

# Die Vereinbarung zur Zahlung von Schlüsselgeld: Ein nichtiges Koppelungsgeschäft?

## La convention d'un paiement de «pas-de-porte»: une transaction couplée nulle?

Aufsatz von Dr. Thomas Wetzel und lic. iur. Karin Mesek, Zürich

### 1. Einleitung

Immer wieder berichten Medien über die Entwicklung der Kauf- und Mietpreise für Geschäftsräumlichkeiten an der Bahnhofstrasse in Zürich. Diesen Berichten zufolge werden mancherorts allein für die Miete von Ladenflächen Quadratmeterpreise von mehreren Fr. 1000.– pro Jahr bezahlt. Zuletzt erregte in diesem Zusammenhang der «Jelmoli-Deal» Aufsehen: Bei diesem (allerdings derzeit noch nicht vollzogenen) Geschäft zwischen der Jelmoli Holding AG und einem ausländischen Investor wurde allein für das Hauptgebäude des Jelmoli-Konzerns an der Bahnhofstrasse in Zürich ein Kaufpreis in Milliardenhöhe geboten.

Diese Preise beruhen auf der Tatsache, dass die Zürcher Bahnhofstrasse – nicht erst seit der Erfindung des bekannten Spiels «Monopoly» – zu den begehrtesten Geschäftslagen weltweit gehört. Deshalb wollen auch international renommierte Marken an dieser erstklassigen Adresse ein Geschäft (meist sogar einen Prestigeladen oder einen sog. «Flagship Store») eröffnen. Immer häufiger werden deshalb bestehende Mieter angefragt, ob sie – gegen Bezahlung einer bestimmten Summe Geld – bereit wären, ihr Mietverhältnis zugunsten eines neuen Mieters aufzugeben. Solche Zahlungen werden gemeinhin als «Handgelder», «Schlüsselgelder», «pas-de-porte» oder «Key Money» (im Folgenden «Schlüsselgelder») bezeichnet.

Was im Ausland schon seit längerer Zeit Usanz ist, scheint mittlerweile auch in der Schweiz einem wirtschaftlichen Bedürfnis zu entsprechen. Probleme kann aber das schweizerische Mietrecht mit sich bringen: Bei der rechtlichen Qualifikation von Vereinbarungen zur Zahlung von Schlüsselgeldern herrscht jedenfalls eine grosse Rechtsunsicherheit. Hauptursache dieses Übels ist einmal mehr die Tatsache, dass das schweizerische Mietrecht – mit wenigen Ausnahmen – nicht nur im Bereich der Wohnraummiete, sondern auch auf kommerzielle Mietverträge und damit insbesondere auf solche zwischen institutionellen Grossinvestoren und international renommierten Ladenketten Anwendung findet.

Der vorliegende Aufsatz geht der Frage nach, ob und in welchen Fällen die Vereinbarung eines Schlüsselgeldes (als Bedingung der Übertragung oder Weiterführung eines Mietvertrages) zwischen einem bestehenden Mieter und einem Nachfolgemmieter von Geschäftsräumen als nichtiges Koppelungsgeschäft im Sinne von Art. 254 OR zu gelten hat. Zuerst werden die Voraussetzungen der Anwendung von Art. 254 OR erläutert (nachfolgend Ziffer 2), bevor auf die Lehre und Rechtsprechung zu Schlüsselgeldvereinbarungen zwischen dem ein- und dem

ausziehenden Mieter eingegangen wird (nachfolgend Ziffer 3). Den Schluss bildet ein Kommentar zu verschiedenen Aspekten rund um solche Koppelungsgeschäfte (nachfolgend Ziffer 4). Nicht näher betrachtet wird die Schlüsselgeldvereinbarung zwischen dem Vermieter und einem Nachfolgiemeter: Sie stellt (meistens) ein nichtiges Koppelungsgeschäft dar.

## 2. Koppelungsgeschäfte im Sinne von Art. 254 OR

### 2.1 Überblick

Ein Koppelungsgeschäft koppelt – wie es der Name bereits andeutet – zwei (oder mehrere) rechtlich selbständige Rechtsgeschäfte aneinander. Im Bereich der Miete von Wohn- oder Geschäftsräumen bedeutet eine solche Koppelung, dass der Abschluss oder die Weiterführung eines Mietvertrages mit einem anderen (eben dem gekoppelten) Rechtsgeschäft verbunden wird. Dieses gekoppelte Rechtsgeschäft kann z.B. in einem Kauf-, Tausch-, Versicherungs-, Arbeits- oder Dienstleistungsvertrag bestehen.

