

## Mängelhaftung des Vermieters und mangelhafte Mietsache – Einige Gedanken zum neuen Mietrecht

**Prof. Dr. iur. Peter Gauch**  
Universität Freiburg/Schweiz\*

Publiziert in: *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* 128 (1992), S.189 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

1. [189] Das neue Mietrecht regelt die Haftung des Vermieters für Sachmängel in den **Art. 258/259a ff. OR**. Die darin enthaltenen Regeln reichen über das Gebiet dieser Mängelhaftung hinaus, indem sie auch den Verzug des Vermieters (Art. 258 Abs. 1 OR) und die Rechtsgewährleistung (Art. 259f OR) einschliessen.

Im vorliegenden Zusammenhang interessieren nur die Regeln über die Mängelhaftung. Deren Grundlage findet sich in **Art. 256 OR**. Danach ist der Vermieter verpflichtet, "die Sache ... *in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand* zu übergeben und (während der Mietzeit)<sup>1</sup> in demselben zu erhalten" (Instandhaltungspflicht). "Abweichende Vereinbarungen zum Nachteil des Mieters" sind nach Art. 256 Abs. 2 OR nichtig, wenn sie a. "in vorformulierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen" oder b. "in Mietverträgen über Wohn- oder Geschäftsräume" enthalten sind. Diese Regel des Art. 256 OR, welche die Vertragsfreiheit der Parteien einschränkt<sup>2</sup>, bedarf der Auslegung:

2. Beginnen wir mit **Art. 256 Abs. 1 OR**. Danach ist der Vermieter von Gesetzes wegen verpflichtet, die Mietsache in einem zum "vorausgesetzten Gebrauch" tauglichen Zustand<sup>3</sup> zu übergeben und in diesem Zustand zu erhalten.

a. Der *Gebrauch einer Mietsache* charakterisiert sich durch den Gebrauchszweck und die Modalitäten des Gebrauchs. Der Gebrauchszweck gibt Antwort auf die Frage, *für was* die Mietsache benützt wird (z.B. zum Wohnen, zur Einlagerung gewisser Güter, [190] zum Personentransport, zum Heben bestimmter Lasten). Die Modalitäten hingegen betreffen *die Art und Weise*, wie dieser Gebrauch gemacht wird. Dazu gehören insbesondere der Benutzerkreis<sup>4</sup>, die *Zeit*<sup>5</sup>, die Dauer, die Intensität und der Ort des Gebrauchs. Bisweilen werden die Modalitäten ebenfalls zum Gebrauchszweck gezählt, der dann in einem weiteren Sinne verstanden wird.<sup>6</sup>

b. Nach Art. 256 Abs. 1 OR hat die Mietsache nicht zu irgendwelchem Gebrauch tauglich zu sein und zu bleiben, sondern nur (aber immerhin) zum "vorausgesetzten Gebrauch". Worin der voraus-

---

\* Meinem Assistenten THOMAS GRICHTING danke ich für die kritische Durchsicht des Manuskripts und die geleisteten Korrekturarbeiten.

<sup>1</sup> Eingefügt durch den Autor.

<sup>2</sup> Vgl. unten, Anm. 24.

<sup>3</sup> Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechts vom 27. März 1985 (zitiert Botschaft), BBl 1985 I, S. 1423.

<sup>4</sup> Z.B. Anzahl, Alter, Gesundheitszustand oder Ausbildung der Personen, welche die Mietsache zweckentsprechend gebrauchen.

<sup>5</sup> Z.B. Tageszeit, Nachtzeit, Winterzeit, Sommerzeit.

<sup>6</sup> So offenbar auch Botschaft, S. 1414 und 1423. Auf S. 1423 (nicht aber auf S. 1414) verwendet die Botschaft das Wort "Zweck" in der Mehrzahl, indem sie davon spricht, "dass die Mietsache für die Zwecke taugen muss, für die sie gemietet bzw. vermietet worden ist".

gesetzte Gebrauch besteht, beurteilt sich nach dem jeweiligen Mietvertrag. Es kommt darauf an, zu welchem Gebrauch die betreffende Mietsache nach Massgabe des konkreten Vertrages überlassen (gemietet und vermietet) wird. Ergibt sich aus dem vereinbarten Inhalt des Vertrags nicht etwas anderes, so handelt es sich um den nach Zweck und Modalitäten (Ziff. 2 lit. a) üblichen Gebrauch. Das aber bedeutet:

