeschriebener Teilnehmender (CP) äussert sich zustimmend zur beispielhaften Aufzählung der Verweigerungsgründe. Zwei nicht offiziell angeschriebene Teilnehmende (GastroSuisse, Mieterinnen- und Mieterverband Basel [MV BS]) sind gegenüber der nicht abschliessenden Aufzählung kritisch.

Drei Kantone (ZH, SO, TI) befürworten die Befristung der Untermiete. Dahingegen wird die zeitliche Begrenzung in der Formulierung der Vorlage von fünf Kantonen (BE, ZG, BS, VD, GE) abgelehnt.

Eine in der Bundesversammlung vertretene politische Partei (FDP) unterstützt die Beschränkung der Dauer der Untermiete auf zwei Jahre, während zwei in der Bundesversammlung vertretene politische Parteien (GPS, SPS) sich kritisch äussern.

Mit dem SGV unterstützt ein gesamtschweizerischer Dachverband der Gemeinden, Städte und Berggebiete die Beschränkung des Anspruchs auf Untermiete auf zwei Jahre. Die in Artikel 262 Absatz 4 Buchstabe d. OR genannte Untermietdauer von zwei Jahren erscheint einer grossen Mehrheit der Mitgliedstädte des Schweizerischen Städteverbands (SSV) als zu kurz. Einzelne Mitgliedstädte des SSV wünschen sich dahingegen eine weitere Verschärfung.

Ein gesamtschweizerischer Dachverband der Wirtschaft, Schweizerischer Gewerkschaftsbund (SGB), äussert sich kritisch zum Verweigerungsrecht bei einer Untermietdauer von mehr als zwei Jahren.

Sieben weitere interessierte Organisationen (HEV, USPI, CGI, SVIT, VIS, WBG Schweiz, KGAST) unterstützen die Beschränkung der Untermiete auf eine Dauer von zwei Jahren. Eine weitere interessierte Organisation (CATEF) erachtet die Einfügung eines neuen Buchstabens d. betreffend die Abweichung des Verwendungszwecks vom Vertragszweck und eine Anpassung des neuen Buchstabens e. betreffend die Befristung der Untermiete für nötig. Die Einführung eines neuen Verweigerungsgrunds wird von einer weiteren interessierten Organisation (Fédération romande immobilière [FRI]) begrüsst, gleichzeitig wird aber die Formulierung als unklar bezeichnet. Eine weitere interessierte Organisation (Casafair) befürwortet die Beschränkung der Untermietdauer auf zwei Jahre bei einer vollständigen Untervermietung des Mietobjekts. Von Seiten dreier weiterer interessierten Organisationen (Association suisse des

locataires / Mieterinnen und Mieterverband Schweiz [ASLOCA/MV], Associazione Svizzera Inquilini – Sezione della Svizzera Italiana [ASI-SSI], Mieterinnen- und Mieterverband Deutschschweiz [MVD]) wird die Zweijahresfrist als zu kurz erachtet. Eine weitere interessierte Organisation (SVR-ASM) erachtet die Regelung als zu starr.

Zustimmung zur Anpassung erklären zwei nicht offiziell eingeladene Teilnehmende (CP, VZI). Mit der FER äussert sich eine nicht offiziell angeschriebene Teilnehmende wohlwollend zur Änderung und schlägt noch eine Ergänzung vor. Ein nicht offiziell angeschriebener Teilnehmender (GastroSuisse) schlägt vor, dass der Vermieter die Zustimmung verweigern darf, wenn eine Untermietdauer von weniger als einem Monat vorgesehen ist und beantragt die Streichung des Wortlauts von Artikel 262 Absatz 4 Buchstabe d. OR der Vorlage. Von elf nicht offiziell angeschriebenen Teilnehmenden (Association suisse des locataires, section de la Broye vaudoise [ASLOCA Broye vaudoise], Association suisse des locataires, section de l'agglomération lausannoise [ASLOCA Lausanne], ASLOCA neuchâteloise, Association suisse des locataires, section Vevey, la Tour-de-Peilz et environs [ASLOCA Vevey, la Tour-de-Peilz et environs], Section vaudoise de l'Association suisse des locataires [ASLOCA Vaud], MV BS, Mieterinnen- und Mieterverband Deutschfreiburg [MVDF], Mieterinnen- und Mieterverband Kanton Bern [MV BE], Mieterinnen- und Mieterverband Regionalgruppe Emmental-Oberaargau [MV RG Emmental-Oberaargau], Mieterinnen- und Mieterverband Regionalgruppe Thun-Oberland [MV RG Thun-Oberland], Mieterinnen- und Mieterverband Zürich [MV ZH]) wird die Frist von zwei Jahren als unangemessen erachtet.

Zur Minderheit I haben sich insgesamt 38 Teilnehmende geäussert. 19 Stellungnahmen befürworten die Minderheit I bzw. äussern sich wohlwollend dazu, während dieser Vorschlag von 17 Teilnehmenden ausdrücklich abgelehnt bzw. kritisch betrachtet wird.

Zwei Kantone (BE, BS) beantragen, dem Vorschlag der Minderheit I zu folgen. Ein Kanton (ZG) lehnt die Minderheitsmeinung I für den Fall ab, dass sie sich durchsetzen sollte. Die Minderheit I wird auch von den drei Kantonen AG, TI, GE abgelehnt.

Die Minderheit I zum Vorentwurf wird von zwei in der Bundesversammlung vertretenen politischen Parteien (GPS, SPS) unterstützt. Eine in der Bundesversammlung vertretene politische Partei (Die Mitte) lehnt die Minderheit I ab.

Von drei weiteren interessierten Organisation (ASLOCA/MV, ASI-SSI, MVD) wird die Minderheit I zum Vorentwurf zu Absatz 4 Buchstabe d. unterstützt. Eine weitere interessierte Organisation (SVR-ASM) würde die Variante im Sinne der Minderheit I in Bezug auf zwei Punkte der Mehrheit vorziehen. Acht weitere interessierte Organisationen (HEV, CATEF, USPI, CGI, SVIT, VIS, WBG Schweiz, KGAST) lehnen die Minderheit I ab.

Elf nicht offiziell angeschriebene Teilnehmende (ASLOCA Broye vaudoise, ASLOCA Lausanne, ASLOCA neuchâteloise, ASLOCA Vevey, la Tour-de-Peilz et environs, ASLOCA Vaud, MV BS, MVDF, MV BE, MV RG Emmental-Oberaargau, MV RG Thun-Oberland, MV ZH) unterstützen die Minderheit zu Absatz 4 Buchstabe d. Vier nicht offiziell angeschriebene Teilnehmende (CP, FER, SVBK, VZI)

lehnen die Minderheit I ab. GastroSuisse unterstützt die Minderheit I teilweise (in Bezug auf die Frage der abschliessenden Aufzählung der Verweigerungsgründe).

Zur Minderheit II zum Vorentwurf haben sich insgesamt 17 Teilnehmende geäussert. Ein Vernehmlassungsteilnehmender unterstützt die Minderheit II. In neun Stellungnahmen wird der Minderheitsvorschlag abgelehnt.

Ein Kanton (LU) verweist bezüglich Haltung zur Minderheit II auf die jeweiligen vorangegangenen Ausführungen. Dort wird die nicht abschliessende Aufzählung der Verweigerungsgründe als sinnvoll erachtet. Drei Kantone (BS, AG, TI) lehnen den Minderheitsvorschlag II ab.

Eine in der Bundesversammlung vertretene politische Partei (Die Mitte) zieht bei der Wahl zwischen der Mehrheit und der Minderheit II die Minderheit II vor. Eine in der Bundesversammlung vertretene politische Partei (SVP) unterstützt die Minderheit II.

Drei weitere interessierte Organisation (HEV, SVIT, VIS) ziehen den Vorschlag der Mehrheit gegenüber jenem der Minderheit II vor. Vier weitere interessierte Organisationen (CATEF, USPI, CGI, WBG Schweiz) lehnen die Minderheit II ab. Das CGI betont, dass man den Vorschlag der Minderheit I demjenigen der Minderheit II vorziehen würde, falls man zwischen diesen beiden wählen müsste.

Drei nicht offiziell angeschriebene Teilnehmende (CP, FER, SVBK) lehnen die Minderheit II ab bzw. äussern sich kritisch dazu. Eine nicht offiziell angeschriebene Teilnehmerin (VZI) zieht den Vorschlag der Mehrheit gegenüber der Minderheit II vor.

2.3.1.5 Artikel 262 Absatz 5 OR

Zu Artikel 262 Absatz 5 OR haben sich insgesamt vier Stellungnahmen geäussert.

Zwei Kantone (LU, ZG) weisen auf die Übereinstimmung mit dem geltenden Absatz 3 hin. Ein Kanton (ZG) erachtet den direkten Durchgriff der Vermieterschaft auf die Untermieterschaft als problematisch. Ein Kanton (GR) kann den Absatz eventualiter akzeptieren, wenn es unumgänglich sein sollte.

Zwei weitere interessierte Organisation (CATEF, CGI) haben keine besonderen Bemerkungen.

2.3.1.6 Artikel 262 Absatz 6 OR

Zu Artikel 262 Absatz 6 OR haben sich insgesamt 34 Stellungnahmen geäussert. Sieben Antworten begrüssen die neue Regelung ausdrücklich, während 21 Rückmeldungen der Änderung explizit kritisch gegenüberstehen.