Art. 254 OR richtet sich nicht gegen die Koppelungsvereinbarung, sondern gegen das an den Mietvertrag gekoppelte mietrechtsfremde Rechtsgeschäft, das sog. Koppelungsgeschäft (SVIT-Kommentar, Art. 254 OR N 13). Art. 3 der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG, SR 221.213.11) verdeutlicht: «Als Koppelungsgeschäft im Sinne von Artikel 254 OR gilt insbesondere die Verpflichtung des Mieters, die Mietsache, Möbel oder Aktien zu kaufen oder einen Versicherungsvertrag abzuschliessen.»

Allerdings wird nicht jedes Rechtsgeschäft, wenn es mit einer Wohnungs- oder Geschäftsmiete gekoppelt wird, zu einem nichtigen Koppelungsgeschäft im Sinne von Art. 254 OR (Higi Peter, in: ZK, Art. 254 OR N 12 mit weiteren Hinweisen). Das Gesetz verlangt für die Nichtigkeit eines an einen Mietvertrag für Wohn- oder Geschäftsräume gekoppelten Rechtsgeschäftes vielmehr zwei Voraussetzungen, welche kumulativ erfüllt sein müssen:

1. Die Abhängigkeit des Abschlusses oder der Weiterführung des Mietvertrages vom Abschluss des gekoppelten Rechtsgeschäftes (nachfolgend Ziffer 2.2) und
2. die Übernahme von Pflichten des Mieters gegenüber dem Vermieter oder einem Dritten, welche nicht unmittelbar mit dem Gebrauch der Sache zusammenhängen (nachfolgend Ziffer 2.3).

Eine weitere (dritte) Voraussetzung ist gesetzlich zwar nicht ausdrücklich geregelt, wird aber von Lehre und Rechtsprechung stillschweigend vorausgesetzt, nämlich:

3. Die Missbräuchlichkeit der Koppelung (nachfolgend Ziffer 2.4).

Wie viele Gesetzesnormen des schweizerischen Mietrechts entzieht Art. 254 OR den von ihm geregelten Bereich vollständig der Parteidisposition und bildet damit zwingendes Recht.

### 2.2 Abhängigkeit

Der Abschluss des Mietvertrages oder die Weiterführung desselben ist vom Abschluss des gekoppelten Geschäftes dann abhängig, wenn der Abschluss des

gekoppelten Rechtsgeschäftes als erzwungene Folge (des Mietverhältnisses) erscheint. Das bedeutet, dass der Abschluss des gekoppelten Geschäftes eine *Conditio sine qua non* sein muss für den Abschluss oder den Weiterbestand des Mietvertrages.

Die Koppelung richtet sich gegen den (Nachfolge-)Mieter: Dieser muss vor der Alternative stehen, entweder das Mietobjekt zusammen mit der Last des gekoppelten Rechtsgeschäftes zu erhalten bzw. zu behalten oder aber auf das Mietobjekt verzichten zu müssen (SVIT-Kommentar, Art. 254 OR N 15). Der (Nachfolge-)Mieter muss sich also den Mietvertrag oder dessen Weiterführung durch die Übernahme der gekoppelten Verpflichtung regelrecht erkaufen (SVIT-Kommentar, Art. 254 OR N 15). Ein Indiz für das Vorliegen einer Abhängigkeit ist die zeitliche Übereinstimmung der beiden gekoppelten Rechtsgeschäfte (Lachat David/Micheli Jacques: *Le nouveau droit du bail*, 2. Aufl., Lausanne 1992, S. 261, Rz. 2.5; Lachat David/Stoll Daniel: *Das neue Mietrecht für die Praxis*, Zürich 1991, S. 267, Rz. 2.5). Ein nichtiges Koppelungsgeschäft ist dabei umso eher anzunehmen, je mehr der Wert der Leistung des (Nachfolge-)Mieters denjenigen der Leistung des Vermieters oder des Dritten übertrifft (vgl. SVIT-Kommentar, Art. 254 OR N 17).

Für die Beurteilung, ob der Abschluss bzw. die Weiterführung des Mietvertrages vom Abschluss des gekoppelten Rechtsgeschäftes abhängig gemacht wird, ist stets zu untersuchen, worauf sich der Abschlusswille des (Nachfolge-)Mieters richtet: Ist sein Interesse lediglich auf den Mietvertrag gerichtet, während der Vermieter oder der Dritte den (Miet-)Vertragsabschluss vom Abschluss eines anderweitigen «Nebengeschäftes» abhängig macht, kann von einem nichtigen Koppelungsgeschäft ausgegangen werden (BGE 118 II 157 ff., 163, E. 3c). Richtet sich der Abschlusswille des (Nachfolge-)Mieters jedoch mit gleicher Intensität sowohl auf den Mietvertrag bzw. die Weiterführung desselben als auch auf das daran gekoppelte Rechtsgeschäft, kann nicht ohne Weiteres von einem nichtigen Koppelungsgeschäft ausgegangen werden (SVIT-Kommentar, Art. 254 OR N 16). So wird z.B. die Vermietung von Läden in Einkaufszentren oft mit der Auflage verbunden, dass der einziehende Mieter Mitglied der Interessengemeinschaft der Ladenbesitzer (der sog. Mietervereinigung) werden muss. In solchen Fällen ist anzunehmen, dass sich der Abschlusswille des (Nachfolge-)Mieters aufgrund der Standortwahl der Ladenräumlichkeiten im Einkaufszentrum nicht nur auf den Mietvertrag, sondern auch auf die Mitgliedschaft in der Interessengemeinschaft bezieht (vgl. Fallbeispiele in SVIT-Kommentar, Art. 254 OR N 16).