- Soweit die Parteien den vorgesehenen Gebrauch (den Gebrauchszweck und die Modalitäten<sup>7</sup>) durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung bestimmt haben, ist der vereinbarte Gebrauch "vorausgesetzt"<sup>8</sup>. Ob eine entsprechende Vereinbarung getroffen wurde und allenfalls welche, muss durch Auslegung des Vertrages ermittelt werden.<sup>9</sup> Zur Anwendung kommen die gängigen Auslegungsmittel<sup>10</sup> und [191] Auslegungsregeln.<sup>11</sup> Im Streitfall hat der auslegende Richter den vereinbarten Vertragsinhalt in seiner Gesamtheit, insbesondere aber auch den Vertragszweck zu berücksichtigen.<sup>12</sup>
- Haben die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend auf die *Übung* (z.B. eine bestehende Ortsübung) verwiesen, so ist massgeblich der übliche Gebrauch.<sup>13</sup> Das gleiche gilt, soweit die Parteien über Gebrauchszweck und Modalitäten keine oder keine abschliessende Vereinbarung getroffen haben, es sei denn, die richterliche Ergänzung des Vertrages, die auf den hypothetischen Willen der Parteien abstellt<sup>14</sup>, führe zu einem anderen Ergebnis. Die Aussage, wonach "der vorausgesetzte Gebrauch kein anderer als der vertraglich vereinbarte Gebrauch" sei<sup>15</sup>, ist somit unzutreffend.

Der übliche Gebrauch bestimmt sich nach der Art der Mietsache und nach dem Gebrauch, den man unter den gegebenen Umständen von einer solchen Sache gewöhnlich zu machen pflegt. Gibt es eine besondere Übung im Verkehrskreis der Beteiligten, so ist darauf abzustellen. Soweit es für den Gebrauch der betreffenden Mietsache (den Gebrauchszweck oder die Modalitäten) an einer Übung fehlt, bleibt mangels einschlägiger Vereinbarung nichts anderes übrig, als von vorneherein auf den hypothetischen Willen der Parteien zurückzugreifen.

c. Der "vorausgesetzte Gebrauch" bildet den Massstab für die von Art. 256 Abs. 1 OR geforderte Gebrauchstauglichkeit. Das *gesetzliche Erfordernis der Gebrauchstauglichkeit* ist dann erfüllt, wenn die Mietsache sich nach Massgabe ihrer Beschaffenheit in einem Zustand befindet, der sie zum "vorausgesetzten Gebrauch" geeignet (fähig) macht. Ob dies für die einzelne Mietsache zutrifft (oder noch zutrifft), beurteilt sich nach objektiven Kriterien, nicht [192] nach subjektivi-

---

<sup>7</sup> Zum Beispiel Gebrauch einer Mietwohnung durch eine an den Rollstuhl gebundene Person (Botschaft, S. 1423).

<sup>8</sup> ZIHLMANN, Das neue Mietrecht, Zürich 1990, S. 63; Schweizerisches Mietrecht (hrsg. vom Schweizerischen Verband der Immobilien-Treuhänder), N 20 zu Art. 256 OR.

<sup>9</sup> Vgl. Botschaft, S. 1423.

<sup>10</sup> Dazu gehören neben dem Wortlaut des Vertrages auch ergänzende Auslegungsmittel: Die Begleitumstände des Vertragsabschlusses, die Entstehungsgeschichte des Vertrages, die tatsächliche Verwendung der vom Mieter übernommenen Sache, die Interessenlage der Parteien usw. (JÄGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar, N 354 ff. zu Art. 18 OR).

<sup>11</sup> JÄGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar, N 344 ff. und N 411 ff. zu Art. 18 OR.

<sup>12</sup> JÄGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar, N 370 ff. zu Art. 18 OR.

<sup>13</sup> Eine Übung, auf welche die Parteien verwiesen haben, gehört kraft des Verweises zum vereinbarten Inhalt des Vertrages.

<sup>14</sup> JÄGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar, N 498 und N 526 ff. zu Art. 18 OR.

<sup>15</sup> ZIHLMANN, S. 63.

ven Anschauungen oder Wunschvorstellungen des Mieters.<sup>16</sup> Im einzelnen sind folgende Punkte anzumerken:

- Welches *Mass an Gebrauchsfähigkeit* die Mietsache haben muss, damit sie für den "vorausgesetzten Gebrauch" im Sinne des Gesetzes tauglich ist, wird in Art. 256 Abs. 1 OR nicht ausdrücklich gesagt. Abzustellen ist darauf, was der Mieter vernünftigerweise erwarten darf. Die berechnete Erwartung des Mieters kann (was z.B. die Schallisolation) betrifft, von Mietobjekt zu Mietobjekt (z.B. Neu- oder Altbau) variieren. Sie wird unter anderem mitbestimmt durch allgemein anerkannte Regeln der Technik und durch eine allfällige Verkehrsanschauung. So beurteilt sich z.B. nach der Verkehrsanschauung am Orte der Mietsache, ob die Gebrauchstauglichkeit einer Mietwohnung auch deren Ausrüstung mit einem Kochherd voraussetzt.
- In jedem Fall aber gehört zur Gebrauchstauglichkeit, dass die Mietsache, wenn sie zum "vorausgesetzten Gebrauch" benützt wird, keine *Gefahren für Leib und Leben* des Benützers oder Dritter schafft, die mit dem bestimmungsgemässen Gebrauch der Mietsache nicht schon an sich verbunden sind.<sup>17</sup> Auch kann die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache voraussetzen, dass sie nach ihrer Beschaffenheit bestimmten *Vorschriften des öffentlichen Rechts* (oder behördlichen Auflagen) am vorausgesetzten Orte ihrer Verwendung entspricht.
- Soweit es für den "vorausgesetzten Gebrauch" der Mietsache auf deren Schönheit ankommt, können *ästhetische Gesichtspunkte* ebenfalls eine Rolle spielen<sup>18</sup>. Unter dem Gesichtspunkt der gesetzlich verlangten Gebrauchstauglichkeit darf der Mieter diesbezüglich erwarten, dass das äussere Erscheinungsbild der Mietsache dem normalen Standard entspricht.
- [193] Der Zustand einer stationären Mietsache umfasst auch deren Lage in der Umgebung. Deshalb kann es an dem zum "vorausgesetzten Gebrauch" tauglichen Zustand fehlen, wenn z.B. der Gebrauch einer Mietwohnung durch übermässige Immissionen aus der Nachbarschaft beeinträchtigt wird.<sup>19</sup>

**3.** Von der Bestimmung des Art. 256 Abs. 1 OR können die Parteien nur (aber immerhin) in den Schranken des **Art. 256 Abs. 2 OR** abweichen. Diesbezüglich sind, was die gesetzlich verlangte Gebrauchstauglichkeit der Mietsache (Art. 256 Abs. 1 OR) angeht, folgende Vereinbarungen zu unterscheiden:

a. *Vereinbarungen einer zusätzlichen Eigenschaft*. Sie bestehen in einer Abrede, wonach die Mietsache über die gesetzlich verlangte Gebrauchstauglichkeit *hinaus* zusätzliche Eigenschaften aufweisen muss, welche die Tauglichkeit der Mietsache zum "vorausgesetzten Gebrauch" überhaupt nicht berühren oder die Sache für diesen Gebrauch mehr als tauglich machen.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> Da es nicht auf die subjektiven Anschauungen des Mieters ankommt, ist auch unerheblich, ob er die gemietete Sache vor oder bei Antritt der Miete als für den "vorausgesetzten Gebrauch" tauglich erachtet oder nicht (anderer Meinung: Schweizerisches Mietrecht, N 22 zu Art. 256 OR).

<sup>17</sup> Botschaft, S. 1432.

<sup>18</sup> Vgl. BGE 104 II 274.

<sup>19</sup> Vgl. Schweizerisches Mietrecht, Vorbem. zu Art. 258-259i OR, N 18; Zeitschrift für schweizerisches Mietrecht 1987, S. 51 ff.; 1988, S. 112 ff.

<sup>20</sup> Vgl. Schweizerisches Mietrecht, Vorbem. zu Art. 258-259i OR, N 14.

Eine solche Vereinbarung, worin der Vermieter seinem Vertragspartner eine zusätzliche Eigenschaft zusichert<sup>21</sup>, enthält keine für den Mieter nachteilige Abweichung von Art. 256 Abs. 1 OR. Deshalb hält sie vor Art. 256 Abs. 2 OR ohne weiteres stand und bindet den Vermieter, falls sie auch sonst an keinem Fehler leidet, der sie unwirksam macht. Der Vermieter ist also verpflichtet, die Mietsache nicht nur in *gebrauchstauglichem Zustand* zu übergeben und zu erhalten, sondern in einem Zustand, der die zusätzlich vereinbarten Eigenschaften mitumfasst.<sup>22</sup>

Im Einzelfall kann die Auslegung der getroffenen Vereinbarung aber auch ergeben, dass die vom Vermieter übernommene [194] Verpflichtung sich darauf beschränkt, die Mietsache mit den zusätzlichen Eigenschaften zu *übergeben*. Alsdann ist der Vermieter nicht verpflichtet, diese Eigenschaften bis zum Ablauf der Miete auch zu *erhalten*.

b. *Vereinbarungen zum Nachteil des Mieters*. Sie bestehen (vorliegend) in einer Abrede, wonach der Vermieter von der gesetzlichen Pflicht (Art. 256 Abs. 1 OR), die Sache in einem zum "vorausgesetzten Gebrauch" tauglichen Zustand zu übergeben und (oder) darin zu erhalten, ganz oder teilweise befreit ist. Die betreffende Abrede kann in verschiedenen Erscheinungsformen vorkommen. Entweder beschlägt sie unmittelbar die Verpflichtung als solche; oder sie bezieht sich auf die Beschaffenheit der Mietsache, indem die Parteien eine Eigenschaft vereinbaren, welche die gesetzlich geforderte Gebrauchstauglichkeit der Sache ausschliesst oder beeinträchtigt<sup>23</sup>.