Zwei Kantone (OW, NW) stehen der vorgeschlagenen Änderung wohlwollend gegenüber. Drei Kantone (LU, SO, GR) äussern sich negativ. Ein Kanton (TI) findet Absatz 6 interessant. Ein anderer Kanton (GE) schlägt eine Änderung vor.

Eine in der Bundesversammlung vertretene politische Partei (Die Mitte) äussert sich wohlwollend zum ausserordentlichen Kündigungsrecht des Vermieters. Zwei in der

Bundesversammlung vertretene politische Parteien (GPS, SPS) stehen dem ausserordentlichen Kündigungsrecht ablehnend gegenüber.

Mit dem SGB äussert sich ein gesamtschweizerischer Dachverband der Wirtschaft in ablehnender Weise.

Drei weitere interessierte Organisationen (USPI, SVIT, KGAST) befürworten den neuen Absatz 6. Eine andere weitere interessierte Organisation (FRI) begrüsst die Einführung eines neuen Grundes für die ausserordentliche Kündigung des Mietvertrages und schlägt noch eine Klärung vor. Von Seiten einer anderen weiteren interessierten Organisation (CGI) wird die Möglichkeit der vorzeitigen Kündigung begrüsst und gleichzeitig eine Streichung verlangt. Eine weitere interessierte Organisation (CATEF) äussert sich kritisch zur Formulierung von Absatz 6. Von Seiten dreier weiterer interessierten Organisation (ASLOCA/MV, ASI-SSI, MVD) wird Absatz 6 abgelehnt.

Ein nicht offiziell angeschriebener Teilnehmender (CP) befürwortet den neuen Absatz 6. Eine nicht offiziell angeschriebene Teilnehmende (FER) erachtet die Streichung der erfolglosen schriftlichen Mahnung als zwingend. Von elf nicht offiziell angeschriebenen Teilnehmenden (ASLOCA Broye vaudoise, ASLOCA Lausanne, ASLOCA neuchâteloise, ASLOCA Vevey, la Tour-de-Peilz et environs, ASLOCA Vaud, MV BS, MVDF, MV BE, MV RG Emmental-Oberaargau, MV RG Thun-Oberland, MV ZH) wird Absatz 6 abgelehnt. Ein nicht offiziell angeschriebener Teilnehmender (GastroSuisse) befürwortet die Streichung von Absatz 6.

Zur Minderheit III zum Vorentwurf haben sich insgesamt 17 Teilnehmende geäussert. Drei Vernehmlassungsteilnehmende unterstützen den Vorschlag der Minderheit III, während dreizehn Vernehmlassungsteilnehmende den Vorschlag der Minderheit III ablehnen.

Ein Kanton (LU) hält mit Blick auf die Minderheit III fest, dass auf die Einführung des vorgeschlagenen Absatz 6 verzichtet werden könne. Ein Kanton (ZG) erklärt, dass sowohl eine Mahnfrist als auch ein Kündigungstermin festzuhalten sind, wenn sich die Minderheitsmeinung III zu Artikel 262 Absatz 6 OR durchsetzen sollte. Die Minderheitsmeinung III wird von einem Kanton (AG) abgelehnt.

Die Minderheit III wird von zwei in der Bundesversammlung vertretenen politischen Parteien (GPS, SPS) unterstützt. Eine in der Bundesversammlung vertretene politische Partei (Die Mitte) lehnt die Minderheit III ab.

Ebenfalls auf Ablehnung stösst der Minderheitsantrag III bei sieben weiteren interessierte Organisationen (HEV, CATEF, USPI, CGI, SVIT, VIS, KGAST).

Ein nicht offiziell angeschriebener Teilnehmer (SVBK) unterstützt den Minderheitsantrag III. Drei nicht offiziell angeschriebene Organisationen (CP, FER, VZI) lehnen die Minderheit III ab.

2.3.2 **Unterpacht (Art. 291 OR)**

Im Vernehmlassungsverfahren sind Stellungnahmen zur Vorlage allgemein, zu den sechs Absätzen des Vorentwurfs von Artikel 291 OR und zu den Minderheiten I bis IV eingegangen. Zahlreiche Rückmeldungen enthielten Ergänzungen und Anträge. Nachfolgend werden wesentliche Ergebnisse der Vernehmlassung zusammengefasst. Für eine Vertiefung insbesondere mit Blick auf Ergänzungen und Anträge wird auf den Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung vom 8. April 2022 verwiesen.¹⁵

Mehrere Kantone (LU, BS, GR, TI, ZG, GE) verweisen auf die Erwägungen zur Untermiete.

Eine in der Bundesversammlung vertretene politische Partei (SPS) spricht sich gegen die vorgeschlagenen Änderungen von Artikel 291 OR aus.

Zwei weitere interessierte Organisationen (USPI, CATEF) unterstützen diese Bestimmung. Von Seiten zweier weiterer interessierter Organisationen (CGI, SVR-ASM) wird auf die sinngemässe Geltung der Bemerkungen zu Artikel 262 OR verwiesen.

Zwei nicht offiziell angeschriebene Teilnehmende (CP, SVBK) unterstützen die Bestimmung. Eine nicht offiziell angeschriebene Teilnehmende (FER) weist darauf hin, dass die von ihr vorgeschlagenen Änderungen auch für Artikel 291 OR gelten.

2.3.2.1 **Artikel 291 Absatz 1 OR**

Zu Artikel 291 Absatz 1 OR sind insgesamt vier Stellungnahmen eingegangen.

Ein Kanton (GE) steht der Änderung wohlwollend gegenüber, betont aber, dass dem Verpächter eine Frist zur Beantwortung des Begehrens gewährt werden sollte.

Mit dem SGV bewertet ein gesamtschweizerischer Dachverband der Gemeinden, Städte und Berggebiete das Erfordernis der Schriftlichkeit als gut.

Eine weitere interessierte Organisation (SVIT) befürwortet den Kommissionsantrag.

Ein nicht offiziell angeschriebener Teilnehmender (GastroSuisse) begrüsst die Anpassung.

2.3.2.2 **Artikel 291 Absatz 2 OR**

Zu Artikel 291 Absatz 2 OR sind insgesamt vier Stellungnahmen eingegangen, in denen die Anpassung begrüsst wird.

Zwei Kantone (LU, GE) befürworten die Schriftlichkeit des Begehrens.

Eine weitere interessierte Organisation (SVIT) befürwortet den Kommissionsantrag.

¹⁵ Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung, www.fedlex.admin.ch > Vernehmlassungen > Abgeschlossene Vernehmlassungen > 2021 > Parl. > Vernehmlassung 2021/91 > Ergebnisbericht (besucht 29. Juli 2022).

Ein nicht offiziell angeschriebener Teilnehmender (GastroSuisse) begrüsst die Anpassung.

2.3.2.3 Artikel 291 Absatz 3 OR

Zu Artikel 291 Absatz 3 OR sind insgesamt drei Stellungnahmen eingegangen, in denen die Anpassung begrüsst wird.

Ein Kanton (GE) steht der Änderung wohlwollend gegenüber.

Eine weitere interessierte Organisation (SVIT) befürwortet den Kommissionsantrag.

Ein nicht offiziell angeschriebener Teilnehmender (GastroSuisse) begrüsst die Ergänzung.

2.3.2.4 Artikel 291 Absatz 4 OR

Zu Artikel 291 Absatz 4 OR sind insgesamt sechs Stellungnahmen eingegangen.

Zwei Kantone (GE, BS) sprechen sich dagegen aus, dass die Aufzählung der Gründe zur Verweigerung der Zustimmung nicht mehr abschliessend ist.

Ein Kanton (ZH) befürwortet die Befristung im Zusammenhang mit der Unterpacht. Dahingegen äussert sich ein Kanton (LU) negativ zur vorgeschlagenen Dauer. Ein Kanton (GE) schlägt vor, dass sich die Dauer von zwei Jahren ausschliesslich auf das gesamte Mietobjekt bezieht.

Eine weitere interessierte Organisation (SVIT) befürwortet den Kommissionsantrag.

Mit GastroSuisse schlägt ein nicht offiziell angeschriebener Teilnehmender einen neuen Wortlaut von Absatz 4 Buchstabe d. vor und beantragt die Streichung des Wortlauts der Vorlage. Eine Verweigerung soll möglich sein, wenn eine Mietdauer von weniger als einem Monat vorgesehen ist.

Zur Minderheit I zum Vorentwurf haben sich insgesamt sieben Vernehmlassungsteilnehmende geäussert.

Ein Kanton (LU) hat mit Blick auf die Minderheit I festgehalten, der Streichung von Absatz 4 zuzustimmen. Von einem Kanton (BS) wird die Vorlage der Minderheit I bevorzugt.

Zwei weitere interessierte Organisationen (USPI, SVIT) lehnen die Minderheit I ab.

Ein nicht offiziell angeschriebener Teilnehmender (GastroSuisse) unterstützt die Minderheit I teilweise (in Bezug auf die abschliessende Aufzählung der Verweigerungsgründe). Von zwei nicht offiziell angeschriebenen Teilnehmenden (CP, SVBK) wird die Minderheit I abgelehnt.

Zur Minderheit II zum Vorentwurf haben sich insgesamt sieben Vernehmlassungsteilnehmende geäussert.