Bei der Beurteilung des Abschlusswillens des (Nachfolge-)Mieters ist insbesondere zu prüfen, von wem die Initiative zum Geschäft ausgegangen ist: Eine vom Vermieter bzw. vom Dritten ausgehende Initiative zum Abschluss des gekoppelten Geschäftes bildet ein Indiz für Zwangsausübung gegenüber dem (Nachfolge-)Mieter und folglich für das Bestehen eines nichtigen Koppelungsgeschäftes (Weber Roger, in: BK, Art. 254 OR N 3). Umgekehrt muss aber gelten, dass kein nichtiges Koppelungsgeschäft vorliegen kann, wenn die Initiative für den Abschluss des Koppelungsgeschäftes vom (Nachfolge-)Mieter ausgeht (so auch Higi, in: ZK, Art. 254 OR N 18 mit weiteren Hinweisen und N 23).

### 2.3 Übernahme von Pflichten

Nichtig ist ein Koppelungsgeschäft, dessen Gegenstand nicht unmittelbar mit dem Gebrauch der Sache zusammenhängt. Das bedeutet, dass das mit dem Mietver-

hältnis verknüpfte Geschäft inhaltlich mietfremd sein muss (Higi, in: ZK, Art. 254 OR N 13). Das gekoppelte Geschäft ist zwar in tatsächlicher, aber nicht in sachlicher Hinsicht mit dem Abschluss oder der Weiterführung des Mietvertrages verbunden (Raissig Walter/Schwander Urs: Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen, 4. Aufl., Zürich 1984, S. 113).

Im Zweifel ist der Zusammenhang zwischen dem Abschluss bzw. der Weiterführung des Mietvertrages und dem gekoppelten Geschäft zu bejahen (Weber, in: BK, Art. 254 OR N 3). An die Unmittelbarkeit des Zusammenhangs dürfen insbesondere dann keine hohen Anforderungen gestellt werden, wenn ein Eigeninteresse des einziehenden Mieters am Koppelungsgeschäft besteht (BGE 4C.255/2004 vom 17. November 2004, E. 4.3). So ist die mit dem Abschluss des Mietvertrages gekoppelte Übernahme von Mobilium, welches sich bereits im Mietobjekt befindet, zulässig, sofern der Preis für das Mobilium nicht übersetzt ist (SVIT-Kommentar, Art. 254 OR N 21 mit weiteren Hinweisen). Ebenso zulässig ist die Koppelung eines Mietvertrages mit einem Arbeitsvertrag, wenn der Vermieter von Wohnräumlichkeiten den Abschluss eines Hauswartvertrages als Bedingung für den Abschluss des Mietvertrages vorgibt (Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 26. Februar 1996, E. 2 = Assistalex 1996 N. 2307). Im Entscheid 4C.255/2004 bejahte das Bundesgericht einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen dem Gebrauch der Mietsache zur Betreibung eines Restaurants und der damit verkoppelten Verpflichtung des Mieters, alle – ausser vier – der im Speiselokal verkauften Weine aus dem Sortiment des Vermieters zu beziehen. Das Gericht sah ein Eigeninteresse des Mieters am Bezug von Wein beim Vermieter als gegeben an. Folglich war die Koppelung zwischen dem Mietvertrag und der Weinbezugsverpflichtung zulässig und Art. 254 OR nicht verletzt.

Damit allerdings ein Koppelungsgeschäft nichtig wird, dürfen die vom (Nachfolge-)Mieter übernommenen Pflichten nicht nur keinen unmittelbaren Zusammenhang mit dem Gebrauch des Mietobjektes aufweisen, sondern müssen auch gegenüber dem Vermieter oder einem Dritten übernommen werden. Während über die Person des Vermieters kein Zweifel bestehen kann, werden in der Lehre unterschiedliche Auffassungen vertreten, wer als «Dritter» im Sinne von Art. 254 OR zu gelten hat.