Eine derartige Vereinbarung, die zu Ungunsten des Mieters von Art. 256 Abs. 1 OR abweicht, kann zwar wirksam sein. Nach *Art. 256 Abs. 2 OR* ist sie aber nichtig, wenn sie entweder in "vorformulierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen" (Art. 256 Abs. 2 lit. a OR) oder in einem Mietvertrag "über Wohn- oder Geschäftsräume" (Art. 256 Abs. 2 lit. b OR) getroffen wurde.<sup>24</sup>

#### 4. Das soeben Gesagte bedarf einer **Präzisierung** in dreifacher Hinsicht:

a. Die erste Präzisierung betrifft die *Abrede, worin der Mieter es übernimmt, die Mietsache selber in den zum "vorausgesetzten Gebrauch" tauglichen Zustand zu versetzen oder darin zu erhalten*. Eine solche Abrede weicht zum Nachteil des Mieters von Art. 256 Abs. 1 OR ab und ist deshalb nach Art. 256 Abs. 2 OR nichtig, [195] falls sie in "vorformulierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen" oder in einem Mietvertrag über "Wohn- oder Geschäftsräume" vereinbart wurde. Das gilt jedoch nicht ohne Ausnahme.

Vorbehalten bleibt vielmehr der Sonderfall, da der Mieter nach dem Inhalt des Vertrages für die Herstellung oder Erhaltung des gebrauchstauglichen Zustandes voll entschädigt wird, sei es durch Vergütung der gehaltenen Aufwendungen oder in Form eines entsprechend reduzierten Mietzinses (allenfalls verbunden mit einem Anspruch auf Vergütung des bei Vertragsauflösung verbleibenden Mehrwertes). Trifft dies zu und ist die Herstellung oder Erhaltung der Gebrauchstauglich-

<sup>21</sup> Die Zusicherung bildet Bestandteil der Eigenschaftvereinbarung. Sie besteht in einer vertraglich bindenden Erklärung des Vermieters, dass die Mietsache eine bestimmte Eigenschaft aufweist.

<sup>22</sup> Vgl. auch Schweizerisches Mietrecht, N 23 zu Art. 256 OR, und die Botschaft, die auf S. 1423 folgendes festhält: "Sind besondere Zusicherungen abgegeben worden, so setzt die gehörige Erfüllung selbstverständlich auch voraus, dass sie eingehalten werden".

<sup>23</sup> Die Lehre stellt sich bisweilen auf den unrichtigen Standpunkt, dass eine Mietsache immer auch zum "vorausgesetzten Gebrauch" tauglich sei, soweit sie eine vereinbarte Eigenschaft aufweist (vgl. z.B. Schweizerisches Mietrecht, N 22 zu Art. 256 OR).

<sup>24</sup> Art. 256 Abs. 2 OR beschränkt, wie gesagt, die Vertragsfreiheit der Parteien. Während Art. 256 Abs. 2 lit. b OR die Inhaltsfreiheit (Art. 19 Abs. 1 OR) beschlägt, betrifft Art. 256 Abs. 2 lit. a OR die Formfreiheit (Art. 11 OR). Vereinbarungen, die zum Nachteil des Mieters von Art. 256 Abs. 1 OR abweichen, können in der Form Allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht gültig vereinbart werden. Das aber schliesst nicht aus, dass gleichzeitig auch der Tatbestand des Art. 8 UWG erfüllt ist.

keit möglich, so wird der Nachteil des Mieters durch die vereinbarte Entschädigung wettgemacht, weshalb Art. 256 Abs. 2 OR nicht zur Anwendung kommt<sup>25</sup>. Wollte man anders entscheiden, so würde auch die praktisch weit vorbereitete Abrede, wonach Geschäftsräume im Rohbau vermietet und dann vom Mieter zum "vorausgesetzten Gebrauch" fertiggebaut werden, von vorneherein an der Bestimmung des Art. 256 Abs. 2 OR scheitern, was nicht dem Sinn des Art. 256 Abs. 2 OR entsprechen kann<sup>26</sup>.