Ein Kanton (LU) verweist auf die entsprechenden Ausführungen zur Untermiete.

Eine in der Bundesversammlung vertretene Partei (Die Mitte) erachtet bei der Wahl zwischen der Mehrheit und der Minderheit II die Minderheit II als vorzugswürdig. Eine in der Bundesversammlung vertretene politische Partei (SVP) unterstützt die Minderheit II.

Eine weitere interessierte Organisation (USPI) lehnt die Minderheit II ab und eine weitere interessierte Organisation (SVIT) präferiert den Kommissionsantrag.

Zwei nicht offiziell angeschriebene Teilnehmende (CP, SVBK) lehnen die Minderheit II ab.

2.3.2.5 Artikel 291 Absatz 6 OR

Zu Artikel 291 Absatz 6 OR sind insgesamt drei Stellungnahmen eingegangen.

Ein Kanton (GE) regt eine Ergänzung des vorgeschlagenen Wortlauts an.

Eine weitere interessierte Organisation (SVIT) befürwortet den Kommissionsantrag.

Ein nicht offiziell angeschriebener Teilnehmender (GastroSuisse) unterstützt die Streichung von Artikel 291 Absatz 6 OR.

Zur Minderheit III zum Vorentwurf haben sich insgesamt sechs Vernehmlassungsteilnehmende geäußert. In fünf Antworten wird die Minderheit III abgelehnt.

Ein Kanton (LU) verweist auf die entsprechenden Ausführungen zur Untermiete.

Eine in der Bundesversammlung vertretene Partei (Die Mitte) lehnt die Minderheit III ab.

Zwei weitere interessierte Organisationen (USPI, SVIT) lehnen die Minderheit III ab.

Ebenfalls auf Ablehnung stösst die Minderheit III bei zwei nicht offiziell angeschriebenen Teilnehmenden (CP, SVBK).

2.3.2.6 Artikel 291 OR – Minderheit IV

Zur Minderheit IV zum Vorentwurf haben sich insgesamt sechs Vernehmlassungsteilnehmende geäußert.

Zwei Kantone (LU, TI) lehnen den Antrag der Minderheit IV ab.

Eine in der Bundesversammlung vertretene politische Partei (SPS) folgt in ihrem Antrag der Minderheit IV.

Dahingegen lehnen zwei weitere interessierte Organisationen (USPI, SVIT) die Minderheit IV ab.

Ebenfalls gegen die Minderheit IV ist ein nicht offiziell angeschriebener Teilnehmender (CP).

2.4 **Beschluss der RK-N über das weitere Vorgehen nach der Vernehmlassung**

An ihrer Sitzung vom 8. April 2022 nahm die RK-N die Ergebnisse der Vernehmlassung zur Kenntnis¹⁶ und veröffentlichte den Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung.¹⁷

Die RK-N hat mit 15 zu 9 entschieden, am Vorgehen, die Revision in drei Vorlagen zu realisieren und damit dem Rat drei Entwürfe zu unterbreiten, festzuhalten.

Nach der Detailberatung von Artikel 262 und 291 OR stimmte die RK-N in der Gesamtabstimmung dem vorliegenden Entwurf ohne Änderungen mit 13 zu 9 Stimmen zu.¹⁸

Eine Minderheit (*Brenzikofer, Arslan, Bellaiche, Dandrès, Fehlmann Rielle, Flach, Funciello, Hurni, Mahaim, Marti Min Li, Walder*) spricht sich für ein Nichteintreten auf den Entwurf aus.

3 **Grundzüge der Vorlage**

3.1 **Untermiete (Art. 262 OR)**

Absatz 1 statuiert neu explizit, dass die Untervermietung durch den Mieter nur mit der schriftlichen Zustimmung des Vermieters erfolgen darf. Wenn die Parteien nicht schriftlich etwas Anderes vereinbart haben, muss die Mieterin oder der Mieter ein Untermietbegehren schriftlich an die Vermieterin oder den Vermieter richten. Die Inhalte, die das schriftliche Untermietbegehren enthalten muss, sind in Absatz 2 festgehalten. Die Schriftform und die gesetzliche Nennung der inhaltlichen Anforderungen sind neu. Falls die im Untermietbegehren gemachten Angaben während des Untermietverhältnisses ändern, trifft die Mieterin oder den Mieter die Pflicht, die Vermieterin oder den Vermieter entsprechend zu informieren (Abs. 3).

Absatz 4 regelt die Verweigerungsgründe. In einem gewissen Umfang lehnen sich diese an die geltende Ordnung an, enthalten aber Verschärfungen sowie eine Ergänzung. Im Unterschied zum geltenden Recht können noch weitere Gründe, welche nicht ausdrücklich im Gesetz genannt sind, hinzukommen. Die Weigerung die Bedingungen gemäss *Absatz 2* sowie *Absatz 3* und damit die notwendigen Inhalte des Untermietbegehrens bekanntzugeben, stellt einen ersten Verweigerungsgrund dar. Missbräuchliche Bedingungen der Untermiete im Vergleich zur Hauptmiete können die

¹⁶ RK-N, Freitag, 8. April 2022, 16.30 Uhr, Medienmitteilung «Für eine erleichterte Stiefkindadoption», www.parlament.ch > Organe > Sachbereichskommissionen > Kommissionen für Rechtsfragen RK > Medienmitteilungen > RK-N > Freitag, 8. April 2022 Medienmitteilung RK-N (besucht 29. Juli 2022).

¹⁷ Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung, www.fedlex.admin.ch > Vernehmlassungen > Abgeschlossene Vernehmlassungen > 2021 > Parl. > Vernehmlassung 2021/91 > Ergebnisbericht (besucht 29. Juli 2022).

¹⁸ Vgl. RK-N, Freitag, 24. Juni 2022, 16.00 Uhr, Medienmitteilung «Kollektiver Rechtsschutz: Zu viele offene Fragen zum heutigen Zeitpunkt», www.parlament.ch > Organe > Sachbereichskommissionen > Kommissionen für Rechtsfragen RK > Medienmitteilungen > RK-N > Freitag, 24. Juni 2022 Medienmitteilung RK-N (besucht 29. Juli 2022).

Vermieterin oder den Vermieter zur Verweigerung der Zustimmung berechtigen. Der dritte Verweigerungsgrund der wesentlichen Nachteile aus der Untermiete zulasten des Vermieters entspricht dem geltenden Artikel 262 Absatz 2 Buchstabe c OR. Neu wird eine vorgesehene Untermietdauer von mehr als zwei Jahren als Grund für die Verweigerung der Zustimmung definiert.

Absatz 5 der Vorlage entspricht dem heutigen Artikel 262 Absatz 3 OR. Damit haftet die Mieterin oder der Mieter auch nach der Revision der Vermieterin oder dem Vermieter dafür, dass die Untermieterin oder der Untermieter die Sache nicht anders gebraucht, als es ihm selbst gestattet ist. Die Vermieterin oder der Vermieter kann die Untermieterin oder den Untermieter unmittelbar dazu anhalten.

Eine Ergänzung enthält *Absatz 6* indem ein ausserordentlicher Kündigungsgrund für das Untermietverhältnis ausdrücklich im Gesetz verankert wird. Erfolgt die Untermiete ohne schriftliche Zustimmung des Vermieters, hat der Mieter falsche Angaben gemacht oder den Vermieter über Änderungen betreffend die Angaben des schriftlichen Untermietbegehrens nicht informiert, so kann der Vermieter nach einer erfolglosen schriftlichen Mahnung mit einer Kündigungsfrist von mindestens 30 Tagen kündigen.

Die Anpassung und Ergänzung von Artikel 262 OR dient dem bereits mit dem Titel der parlamentarischen Initiative zum Ausdruck gebrachten Anliegen, missbräuchliche Sachverhalte im Zusammenhang mit der Untermiete zu vermeiden. Die Schriftform für die Zustimmung der Vermieterin oder des Vermieters und das Untermietbegehren der Mieterin oder des Mieters, die notwendigen Inhalte des schriftlichen Untermietbegehrens sowie die Erweiterung des Anwendungsbereichs der Verweigerungsgründe führen dazu, dass künftig klare Anforderungen an die Berechtigung zur Untermiete bestehen. Damit kann beispielsweise verhindert werden, dass eine Vermieterin oder ein Vermieter keine Kenntnis darüber hat, wer ihre oder seine Wohn- oder Geschäftsräume tatsächlich gebraucht. Die Vertragsparteien des Hauptmietverhältnisses können aber auch schriftlich etwas Anderes vereinbaren.

In langjährigen Mietverhältnissen können die Mietzinse (Bestandesmieten) unterhalb der für inserierte Wohnungen verlangten Mietzinse liegen. Dies kann einen Anreiz bilden, die Wohnräume unterzuvermieten anstatt das Mietverhältnis per Kündigung zu beenden.¹⁹ Wenn die mietende Partei nicht mehr beabsichtigt, das Mietobjekt in absehbarer Zeit wieder selber zu gebrauchen, kann sie sich nicht auf das Recht zur Untervermietung berufen.²⁰ Die entsprechende Beweisführung für die mit dem Beweis belastete Partei erweist sich als komplex. Vor diesem Hintergrund dienen das schriftliche Untermietbegehren mit der Angabe der Untermietdauer, die Informationspflicht der Mieterin oder des Mieters über Änderungen sowie der neue Verweigerungsgrund bei einer vorgesehenen Untermietdauer von mehr als zwei Jahren der Verhinderung der eingangs beschriebenen Sachverhalte.