b. Die zweite Präzisierung betrifft die "*vorformulierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen*", von denen Art. 256 Abs. 2 lit. a OR spricht. Das Element der Vorformulierung ist schon im Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen mitenthalten<sup>27</sup>, wird in Art. 256 Abs. 2 lit. a OR aber besonders hervorgehoben, was der Klarheit dient. Es besagt, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum voraus (vor Abschluss eines konkreten Vertrages) ausgedacht und im Hinblick auf eine Vielzahl von Verträgen formuliert wurden, was auch bei sogenannten Branchenbedingungen<sup>28</sup> zutrifft.<sup>29</sup>

[196] Die *Vorformulierung* Allgemeiner Geschäftsbedingungen geschieht durch eine der Vertragsparteien oder durch einen Dritten. Käme es allein auf den Wortlaut des Art. 256 Abs. 2 lit. a OR an, so würden unter diese Bestimmung auch solche Geschäftsbedingungen fallen, die der Mieter selber vorformuliert hat. Stellt man aber auf den Schutzzweck der Bestimmung ab<sup>30</sup>, so fallen Allgemeine Geschäftsbedingungen des Mieters nicht unter Art. 256 Abs. 2 lit. a OR. Denn sinnvoll ausgelegt, kann Art. 256 Abs. 2 lit. a OR sich nicht darauf richten, den Mieter auch vor seinen eigenen Geschäftsbedingungen zu schützen. Dagegen bleibt es bei Art. 256 Abs. 2 lit. a OR, wenn der Mieter die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (z.B. auch von paritätischen Geschäftsbedingungen eines Hauseigentümer- und Mieterverbandes) zwar vorschlägt, ohne sie aber selber vorformuliert zu haben.

c. Die dritte Präzisierung betrifft die "*Mietverträge über Wohn- und Geschäftsräume*", die in Art. 256 Abs. 2 lit. b OR genannt werden. Nach Art. 253a Abs. 1 OR sind sie unter Einschluss aller Sachen zu verstehen, "die der Vermieter zusammen mit diesen Räumen dem Mieter zum Gebrauch überlässt". Hingegen zählen zu den erwähnten "Wohn- und Geschäftsräumen" nicht auch "Ferienwohnungen, die für höchstens drei Monate gemietet werden". Auf sie findet Art. 256 Abs. 2 lit. b OR keine Anwendung, was sich aus Art. 253a Abs. 2 OR ergibt.

5. Wechseln wir von Art. 256 OR zu den gesetzlichen Vorschriften über die Mängelhaftung des Vermieters über, so gelangen wir zunächst zur Haftungsbestimmung des **Art. 258 OR**. Sie befasst sich, was die Mängelhaftung angeht, mit dem Fall, da der Vermieter die Sache mit ursprüng-

<sup>25</sup> Zu Art. 5 des vormaligen BMM vgl. BGE 104 II 203.

<sup>26</sup> Vgl. Schweizerisches Mietrecht, N 26 zu Art. 256 OR.

<sup>27</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1991, Nr. 1118.

<sup>28</sup> Branchenbedingungen (GAUCH/SCHLUEP, Nr. 1123) sind ebenfalls Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des Art. 256 Abs. 2. lit. a OR.

<sup>29</sup> Ein Sonderfall liegt vor, wenn Allgemeine Geschäftsbedingungen bei Vertragsabschluss individuell ausgehandelt (z.B. nicht nur vorgelesen oder erläutert) werden. Solche Geschäftsbedingungen erhalten trotz ursprünglicher Vorformulierung den Charakter individuell vereinbarter Vertragsbedingungen und fallen deshalb nicht mehr unter die Bestimmung des Art. 256 Abs. 2 lit. a OR. Das allerdings setzt voraus, dass über die Bedingungen ernsthaft (unter Einbezug möglicher Änderungen) verhandelt wird und der Vermieter sich in erkennbarer Abänderungsbereitschaft auf die Verhandlung mit dem Mieter einlässt. Kommt es zum Streit darüber, ob dies tatsächlich geschehen ist, so liegt die Beweislast beim Vermieter, der sich auf die nachträgliche Individualisierung beruft.

<sup>30</sup> Vgl. z.B. Botschaft, S. 1424; Schweizerisches Mietrecht, N 35 ff. zu Art. 256 OR.

lichen Mängeln übergibt, welche die Tauglichkeit zum "vorausgesetzten Gebrauch" ausschliessen, erheblich beeinträchtigen oder unerheblich [197] vermindern.<sup>31</sup> Ist die Tauglichkeit der Mietsache zum "vorausgesetzten Gebrauch" ausgeschlossen oder erheblich beeinträchtigt, so bestimmt sich die Rechtslage nach Art. 258 Abs. 1 und 2 OR; ist die Gebrauchstauglichkeit nur unerheblich vermindert, so kommt Art. 258 Abs. 3 OR zur Anwendung. Dies alles scheint auf den ersten Blick klar und unproblematisch zu sein. Und doch bedarf Art. 258 OR einer näheren Erläuterung:

a. Art. 258 OR setzt *erstens* voraus, dass die Mietsache im Zeitpunkt ihrer Übergabe sich in einem Zustand befindet, der ihre Tauglichkeit zum "vorausgesetzten Gebrauch" (Art. 256 Abs. 1 OR) ausschliesst oder (erheblich oder unerheblich) vermindert.<sup>32</sup> Und *zweitens* setzt Art. 258 OR voraus, dass es sich bei diesem Zustand um einen "*Mangel*" der Mietsache handelt.<sup>33</sup>

Mangelhaft ist die Mietsache, wenn sie sich nicht in einem Zustand befindet, den der Vermieter im Einzelfall schuldet, also insofern vom Vertrage abweicht. Bei fehlender oder herabgesetzter Gebrauchstauglichkeit der übergebenen Mietsache trifft dies im Regelfall zu, weil der Vermieter nach Art. 256 Abs. 1 OR verpflichtet ist, die Mietsache im gebrauchstauglichen Zustand zu übergeben. Anders verhält es sich dann, wenn der Vermieter nach Massgabe einer von Art. 256 Abs. 1 OR abweichenden und nach Art. 256 Abs. 2 OR wirksamen Vereinbarung berechtigt war, die Mietsache in der Beschaffenheit zu übergeben, die sie bei ihrer Übergabe tatsächlich hatte (Ziff. 3 lit. b/Ziff. 4). Alsdann begründet die fehlende oder herabgesetzte Gebrauchstauglichkeit der Mietsache keinen Mangel, der dem Mieter die Rechte nach Art. 258 OR verschafft.<sup>34</sup>

b. Umgekehrt ist aber auch möglich, dass die übergebene Mietsache an einem (ursprünglichen) *Mangel* leidet, *der die gesetzlich verlangte Gebrauchstauglichkeit* (Art. 256 Abs. 1 OR) *weder ausschliesst noch herabsetzt*.<sup>35</sup> Das trifft dann zu, wenn der Mietsache im [198] Zeitpunkt ihrer Übergabe eine zusätzliche Eigenschaft fehlt, die sie nach der getroffenen Vereinbarung über die verlangte Gebrauchstauglichkeit hinaus haben müsste (Ziff. 3 lit. a).<sup>36</sup>

Dieser Fall wird in Art. 258 OR vernachlässigt, weshalb die Bestimmung lückenhaft und das lückenhafte Gesetz "modo legislatoris" (Art. 1 Abs. 2 ZGB) zu ergänzen ist. Meines Erachtens ist es richtig, Art. 258 Abs. 1/2 OR oder Art. 258 Abs. 3 OR entsprechend anzuwenden, je nachdem, ob die Interessen des Mieters durch den betreffenden Mangel erheblich beeinträchtigt werden (Art. 258 Abs. 1/2 OR) oder nicht (Art. 258 Abs. 3 OR).<sup>37</sup>

**6. Art. 258 OR findet seine Fortsetzung in den Haftungsbestimmungen der Art. 259a ff. OR.** Sie greifen ein, wenn ein Mangel an der Mietsache erst *nach* der Übergabe entsteht, also ein *nachträglicher* Mangel auftritt. Alsdann verfügt der Mieter über die Rechte nach Art. 259a ff. OR, sofern er den nachträglichen Mangel weder zu verantworten noch auf eigene Kosten (Art. 259

<sup>31</sup> Vgl. Botschaft, S. 1431.

<sup>32</sup> Schweizerisches Mietrecht, Vorbem. zu Art. 258-259i OR, N 5 mit weiteren Verweisen.

<sup>33</sup> Schweizerisches Mietrecht, N 12 zu Art. 258 OR.

<sup>34</sup> Die Definition des Mangels, den die Botschaft auf S. 1414 enthält, ist insofern ungenau.

<sup>35</sup> Die Definition des Mangels, den die Botschaft auf S. 1414 enthält, ist auch insofern ungenau (vgl. schon Anm. 34). Dasselbe gilt für den Lehrsatz, der die "Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit" als "Begriffsmerkmal" des Mangels versteht (so: Schweizerisches Mietrecht, Vorbem. zu Art. 258-259i OR, N 5).