Der neue ausserordentliche Kündigungsgrund gibt der Vermieterin oder dem Vermieter ein Instrument, um Verstösse gegen die gesetzlichen Vorgaben zu sanktionieren. Die Vorlage zu Artikel 262 OR enthält mehrere Mechanismen, welche die Entstehung

¹⁹ AB 2017 N 376

²⁰ BGE 138 III 59 E. 2.2.1.

von missbräuchlichen Untermieten verhindern sollen. Werden diese Vorgaben nicht respektiert oder wird die Vermieterschaft über eine Änderung der Bedingungen der Untermiete nicht informiert, wird in die Rechtsposition der Vermieterschaft eingegriffen. Die Möglichkeit, das Mietverhältnis durch einseitige Willenserklärung zu beenden, soll einen Ausgleich bilden. Die Interessen der Mieterschaft werden durch das Erfordernis, dass die Kündigung erst nach erfolgloser schriftlicher Mahnung mitgeteilt werden darf, gewahrt.

3.2 Unterpacht (Art. 291 OR)

Die Möglichkeit, einen Untervertrag abzuschliessen, ist auch im Pachtrecht vorgesehen.²¹ Gewisse Fragestellungen sind in der pachtrechtlichen Bestimmung wie in Artikel 262 OR geregelt.²² Es gibt aber auch Unterschiede, die daraus resultieren, dass Artikel 262 OR ausschliesslich den Tatbestand der Untermiete zum Gegenstand hat. Artikel 291 OR trägt zwar die Marginalie «Unterpacht», regelt aber zwei Sachverhalte eines Untervertrages mit einer Drittperson.²³ Die französische und die italienische Fassung enthalten ebenfalls eine Marginalie, die mit «Unterpacht» übersetzt werden kann und die Bezugnahme auf zwei Tatbestände.²⁴

Die Vorlage hat mit der Anpassung und Ergänzung von Artikel 262 OR die Modalitäten für die Möglichkeit, einen Untervertrag abzuschliessen zu können, zum Gegenstand. Die Mieterin oder der Mieter als Vertragspartei des Hauptvertrages schliesst mit einer Drittperson eine Vereinbarung ab. Artikel 291 OR gewährt der Pächterin oder dem Pächter die Möglichkeit unter bestimmten Voraussetzungen mit einer Drittperson einen Mietvertrag abzuschliessen. Wenn nur die Bestimmung zur Untermiete geändert und angepasst würde, dann wären im Pachtrecht mit Blick auf die Vermietung weniger strenge Vorgaben anwendbar. Da Artikel 291 OR in gewissen Punkten auf Artikel 262 OR abstellt, wird vorgeschlagen, auch diese Vorschrift sinngemäss anzupassen und zu ergänzen. Der Eingriff in den Wortlaut beschränkt sich auf den Tatbestand der Miete im Pachtverhältnis. Eine Revision der Unterpacht als solcher

- ²¹ Die Regelung ist auch auf die landwirtschaftliche Pacht anwendbar, vgl. STUDER BENNO/KOLLER PIUS, in: Widmer Lüchinger/Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Auflage, Basel 2020, Art. 291 OR N. 1 und 4 (nachfolgend: BSK OR I-STUDER/KOLLER); CARRON BLAISE, in: Commentaire pratique, Droit du bail à loyer et à ferme, édité par François Bohnet / Blaise Carron / Marino Montini, 2^e édition, Bâle 2017, art. 291 CO N 5 (nachfolgend: CPra Bail-CARRON); HIGI PETER, Zürcher Kommentar, Die Pacht, Art. 275–304 OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1–529 OR), 3. Aufl., Zürich – Basel – Genf 2000, Art. 291 OR N 3 (nachfolgend: ZK-HIGI).
- ²² Zum Ganzen Botschaft zur Volksinitiative «für Mieterschutz», zur Revision des Miet- und Pachtrechts im Obligationenrecht und zum Bundesgesetz über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechts) vom 27. März 1985, BBI 1985 I 1389, hier 1473.
- ²³ Vgl. zum Gegenstand der Bestimmung auch Botschaft zur Volksinitiative «für Mieterschutz», zur Revision des Miet- und Pachtrechts im Obligationenrecht und zum Bundesgesetz über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechts) vom 27. März 1985, BBI 1985 I 1389, hier 1473.
- ²⁴ In Bezug auf die französische Version von Artikel 291 OR hält CARRON fest, dass die Marginalie zu kurz greift, CPra Bail – CARRON, art. 291 CO N 3.

würde über das Anliegen der parlamentarischen Initiative «Missbräuchliche Untermiete vermeiden» hinausgehen.

Gemäss dem deutschen und dem italienischen Wortlaut von Artikel 291 Absatz 1 OR kann der Pächter die Sache mit Zustimmung des Verpächters ganz oder teilweise unterverpachten oder vermieten. Der französische Gesetzestext verwendet für den zweiten Sachverhalt das Verb «sous-louer» (untervermieten).²⁵

Der neue Wortlaut von Artikel 291 Absatz 1 OR bringt zum Ausdruck, dass für das Vermieten der gepachteten Sache die schriftliche Zustimmung des Verpächters erforderlich ist. Für die Unterpacht wird dahingegen kein explizites Formerfordernis statuiert.

Neu ist für die Untermiete ein schriftliches Begehren erforderlich, sofern die Parteien nicht schriftlich eine abweichende Vereinbarung getroffen haben. Diese Ergänzung betreffend das schriftliche Begehren wird auch für die Vermietung im Rahmen eines bestehenden Pachtverhältnisses sinngemäss nachvollzogen. Den Besonderheiten der Pacht wird dabei Rechnung getragen.

Artikel 291 Absatz 2 OR im geltenden Recht bezieht sich auf den Tatbestand der Vermietung. Der Verpächter kann die Zustimmung zur Vermietung von einzelnen zur Sache gehörenden Räumen²⁶ nur verweigern, wenn gesetzlich genannte Voraussetzungen erfüllt sind. Der Wortlaut von Artikel 291 Absatz 2 OR deckt sich weitgehend mit demjenigen von Artikel 262 Absatz 2 OR, wobei die Terminologie auf den Kontext der Pacht ausgerichtet ist. Aus dem Wortlaut und der Botschaft zu Artikel 291 OR ergibt sich, dass die Zustimmung zu einer Unterpacht auch dann verweigert werden kann, wenn keiner der für die Vermietung einzelner Räume massgebenden Verweigerungsgründe vorliegt. Das Pachtverhältnis umfasst persönliche Leistungspflichten wie die Bewirtschaftung und den ordentlichen Unterhalt der gepachteten Sache. Der Verpächterin oder dem Verpächter kann die Integration von Dritten in das Pachtverhältnis weniger zugemutet werden als einer Vermieterin oder einem Vermieter.²⁷ In Bezug auf die Zustimmung der Verpächterin oder des Verpächters zur Unterpacht wird die geltende Regelung beibehalten.

Im Vergleich zum geltenden Artikel 262 Absatz 2 OR enthält Artikel 291 Absatz 2 OR eine Einschränkung. Die Vermietung an einen Dritten bezieht sich auf einzelne zur Sache gehörende Räume. Die Ausnahmeregelung greift dann, wenn es sich um Räume handelt, die mit Blick auf den Hauptvertrag (Pachtvertrag) eine untergeordnete Bedeutung aufweisen.²⁸ Diese Beschränkung des Geltungsbereiches wird auch künftig massgebend sein.

²⁵ Nach der Einschätzung von CPra Bail-CARRON, art. 291 CO N 3 hat der Gesetzgeber im französischen Text die sich auf die Untermiete beziehende Terminologie irrtümlicherweise verwendet. Richtig seien der deutsche und italienische Wortlaut.

²⁶ Vgl. auch ZK-HIGI, Art. 291 OR N 6.

²⁷ Botschaft zur Volksinitiative «für Mieterschutz», zur Revision des Miet- und Pachtrechts im Obligationenrecht und zum Bundesgesetz über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechts) vom 27. März 1985, BBl 1985 I 1389, hier 1473. In diesem Sinne auch BSK-OR I-STUDER/KOLLER, Art. 291 OR N. 2; CPra Bail – CARRON, art. 291 CO N. 17.

²⁸ ZK-HIGI, Art. 291 OR N. 30; BSK-OR I-STUDER/KOLLER, Art. 291 OR N. 2; CPra Bail – CARRON, art. 291 CO N. 17.

Der neue Artikel 262 Absatz 4 OR sieht in doppelter Hinsicht eine Erweiterung der Verweigerungsgründe vor. Zunächst wird festgehalten, dass die Zustimmung «insbesondere» verweigert werden kann. Diese Terminologie lässt der Rechtsprechung Raum für die Zulassung der Verweigerung in Fällen, die der Gesetzgeber derzeit nicht antizipieren kann. Damit die Vermieterin oder der Vermieter und die Verpächterin oder der Verpächter auch nach dem neuen Recht im selben Umfang geschützt werden, wird dieses Element auch in den Wortlaut des neuen Absatzes 4 von Artikel 291 OR aufgenommen werden. Dasselbe gilt für den neuen Verweigerungsgrund der Mietdauer von mehr als zwei Jahren.