<sup>36</sup> Wer die "Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit" als "Begriffsmerkmal" des Mangels versteht (Anm. 36), kommt notgedrungen zum (unrichtigen) Schluss, dass in einem solchen Fall überhaupt kein Mangel vorliegt (so: Schweizerisches Mietrecht, Vorbem. zu Art. 258-259i OR, N 14).

<sup>37</sup> Anders z.B. Schweizerisches Mietrecht, Vorbem. zu Art. 258-259i OR, N 14, wo der Mieter auf die allgemeinen Art. 97 ff. OR verwiesen wird.

OR) zu beseitigen hat (Art. 259a Abs. 1 OR). Das alles bedarf wiederum der Erläuterung, wobei sich das zu Art. 258 Gesagte mutatis mutandis wiederholt:

a. Die Art. 259a ff. OR setzen *erstens* voraus, dass die Mietsache "während der Mietdauer" in einen Zustand gerät, der ihre Tauglichkeit zum "vorausgesetzten Gebrauch" (Art. 256 Abs. 1 OR) ausschliesst oder herabsetzt (vgl. Art. 259b und 259d OR). Und *zweitens* setzen auch sie voraus, dass es sich bei diesem Zustand um einen "*Mangel*" der Mietsache handelt.

Mangelhaft wird die Mietsache, wenn sich ihr Zustand derart verändert, dass er nicht mehr den Anforderungen des Vertrages entspricht. Eine solche Veränderung ist grundsätzlich zu bejahen, [199] falls die Mietsache ihre ursprüngliche Tauglichkeit zum "vorausgesetzten Gebrauch" ganz oder teilweise einbüsst (Art. 256 Abs. 1 OR). Der Grundsatz gilt aber nicht ohne Ausnahme. Anders nämlich verhält es sich dann, wenn der Vermieter nach Massgabe einer von Art. 256 Abs. 1 OR abweichenden und nach Art. 256 Abs. 2 OR wirksamen Vereinbarung nicht verpflichtet war, die Mietsache in einem (voll) tauglichen Zustand zu erhalten (Ziff. 3 lit. b/Ziff. 4). Alsdann begründet die nachträgliche Einbusse oder Verminderung der Gebrauchstauglichkeit keinen Mangel, der dem Mieter die Rechte nach Art. 259a ff. OR verschafft.<sup>38</sup>

b. Umgekehrt ist möglich, dass an der Mietsache ein nachträglicher *Mangel* entsteht, *der die gesetzlich verlangte Gebrauchstauglichkeit* (Art. 256 Abs. 1 OR) *weder ausschliesst noch herabsetzt*.<sup>39</sup> Das trifft dann zu, wenn die Mietsache eine Eigenschaft verliert, die sie nach der getroffenen Vereinbarung über die verlangte Gebrauchstauglichkeit hinaus haben und während der Mietdauer behalten müsste (Ziff. 3 lit. a).<sup>40</sup>

Dieser Fall wird in den Bestimmungen der Art. 259a ff. OR wiederum vernachlässigt (vgl. Art. 259b und 259d OR), weshalb sie lückenhaft sind. Die Gesetzeslücke ist "modo legislatoris" (Art. 1 Abs. 2 ZGB) in der Weise zu füllen, dass der Richter die Art. 259a ff. OR sinngemäss zur Anwendung bringt.<sup>41</sup> Das gilt auch für Art. 259b und für Art. 259g OR<sup>42</sup>.

In sinngemässer Anwendung des Art. 259b lit. b OR kann der Mieter einen "untergeordneten" Mangel<sup>43</sup>, der vom Vermieter nicht innert angemessener Frist beseitigt wird, auch dann auf Kosten des Vermieters beseitigen lassen, wenn der Mangel keinen negativen Einfluss auf die vom Gesetz verlangte Gebrauchstauglichkeit der Mietsache hat. Vorbehalten bleibt Art. 259c OR.

7. [200] Natürlich gäbe es zur Mängelhaftung des Vermieters nach neuem Mietrecht noch vieles (und viel Kritisches) beizufügen. Die neue *Regelung ist kompliziert und stellt in mancherlei Hinsicht allzustark auf das Ermessen des Rechtsanwendenden ab*. Darauf aber möchte ich vorliegend nicht eintreten. Vielmehr begnüge ich mich, das bereits Gesagte mit folgenden Gedanken abzuschliessen:

a. Die gesetzliche Verpflichtung des Vermieters, die Mietsache in einem zum "vorausgesetzten Gebrauch" tauglichen Zustand zu übergeben und darin zu erhalten (Art. 256 Abs. 1 OR), kann von den Parteien nur in den *Schranken des Art. 256 Abs. 2 OR* wegbedungen oder einge-

<sup>38</sup> Das in Anm. 34 Gesagte gilt sinngemäss.

<sup>39</sup> Das in Anm. 35 Gesagte gilt sinngemäss.

<sup>40</sup> Das in Anm. 36 Gesagte gilt sinngemäss.

<sup>41</sup> Anders z.B. Schweizerisches Mietrecht, Vorbem. zu Art. 258-259i OR, N 14, wo der Mieter auf die allgemeinen Art. 97 ff. OR verwiesen wird. Das hat insbesondere zur Folge, dass der Mieter einer unbeweglichen Sache den Mietzins in einem solchen Fall nicht nach Art. 259g OR "hinterlegen kann" (Schweizerisches Mietrecht, a.a.O.).

<sup>42</sup> Vgl. demgegenüber Anm. 41.

<sup>43</sup> Vgl. Art. 256 Abs. 2 aOR.

schränkt werden (Ziff. 3 und 4). Wie aber verhält es sich, wenn die Parteien zwar nicht die erwähnte *Verpflichtung* des Vermieters wegbedingen oder einschränken, wohl aber die gesetzliche *Haftung* des Vermieters (Art. 258/259a ff. OR) für den Fall, dass die Mietsache an einem (ursprünglichen oder nachträglichen) Mangel leidet, der ihre Tauglichkeit zum "vorausgesetzten Gebrauch" ausschliesst oder einschränkt?

Diese Frage stellt sich deshalb, weil "Verpflichtung" und "Haftung" begrifflich auseinanderzuhalten sind. In Art. 256 Abs. 2 OR wird die Frage zwar nicht unmittelbar beantwortet. Der Sache nach findet Art. 256 Abs. 2 OR aber auch dann Anwendung, wenn die Parteien für den Fall, dass die Mietsache einen Mangel aufweist, der ihre gesetzlich geforderte Gebrauchstauglichkeit beschlägt, eine von den Haftungsbestimmungen der Art. 258/259a ff. OR abweichende Vereinbarung treffen.<sup>44</sup> Das bedeutet:

b. *Vereinbarungen, die zum Nachteil des Mieters von den Haftungsbestimmungen der Art. 258/259a ff. OR abweichen*, sind unter den Voraussetzungen des Art. 256 Abs. 2 OR unwirksam, soweit es um die Haftung für Mängel geht, welche die gesetzlich geforderte Gebrauchstauglichkeit der Mietsache (Art. 256 Abs. 1 OR) ausschliessen oder beeinträchtigen.

Die soeben erwähnte Rechtslage wird bestätigt durch die Vorschrift des Art. 288 Abs. 2 OR des Pachtrechts. Denn diese Vorschrift hat die mietrechtliche Regel des Art. 256 Abs. 2 OR dem Wortlaut nach übernommen, aber nicht den Bestimmungen der [201] Art. 278 Abs. 1/279 OR (über die entsprechenden Pflichten des Verpächters) angefügt, sondern in den Kontext der Haftung (Art. 288 Abs. 1 OR) gestellt.

Das ist eine merkwürdige Differenz zum Mietrecht, die aufzeigt, dass die Redaktoren des Gesetzes den Unterschied zwischen "Verpflichtung" und "Haftung" verkannt haben. Bei der Pacht führt sie (verglichen mit dem Mietrecht) zur umgekehrten Frage, ob Art. 288 Abs. 2 OR sinngemäss auch auf Vereinbarungen zur Anwendung kommt, die zum Nachteil des Pächters von Art. 278 Abs. 1/279 OR abweichen. In der Botschaft<sup>45</sup> wird die Frage zu Recht bejaht.

c. Anders verhält sich die Rechtslage für (ursprüngliche oder nachträgliche) *Mängel, welche die gesetzlich geforderte Gebrauchstauglichkeit der Mietsache weder ausschliessen noch beeinträchtigen* (Ziff. 5 lit. b/Ziff. 6 lit. b). Auf Vereinbarungen, welche die Haftung des Vermieters für solche Mängel wegbedingen oder einschränken, findet Art. 256 Abs. 2 OR auch der Sache nach keine Anwendung, was sich aus seinem systematischen Zusammenhang mit Art. 256 Abs. 1 OR ergibt. Anwendbar bleiben jedoch die allgemeinen Regeln über die "Wegbedingung der Haftung", die in Art. 100 und 101 Abs. 2 und 3 OR enthalten sind.

Korr.: MD, 22.02.2005

<sup>44</sup> Vgl. auch Botschaft, S. 1432; Schweizerisches Mietrecht, N 7 zu Art. 256 OR.

<sup>45</sup> Botschaft, S. 1470.