Der geltende Artikel 291 Absatz 3 OR sieht vor, dass der Pächter dem Verpächter dafür haftet, dass der Unterpächter oder der Mieter die Sache nicht anders benutzt, als es ihm selbst gestattet ist. Der Verpächter kann den Unterpächter und den Mieter unmittelbar dazu anhalten. Im Unterschied zum aktuellen zweiten Absatz von Artikel 291 OR bezieht sich diese Vorschrift auf beide Tatbestände. Im Übrigen deckt sich der Wortlaut mit demjenigen des geltenden Artikels 262 Absatz 3 OR.

Die parlamentarische Initiative «Missbräuchliche Untermiete vermeiden» sieht vor, dass der Wortlaut von Artikel 262 Absatz 3 OR nicht angepasst wird. Aus diesem Grund wird auch Artikel 291 Absatz 3 OR in der geltenden Fassung keine Änderung erfahren. Aufgrund der neuen Regelungen betreffend das Begehren zur Miete (Abs. 2) sowie die Informationspflicht (Abs. 3) wird die Haftung im neuen fünften Absatz von Artikel 291 OR geregelt werden.

Mit dem neuen Artikel 262 Absatz 6 OR wird eine ausserordentliche Kündigungsmöglichkeit für die Vermieterin oder den Vermieter geschaffen. Diese Rechtsfolge kann eintreten, wenn bestimmte gesetzlich genannte Tatbestände erfüllt sind. Damit die Verpächterinnen und Verpächter dieselben rechtlichen Möglichkeiten und denselben rechtlichen Schutz wie die Vermieterinnen und Vermieter haben, wird Artikel 291 OR um einen sechsten Absatz ergänzt. Der ausserordentliche Kündigungsgrund kann angewendet werden, wenn die Pächterin oder der Pächter die Vorschriften im Zusammenhang mit der Miete im Pachtverhältnis verletzt. Dahingegen wird kein expliziter ausserordentlicher Kündigungsgrund spezifisch für den Fall der Verletzung von Vorgaben im Zusammenhang mit der Unterpacht geschaffen.

3.3 Positionen der Minderheiten

Zur Vorlage als solcher und zu einzelnen Absätzen der zu ändernden Gesetzesartikel haben sich die folgenden Minderheiten gebildet (vgl. auch unter Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln der Vorlage, Ziffer 4):

Minderheit (Brenzikofer, Arslan, Bellaiche, Dandrès, Fehlmann Rielle, Flach, Funiello, Hurni, Mahaim, Marti Min Li, Walder): Beantragt Nichteintreten auf die Vorlage.

Artikel 262 OR Untermiete

- *Minderheit I (Dandrès, Arslan, Brenzikofer, Fehlmann Rielle, Funicello, Hurni, Mahaim, Marti Min Li, Walder) zu Artikel 262 Absatz 4 Buchstabe d OR: Verfolgt das Anliegen der Minderheit I zu dem in die Vernehmlassung gegebenen Vorentwurf. Die Aufzählung der Verweigerungsgründe soll abschliessend sein und eine Verweigerung der Zustimmung nur möglich sein, wenn bei der Untermiete der gesamten Wohnung offensichtlich ist, dass keine Rückkehr durch den Mieter mehr erfolgt.*
- *Minderheit II (Brenzikofer, Arslan, Bellaiche, Dandrès, Fehlmann Rielle, Flach, Funicello, Hurni, Mahaim, Marti Min Li, Walder) zu Artikel 262 Absatz 4 Buchstabe d OR: Spricht sich für eine Streichung von Buchstabe d. aus. Die Aufzählung der Verweigerungsgründe soll abschliessend sein.*
- *Minderheit III (Dandrès, Arslan, Brenzikofer, Fehlmann Rielle, Funicello, Hurni, Mahaim, Marti Min Li, Walder) zu Artikel 262 Absatz 6 OR: Verfolgt das Anliegen der Minderheit III zu dem in die Vernehmlassung gegebenen Vorentwurf. Es wird eine weniger einschneidende Formulierung vorgeschlagen, indem die Tatbestände, welche eine ausserordentliche Kündigung auslösen können, anders formuliert werden.*

Artikel 291 OR Unterpacht

- *Minderheit I (Dandrès, Arslan, Brenzikofer, Fehlmann Rielle, Funicello, Hurni, Mahaim, Marti Min Li, Walder) zu Artikel 291 Absatz 4 Buchstabe d. OR: Verfolgt das Anliegen der Minderheit I zu dem in die Vernehmlassung gegebenen Vorentwurf. Nach der Auffassung dieser Minderheit soll Buchstabe d. gestrichen werden.*
- *Minderheit II (Dandrès, Arslan, Brenzikofer, Fehlmann Rielle, Funicello, Hurni, Mahaim, Marti Min Li, Walder) zu Artikel 291 Absatz 6 OR: Verfolgt das Anliegen der Minderheit III zu dem in die Vernehmlassung gegebenen Vorentwurf. Die Tatbestände, bei denen die Rechtsfolge der ausserordentlichen Kündigung greifen kann, sollen anders formuliert werden.*
- *Minderheit III (Dandrès, Arslan, Brenzikofer, Fehlmann Rielle, Funicello, Hurni, Mahaim, Marti Min Li, Walder) zum ganzen Artikel 291 OR: Verfolgt das Anliegen der Minderheit IV zu dem in die Vernehmlassung gegebenen Vorentwurf. Die Änderungen von Artikel 291 OR sollen nach der Meinung dieser Minderheit gestrichen werden.*

4 Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln der Vorlage

4.1 Artikel 262 OR Untermiete

Artikel 262 OR ist am 1. Juli 1990 in Kraft getreten. Die Regelung sollte dem Verbot der Untermiete begegnen, das in den meisten standardisierten Mietverträgen über Wohnungen enthalten war.²⁹ Mit der Vorlage wird die Regelung der Untermiete erstmals angepasst und ergänzt.

Die Untermiete nach dem geltenden Recht ist für Sachverhalte gedacht, in denen die Mieterin oder der Mieter das Mietobjekt vorübergehend nicht benutzen kann, beispielsweise wegen eines beruflich bedingten, zeitlich begrenzten Auslandsaufenthalts und während der Abwesenheit einer Drittperson überlässt, namentlich aus finanziellen Gründen. Weiter identifiziert das Bundesgericht einen Anwendungsfall der Untermiete, wenn eine Wohnung nach einem Wegzug oder dem Tod von Familienangehörigen zu gross geworden ist und deshalb zum Teil einem Dritten überlassen wird.³⁰

Der geltende Artikel 262 Absatz 1 OR sieht vor, dass der Mieter die Sache mit der Zustimmung des Vermieters ganz oder teilweise untervermieten kann. Formvorschriften für die Zustimmung bestehen nicht.³¹ Die Vorlage ändert Artikel 262 Absatz 1 OR insofern, als künftig der Mieter die Sache mit der *schriftlichen* Zustimmung des Vermieters ganz oder teilweise untervermieten kann. Der Zweck, die Vermieterinnen und Vermieter vor Missbräuchen zu schützen, wird durch die neue Formvorschrift realisiert. Die Schriftform bedeutet für die Vermieterschaft einen gewissen Mehraufwand im Vergleich zum geltenden Recht, erleichtert aber beiden Parteien im Streitfall die Beweisführung.

Sowohl der geltende als auch der angepasste Artikel 262 Absatz 1 OR äussern sich nicht zum Zeitpunkt, in dem die Zustimmung einzuholen ist. Der sechste Absatz der vorgeschlagenen Regelung sieht aber in der Untermiete ohne schriftliche Zustimmung der Vermieterschaft einen Grund für die Kündigung des Mietverhältnisses (nach erfolgloser Mahnung) mit einer Frist von mindestens 30 Tagen. Eine Mietpartei, welche nicht rechtzeitig die schriftliche Zustimmung der Vermieterschaft einholt, riskiert eine Auflösung des Mietverhältnisses durch eine einseitige Erklärung der Vermieterschaft.

Neu im Vergleich zum geltenden Recht ist die Anforderung, dass die Mieterin oder der Mieter bei der Vermieterin oder dem Vermieter *schriftlich* ein Untermietbegehren stellen muss, sofern die Parteien nicht schriftlich etwas Anderes vereinbart haben. Der neue Artikel 262 Absatz 2 OR regelt die Inhalte, welche das Begehren aufweisen muss. Es handelt sich hierbei um die Namen der Untermieter (Bst. a) und die Vertragsbedingungen, insbesondere das Untermietobjekt, den Gebrauchszweck, den Untermietzins, die Vertragsdauer (Bst. b). Die Mieterin oder der Mieter haben die

²⁹ Vgl. auch Botschaft zur Volksinitiative «für Mieterschutz», zur Revision des Miet- und Pachtrechts im Obligationenrecht und zum Bundesgesetz über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechts) vom 27. März 1985, BBl 1985 I 1389, hier 1443.

³⁰ BGE 138 III 59 E. 2.2.1.

³¹ Die Regulierung in der Beherbergungswirtschaft, S. 39 mit Hinweisen auf ZK-HIGI, Art. 262 OR N. 30; BSK OR I-WEBER, Art. 262 OR N. 3; JUD DOMINIQUE / STEIGER ISABELLE, Airbnb in der Schweiz: Was sagt das Mietrecht?, in: Jusletter 30. Juni 2014, Rz 20.

Vermieterin oder den Vermieter über Änderungen dieser Angaben während des laufenden Untermietverhältnisses zu informieren (Abs. 3). Mit der Vorlage werden einheitliche und klare Kriterien geschaffen, welche der Vermieterschaft als Grundlage für den Entscheid dienen. Die betreffenden Vorgaben sind für die Gestaltung der Verträge mit den Untermieterinnen und Untermietern hilfreich.

Der geltende Artikel 262 Absatz 2 OR enthält drei Gründe, welche die Vermieterschaft zur Verweigerung der Zustimmung zur Untermiete berechtigen. Aus der Verwendung des Wortes «nur» geht hervor, dass es sich um eine abschliessende Aufzählung handelt. Die Vorlage enthält in dieser Hinsicht eine Änderung. Gemäss dem einleitenden Satz von Artikel 262 Absatz 4 OR kann der Vermieter die Zustimmung «insbesondere» verweigern, wenn die Voraussetzungen eines Verweigerungsgrundes erfüllt sind. Die Rechtsanwender erhalten damit Raum, künftigen derzeit noch nicht absehbaren Entwicklungen Rechnung zu tragen. Nach dem Willen der Kommission findet also keine Rückkehr zum Recht vor dem 1. Juli 1990 statt, wo die Zustimmung zur Untermiete gänzlich im Ermessen des Vermieters lag.

Die Zustimmung kann gemäss Artikel 262 Absatz 4 Buchstabe a OR insbesondere dann verweigert werden, wenn der Mieter sich weigert, die Angaben gemäss den Absätzen 2 und 3 bekannt zu geben. Im Unterschied zum geltenden Recht werden die Bedingungen der Untermiete im Gesetz exemplarisch erwähnt. Damit wird Klarheit für die Mietenden und Vermietenden geschaffen. Zudem wird in Bezug auf die Anwendung dieses Verweigerungsgrundes Rechtssicherheit hervorgebracht. Entsprechend Buchstabe b ist eine Verweigerung auch zulässig, wenn die Bedingungen der Untermiete im Vergleich zu denjenigen des Hauptmietvertrages missbräuchlich sind. Vom Wortlaut her stimmt die neue Regelung mit dem geltenden Artikel 262 Absatz 2 Buchstabe b OR überein. Bei der Anwendung des Absatzes ist der inneren Systematik der neuen Vorschrift Rechnung zu tragen. Aus der Untermiete können der Vermieterschaft wesentliche Nachteile entstehen. Diese berechtigten die Vermieterin oder den Vermieter bereits nach geltendem Recht zur Verweigerung der Zustimmung. Auch in diesem Punkt stimmen die Wortlaute der geltenden und der neuen Bestimmung überein. Im Gegensatz zum Artikel 262 Absatz 2 OR, wie er derzeit anwendbar ist, sieht die Vorlage einen zusätzlichen Verweigerungsgrund vor. Dieser kann geltend gemacht werden, wenn eine Untermietdauer von mehr als zwei Jahren vorgesehen ist. Nach der Rechtsprechung ist die Mieterin oder der Mieter zur Untermiete unter Vorbehalt einer abweichenden Vereinbarung dann berechtigt, wenn sie oder er die Absicht hat, das Mietobjekt in absehbarer Zeit selber wieder zu nutzen.³² Der neue Verweigerungsgrund nennt nun eine zeitliche Grenze. Diese kommt nur zur Anwendung, wenn von Anfang an eine Untermietdauer von mehr als zwei Jahren vereinbart ist, was beispielsweise bei einem unbefristeten Mietverhältnis ohne Mindestvertragsdauer nicht der Fall ist.

Eine *Minderheit I* (Dandrès, Arslan, Brenzikofer, Fehlmann Rielle, Funicello, Hurni, Mahaim, Marti Min Li, Walder) zur Vorlage möchte in Absatz 4 keine exemplarische, sondern eine abschliessende Aufzählung der Verweigerungsgründe verankern. Für sie ist es essentiell, dass das Gesetz diese Gründe abschliessend nennt. Sie ist überdies der Ansicht, dass die in Buchstabe d genannte zeitliche Grenze von zwei Jahren zu

³² BGE 138 III 59 E. 2.2.1 S. 63.

starr ist und schlägt deshalb eine Formulierung vor, die dem Grundgedanken Rechnung trägt, dass die Untermiete lediglich dann missbräuchlich ist, wenn eine Rückkehr des Hauptmieters ausgeschlossen scheint. Für sie ist es zudem entscheidend, dass sich dieser Verweigerungsgrund ausschliesslich auf Wohnräume beschränkt und keine Anwendung auf Geschäftsliegenschaften findet.

Eine Minderheit II (Brenzikofer, Arslan, Bellaiche, Dandrès, Fehlmann Rielle, Flach, Funciello, Hurni, Mahaim, Marti Min Li, Walder) zur Vorlage erachtet das neue Recht des Vermieters, die Zustimmung zur Untermiete von Wohn- und Geschäftsräumen zu verweigern, wenn eine Untermietdauer von mehr als zwei Jahren vorgesehen ist, als problematisch. Nach der Auffassung der erwähnten Minderheit soll das Gesetz diesen im Vergleich zum geltenden Recht zusätzlichen Verweigerungsgrund nicht enthalten und insbesondere sollen die Untermietverhältnisse nicht auf höchstens zwei Jahre befristet werden können. Die Minderheit II schlägt vor, Buchstabe d aus dem Entwurf zu Artikel 262 Absatz 4 OR zu streichen.

Artikel 262 Absatz 3 OR sieht vor, dass der Mieter dem Vermieter dafür haftet, dass der Untermieter die Sache nicht anders gebraucht, als es ihm selbst gestattet ist. Der Vermieter kann den Untermieter unmittelbar dazu anhalten. Diese Regelung wird beibehalten und wird künftig Gegenstand des fünften Absatzes von Artikel 262 OR sein.

Artikel 262 Absatz 6 OR ergänzt nicht nur die geltende Bestimmung zur Untermiete, sondern auch die ausserordentlichen mietrechtlichen Kündigungsgründe. Wenn die Untermiete ohne die schriftliche Zustimmung des Vermieters erfolgt, der Mieter falsche Angaben gemacht oder den Vermieter nicht über Änderungen informiert (vgl. entsprechende Pflicht in Abs. 3), so kann der Vermieter nach erfolgloser schriftlicher Mahnung mit einer Kündigungsfrist von mindestens 30 Tagen kündigen. Mit der Verwirklichung der gesetzlich erwähnten Tatbestände werden die Pflichten verletzt und das Vertrauensverhältnis gestört. Es entspricht einem gesetzgeberischen Wertentscheid, dass in solchen Fällen den Vermieterinnen und Mietern ein ausserordentlicher Kündigungsgrund zur Verfügung stehen soll. Das Erfordernis der vorgängigen schriftlichen Mahnung gibt den betroffenen Mieterinnen und Mietern die Möglichkeit, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen.

Eine *Minderheit III* (Dandrès, Arslan, Brenzikofer, Fehlmann Rielle, Funciello, Hurni, Mahaim, Marti Min Li, Walder) zur Vorlage ist der Ansicht, dass es nicht gerechtfertigt ist, für das Missachten einer Formvorschrift eine derart starke Sanktion wie die ausserordentliche Kündigung vorzusehen. Für sie muss Absatz 6 deshalb so formuliert sein, dass die Sanktion an die Verletzung der materiellen Bedingungen der Zulässigkeit der Untermiete anknüpft.

4.2 Untermiete in anderen Regelungen des Mietrechts

Die Artikel 268 bis 268b OR regeln das Retentionsrecht des Vermieters. Es umfasst die vom Untermieter eingebrachten Gegenstände insoweit, als dieser seinen Mietzins nicht bezahlt hat (Art. 268 Abs. 2 OR). Gemäss Artikel 268 Absatz 1 OR steht das Retentionsrecht dem Vermieter von Geschäftsräumen für einen verfallenen Jahreszins und den laufenden Halbjahreszins zu. Die Umsetzung der Vorlage ändert am Bestand und an der Ausübung des Retentionsrechts des Vermieters für Geschäftsräume nichts.

Bei der Miete von Wohnräumen besteht kein Retentionsrecht der Vermieterin oder des Vermieters.

Mit Artikel 273b OR nimmt eine weitere Bestimmung des OR auf die Untermiete Bezug. Entsprechend dem ersten Absatz gilt der dritte Abschnitt zum Kündigungsschutz bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen (Art. 271 ff. OR) auch für die Untermiete, solange das Hauptmietverhältnis nicht aufgelöst ist. Das Untermietverhältnis kann nur für die Dauer des Hauptmietverhältnisses erstreckt werden. Gestützt auf Artikel 273b Absatz 2 OR wird dem Untermieter ohne Rücksicht auf das Hauptmietverhältnis Kündigungsschutz gewährt, wenn die Untermiete hauptsächlich die Umgehung der Vorschriften über den Kündigungsschutz bezweckt. Wenn das Hauptmietverhältnis in einem solchen Fall gekündigt wird, tritt der Vermieter anstelle des Mieters in den Vertrag mit dem Untermieter ein. Die Vorlage zur Untermiete in Artikel 262 OR enthält Sachverhalte, welche die Vermieterin oder den Vermieter zur Kündigung des Hauptmietverhältnisses berechtigen. Wenn die Mieterin oder der Mieter einen der gesetzlich erwähnten Tatbestände verwirklicht und das Hauptmietverhältnis aufgelöst wird, kann sich die Untermieterin oder der Untermieter nicht mehr auf den Kündigungsschutz in den Artikeln 271 ff. OR berufen. Anders wäre die Lage, wenn mit der Untermiete die Umgehung der Vorschriften über den Kündigungsschutz bezweckt wird. Bei einem Umgehungsgeschäft ist nach der Auffassung des Bundesgerichts vorauszusetzen, dass mit der Kündigung des Hauptmietverhältnisses durch die Vermieterschaft in erster Linie die Ausschaltung der Kündigungsschutzrechte des Untermieters beabsichtigt wird.³³ Wenn die Untermieterin oder der Untermieter die Sache vor Ablauf der vertraglich vereinbarten Dauer zurückgeben muss, kann sie oder er Schadenersatz von der Mieterin oder dem Mieter wegen teilweiser Nichterfüllung des Vertrages verlangen.³⁴

4.3 Untermiete in Bestimmungen ausserhalb des Obligationenrechts

Auf die Untermiete beziehen sich noch Regelungen ausserhalb des Obligationenrechts. Artikel 91 Absatz 3 des Seeschiffahrtsgesetzes vom 23. September 1953³⁵ erklärt auf die Miete und Untermiete eines Seeschiffes die allgemeinen mietrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechts insoweit für anwendbar, als sie mit den Besonderheiten der Seeschiffahrt vereinbar sind. Damit die Untermiete zulässig ist, muss sie im Mietvertrag vorgesehen sein (Art. 91 Abs. 2 Seeschiffahrtsgesetz). Miete und Untermiete eines schweizerischen Seeschiffes sind nur gültig, wenn der Mieter oder der Untermieter schweizerischer Reeder im Sinne von Artikel 46 ist (Art. 91 Abs. 1 Seeschiffahrtsgesetz). Soweit die allgemeinen mietrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechts auf die Untermiete in der Seeschiffahrt anwendbar sind, wirken sich die Anpassung und Ergänzung von Artikel 262 OR auch in diesem Bereich aus, sofern es sich um eine dynamische Verweisung handelt. Wenn nicht klar ist, ob

³³ BGer 4C.300/2000 Urteil vom 29. März 2001 E. 3. c) bb).

³⁴ BGE 139 III 353 E. 2.1.2 S. 356.

³⁵ Bundesgesetz über die Seeschiffahrt unter Schweizer Flagge (SR 747.30).

eine dynamische oder eine statische Verweisung vorliegt, ist der Sinn auf dem Wege der Auslegung zu ermitteln.³⁶

4.4 **Allgemeinverbindlich erklärter Rahmenmietvertrag für den Kanton Waadt**

Gestützt auf das Bundesgesetz über Rahmenmietverträge und deren Allgemeinverbindlicherklärung vom 23. Juni 1995³⁷ und die Verordnung über Rahmenmietverträge und deren Allgemeinverbindlicherklärung (VRA) vom 31. Januar 1996³⁸ können die Vermieter- und Mieterverbände gemeinsam Musterbestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Mietverhältnisse über Wohn- und Geschäftsräume aufstellen. Auf einen übereinstimmenden Antrag der Vertragsparteien kann ein solcher Rahmenmietvertrag für allgemeinverbindlich erklärt werden. Die allgemeinverbindlichen Bestimmungen eines Rahmenmietvertrages sind für alle Mietverhältnisse des örtlichen und sachlichen Geltungsbereiches zwingend (Art. 5 Abs. 1 Bundesgesetz über Rahmenmietverträge und deren Allgemeinverbindlicherklärung). Zudem kann auf einen gemeinsamen Antrag hin die Abweichung von zwingenden Bestimmungen des Mietrechts bewilligt werden, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind.

Am 24. Juni 2020 genehmigte der Bundesrat die kantonale Allgemeinverbindlicherklärung des Rahmenmietvertrags «Dispositions paritaires romandes et règles et usages locatifs du Canton de Vaud». Zudem bewilligte er eine Abweichung von den zwingenden Bestimmungen des Obligationenrechts.³⁹ Die «Dispositions paritaires romandes et règles et usages locatifs du Canton de Vaud»⁴⁰ enthalten mit Artikel 22 eine Regelung zur Untermiete. Gestützt auf Artikel 2 Buchstabe c des erwähnten Bundesratesbeschlusses darf Artikel 22 von den zwingenden mietrechtlichen Bestimmungen abweichen. Der Bundesratsbeschluss ist am 1. Juli 2020 in Kraft getreten und gilt bis zum 30. Juni 2026 (Art. 3). Die Vertragsparteien des kantonalen Rahmenmietvertrags können zu gegebener Zeit bei der zuständigen Behörde des Kantons Waadt eine erneute Allgemeinverbindlicherklärung und beim Bundesrat eine Bewilligung der Abweichung von zwingenden Bestimmungen des Mietrechts beantragen.

Die Bewilligung der Abweichung vom zwingenden Recht bezieht sich auf den geltenden Artikel 262 OR. Dies entspricht dem gemeinsamen Antrag der vier Vertragsparteien.

³⁶ Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, Bundesamt für Justiz BJ, Gesetzgebungsleitfaden, Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 4. Auflage 2019, S. 196.

³⁷ SR 221.213.15

³⁸ SR 221.212.151

³⁹ BBl 2020 5751

⁴⁰ Der kantonale Rahmenmietvertrag kann unter anderem auf der Website des Staatsrates des Kantons Waadt Séance du Conseil d'Etat du Mercredi 27 mai 2020 – VD.CH (besucht 29. Juli 2022) und auf der Website des Bundesamtes für Wohnungswesen Rahmenmietverträge (admin.ch) (besucht 29. Juli 2022) konsultiert werden.

Artikel 22 des Rahmenmietvertrags für den Kanton Waadt sieht vor, dass ein Mieter, der die ganze gemietete Sache oder einen Teil davon untervermieten möchte, vorgängig die schriftliche Zustimmung des Vermieters einholen muss. Dabei müssen die Bedingungen der Untermiete und die vom Vermieter verlangten Angaben gemäss Artikel 262 OR angegeben werden. Die Anforderungen, eine schriftliche Zustimmung des Vermieters einzuholen und gewisse Inhalte anzugeben, stimmen vom Sinn und Zweck her mit den angepassten Absätzen 1 und 2 von Artikel 262 OR überein. Im Unterschied zum kantonalen Rahmenmietvertrag enthält Artikel 262 Absatz 1 OR keine ausdrückliche Aussage betreffend den Zeitpunkt der Zustimmung.

Der Mieter darf gemäss Artikel 22 des kantonalen Rahmenmietvertrags die ganze gemietete Sache nicht für eine unbestimmte Dauer untervermieten. Eine Abweichung ist nur mit der schriftlichen Zustimmung des Vermieters möglich.

Weiter enthält Artikel 22 des kantonalen Rahmenmietvertrags die Regelung, dass der Vermieter gegenüber dem Hauptvermieter gewährleisten muss, dass der Untermieter nicht ohne die Zustimmung des Hauptvermieters die Sache seinerseits untervermietet. Zudem wird festgelegt, dass der Vermieter sich innerhalb von dreissig Tagen ab dem Empfang der Anfrage des Mieters äussern muss. Diese beiden Vorgaben sind weder im geltenden noch im neuen Artikel 262 OR enthalten.

Es wird zu klären sein, welche genauen Auswirkungen die Anpassung von Artikel 262 OR im Kontext mit dem Waadtländer Rahmenmietvertrag haben wird. Abhängig davon, ob die Verweisung auf Artikel 262 OR dynamisch oder statisch ist, wirkt sich die Anpassung der Regelung der Untermiete auf die Anwendung von Artikel 22 des kantonalen Rahmenmietvertrages aus.

4.5 Artikel 291 OR Unterpacht

Artikel 291 OR regelt die Sachverhalte der Unterpacht und der Vermietung durch den Pächter. Der Wortlaut entspricht zu einem grossen Teil Artikel 262 OR. Die Anpassung und Ergänzung der Regelung zur Untermiete haben Auswirkungen auf Artikel 291 OR. Die Vorschriften betreffend die Unterpacht bleiben davon unberührt. In Bezug auf die konkreten Änderungen wird auf die Ausführungen zur Unterpacht in Ziffer 2.2.2 zur Vernehmlassungsvorlage verwiesen, da die diese ohne Änderungen zuzuhenden des Parlaments verabschiedet worden ist.⁴¹

Die Revision von Artikel 291 OR trägt den Besonderheiten der Pachtverhältnisse Rechnung. Im Übrigen wird auf die Erwägungen betreffend die Untermiete in Ziffer 3.1 verwiesen.

Eine *Minderheit I* (Dandrès, Arslan, Brenzikofer, Fehlmann Rielle, Funicello, Humi, Mahaim, Marti Min Li, Walder) zur Vorlage von Artikel 291 Absatz 4 OR vertritt die Auffassung, dass die Aufzählung der Verweigerungsgründe wie im geltenden Recht

⁴¹ Vgl. RK-N, Freitag, 24. Juni 2022, 16.00 Uhr, Medienmitteilung «Kollektiver Rechtsschutz: Zu viele offene Fragen zum heutigen Zeitpunkt», www.parlament.ch > Organe > Sachbereichskommissionen > Kommissionen für Rechtsfragen RK > Medienmitteilungen > RK-N > Freitag, 24. Juni 2022 Medienmitteilung RK-N (besucht 29. Juli 2022).

abschliessend sein sollte. Sie spricht sich auch gegen die Verankerung des zusätzlichen Grundes für die Verweigerung der Zustimmung zur Miete von einzelnen zur Sache gehörenden Räumen und die Befristung der Mietdauer auf höchstens zwei Jahre aus. In diesem Sinne fordert die Minderheit I die Streichung von Buchstabe d aus dem Entwurf zu Artikel 291 Absatz 4 OR.

Die *Minderheit II* (Dandrès, Arslan, Brenzikofer, Fehlmann Rielle, Funicello, Hurni, Mahaim, Marti Min Li, Walder) nimmt auf Artikel 291 Absatz 6 OR der Vorlage Bezug. Nach der Auffassung dieser Minderheit ist es nicht gerechtfertigt, für das Missachten einer Formvorschrift eine derart starke Sanktion wie die ausserordentliche Kündigung vorzusehen. Für sie muss Absatz 6 deshalb so formuliert sein, dass die Sanktion an die Verletzung der materiellen Bedingungen der Zulässigkeit der Miete im Pachtverhältnis anknüpft.

Für die *Minderheit III* (Dandrès, Arslan, Brenzikofer, Fehlmann Rielle, Funicello, Hurni, Mahaim, Martin Min Li, Walder) zur Vorlage von Artikel 291 OR ist die parallele Behandlung von Pachtverhältnissen dagegen nicht sachgerecht. Sie ist der Ansicht, dass sich bei der Miete im Rahmen eines Pachtverhältnisses ganz andere Fragen stellen und das Gesetz insbesondere zu berücksichtigen hat, dass bei Pachtverträgen gerade die Vermietung von Geschäftsräumen eine wichtige Rolle spielt. Die *Minderheit III* möchte die Streichung der Anpassung und Ergänzung von Artikel 291 OR.

5 Umsetzung

Der Entwurf zum geänderten Artikel 262 OR sieht neue Rechte und Pflichten für die Mietvertragsparteien vor. Die Umsetzung obliegt in erster Linie den Mieterinnen und Mietern sowie den Vermieterinnen und Vermietern. Der neue Artikel 262 Absatz 2 OR regelt den Inhalt des Untermietbegehrens. In diesem Kontext ist es nicht ausgeschlossen, dass die Interessensverbände allenfalls Vorlagen erarbeiten, um für die Vertragsparteien die Abwicklung einer Anfrage zu erleichtern und auch formelle Risiken zu verringern. In Streitfällen sind die Schlichtungsbehörden in Miet- und Pachtsachen sowie die Zivilgerichte für die Anwendung des neuen Rechts zuständig.

6 Verhältnis zum europäischen Recht

In der Europäischen Union (EU) sind für die Regelung des Mietrechts die einzelnen Mitgliedstaaten zuständig. Die historisch gewachsene mietrechtliche Gesetzgebung ist jeweils sehr unterschiedlich ausgestaltet. Vergleiche sind zudem wegen der divergierenden Bedeutung des Mietwohnungsmarktes in den verschiedenen Staaten und des differenten Anteils der geförderten Wohnungen bzw. der realisierten Wohnbauförderungsmassnahmen schwierig.

Die EU-Abgeordneten haben am 21. Januar 2021 entschieden, dass der Zugang zu angemessenem und erschwinglichem Wohnraum ein Grundrecht sein sollte.⁴²

7 Auswirkungen

7.1 Auswirkungen auf den Bund

Die Vorlage hat keine besonderen Auswirkungen auf den Bund. Insbesondere ergeben sich weder personelle noch finanzielle Auswirkungen.

7.2 Auswirkungen auf die Kantone und Gemeinden sowie auf urbane Zentren, Agglomerationen und Berggebiete

Die Vorlage hat keine besonderen Auswirkungen auf Kantone, Gemeinden, urbane Zentren, Agglomerationen oder Berggebiete.

7.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

Durch die vorgeschlagenen Änderungen sind keine Auswirkungen auf die Volkswirtschaft zu erwarten.

7.4 Auswirkungen auf die Gesellschaft

Die Änderungen bei der Untermiete haben die Auswirkung, dass die Rechtsposition der Vermieterschaft gegenüber dem geltenden Recht verstärkt wird.

7.5 Auswirkungen auf die Umwelt

Die vorgeschlagenen Anpassungen haben keine Auswirkungen auf die Umwelt.

⁴² Vgl. Website des Europäischen Parlamentes: Zugang zu angemessenem Wohnraum sollte europäisches Grundrecht sein | Aktuelles | Europäisches Parlament (europa.eu) (besucht 29. Juli 2022).

8 Verhältnis zur Legislaturplanung und zu Strategien des Bundesrates

Die Vorlage ist weder in der Botschaft vom 29. Januar 2020⁴³ zur Legislaturplanung 2019–2023 noch im Bundesbeschluss vom 21. September 2020⁴⁴ über die Legislaturplanung 2019–2023 angekündigt.

9 Rechtliche Aspekte

9.1 Verfassungsmässigkeit

Die Vorlage sieht Anpassungen und Ergänzungen von Artikel 262 und 291 OR vor. Sie stützt sich auf Artikel 122 Absatz 1 Bundesverfassung (BV⁴⁵), der dem Bund die Kompetenz zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts gibt. Eine besondere Grundlage für einen Teil der Modifikationen bildet Artikel 109 Absatz 1 BV, wonach der Bund Vorschriften gegen Missbräuche im Mietwesen, namentlich gegen missbräuchliche Mietzinse, sowie über die Anfechtbarkeit missbräuchlicher Kündigungen und die befristete Erstreckung von Mietverhältnissen erlässt.

9.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

Die mit der Umsetzung der parlamentarischen Initiative verbundenen Anpassungen des OR sind mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar.

9.3 Erlassform

Die Vorlage sieht Änderungen und Ergänzungen von geltenden Artikeln auf Gesetzesstufe vor. Von den Anpassungen sind in Bezug auf das Mietrecht die Artikel 262 und 291 OR betroffen. Artikel 164 Absatz 1 BV sieht vor, dass alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen sind. Die beantragten Änderungen sind bedeutend und sind deshalb in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Die Zuständigkeit der Bundesversammlung für den Erlass des Gesetzes ergibt sich aus Artikel 163 Absatz 1 BV. Der Erlass unterliegt dem fakultativen Referendum (Art. 141 Abs. 1 Bst. a BV).

⁴³ BBl 2020 1777

⁴⁴ BBl 2020 8385

⁴⁵ SR 101

9.4 Unterstellung unter die Ausgabenbremse

Artikel 159 Absatz 3 Buchstabe b BV hält fest, dass Subventionsbestimmungen sowie Verpflichtungskredite und Zahlungsrahmen, die neue einmalige Ausgaben von mehr als 20 Millionen Franken oder neue wiederkehrende Ausgaben von mehr als 2 Millionen Franken nach sich ziehen, der Zustimmung der Mehrheit der Mitglieder jedes der beiden Räte bedürfen. Mit der Vorlage werden weder neue Subventionsbestimmungen noch neue Verpflichtungskredite oder Zahlungsrahmen beschlossen. Die Vorlage ist somit nicht der Ausgabenbremse (Art. 159 Abs. 3 Bst. b BV) unterstellt.

9.5 Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen

Die Vorlage macht keine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an den Bundesrat oder andere Verwaltungseinheiten erforderlich. Im geltenden Recht besteht mit Artikel 253a Absatz 3 OR, wonach der Bundesrat die Ausführungsbestimmungen erlässt bereits eine Delegation.

9.6 Datenschutz

Das schriftliche Untermietbegehren und das schriftliche Begehren zur Vermietung im Pachtverhältnis entsprechend dem Entwurf müssen unter anderem die Namen der Untermieter bzw. im Pachtverhältnis der Mieter oder auch den Untermietzins bzw. den für die Miete im Pachtverhältnis zu bezahlenden Mietzins enthalten. Die Mieterin oder der Mieter bzw. die Pächterin oder der Pächter müssen diese und weitere Angaben an die Vermieterin oder den Vermieter bzw. die Verpächterin oder den Verpächtern übermitteln, damit geprüft werden kann, ob eine schriftliche Zustimmung erteilt werden kann. Dies dürfte einer Bekanntgabe von Personendaten im Sinne von Artikel 3 Buchstabe a des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG)⁴⁶ entsprechen. Bereits nach dem geltenden Recht kann die Zustimmung zur Untermiete bzw. zur Vermietung im Pachtverhältnis verweigert werden, wenn sich die Mieterin oder der Mieter bzw. die Pächterin oder der Pächter weigert, die Bedingungen der Untermiete bzw. der Miete im Pachtverhältnis bekanntzugeben. Artikel 262 Absatz 2 und Artikel 291 Absatz 2 OR gemäss dem Entwurf legen den notwendigen Inhalt des Untermietbegehrens bzw. des Begehrens zur Vermietung im Pachtverhältnis ausdrücklich fest. Damit liegt für die Bekanntgabe der Personendaten eine gesetzliche Rechtfertigung im Sinne von Artikel 13 Absatz 1 DSGVO vor.

⁴⁶ SR 235.1