Ein Teil der Lehre ist der Ansicht, dass jede Drittperson Vertragspartei des einziehenden Mieters sein kann – unabhängig davon, ob sie beim Abschluss des Koppelungsgeschäftes im Namen oder auf Rechnung des Vermieters handelt (Lachat/Stoll, a. a. O., S. 267, Rz. 2.3; Lachat David/Stoll Daniel/Brunner Andreas: Das Mietrecht für die Praxis, 4. Aufl., Zürich 1999, S. 397, Rz. 2.2; Richard Philippe: Die allgemeinen Bestimmungen des neuen Mietrechts (Teil 1), in: mp 2/91, S. 39 ff., S. 46; a. M. Barbey Richard: Le transfert du bail commercial, in: SJ 1992, S. 33 ff., S. 43). So führen Lachat/Micheli aus (a. a. O., S. 260, Rz. 2.3): «La transaction couplée n'est pas nécessairement passée avec le bailleur. Elle peut l'être avec l'un de ses représentants ou avec un tiers...» Diese Auffassung wird damit begründet, dass es dem (klaren) Gesetzeswortlaut widerspreche, eine Einflussnahme des Vermieters auf den (Nachfolge-)Mieter zu fordern (Weber, in: BK, Art. 254 OR N 5) Dementsprechend sei Art. 254 OR auch anwendbar in Fällen, in denen der Vermieter bei der Vereinbarung eines Koppelungsgeschäftes (z. B. der Bezahlung von Schlüsselgeld) zwischen dem ein- und dem ausziehenden Mieter (als Dritter) nicht mitwirkt und/oder den Abschluss des Mietvertrages sogar ablehnt (Higi, in: ZK,

Art. 254 OR N 28; SVIT-Kommentar, Art. 254 OR N 25 mit weiteren Hinweisen). Der in solchen Fällen allein handelnde Dritte müsse allerdings die Möglichkeit haben und auch gewillt sein, das gekoppelte Geschäft in Abhängigkeit zum Mietvertrag zu bringen (Higi, in: ZK, Art. 254 OR N 29 mit weiteren Hinweisen).

Andererseits wird aber auch die Meinung vertreten, ein Dritter könne nur dann in den Anwendungsbereich von Art. 254 OR fallen, wenn der Vermieter bei der Durchsetzung der Koppelung mitwirke. Entscheidend für die Qualifikation des «Dritten» im Sinne von Art. 254 OR sei, ob sich der Dritte in einer Rechtslage befinde, die ihm die Koppelung der beiden Rechtsgeschäfte im Interesse des Vermieters erlaube (SVIT-Kommentar, Art. 254 OR N 25). Diese Meinung deckt sich mit derjenigen des Bundesgerichts im Entscheid 4C.161/2001 (dazu unten Ziffer 3.3).

## 2.4 Missbräuchlichkeit

Die Koppelung muss – dies als drittes und letztes Kriterium – missbräuchlich sein. Das heisst, dass nicht jedes mietfremde gekoppelte Geschäft in den Anwendungsbereich von Art. 254 OR fällt, sondern lediglich das missbräuchliche mietfremde Koppelungsgeschäft (Higi, in: ZK, Art. 254 OR N 13). Die Missbräuchlichkeit ist gegeben, wenn die Zustimmung des (Nachfolge-)Mieters zum Koppelungsgeschäft auf unlautere Weise erlangt wird (Higi, in: ZK, Art. 254 OR N 14). Zusätzlich gilt die Koppelung als missbräuchlich, wenn sie einen unlauteren Zweck verfolgt oder wenn sie in sich, im Lichte der loyalen Verkehrsauffassung, unlauter erscheint (Higi, in: ZK, Art. 254 OR N 14 mit weiteren Hinweisen).

## 3. Schlüsselgeldvereinbarungen

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit soll nachstehend versucht werden, einen Überblick über die in Lehre und Rechtsprechung bisher behandelten Fallkonstellationen im Zusammenhang mit Schlüsselgeldvereinbarungen zu geben:

### 3.1 Aufgedrängtes Schlüsselgeld

Vereinzelnd findet sich in der Literatur die Meinung, dass jede Bezahlung von Schlüsselgeld, welche dem einziehenden Mieter, sei es vom Vermieter oder von einer Drittperson (z. B. vom Vormieter), aufgedrängt wird, als nichtig zu betrachten sei (Lachat/Micheli, a. a. O., S. 262, Rz. 2.7 und S. 367, Rz. 5.3; Lachat/Stoll, a. a. O., S. 402, Rz. 5.3). Was als «aufgedrängt» zu betrachten ist, wird aber nicht näher spezifiziert.

### 3.2 Fehlen einer Gegenleistung

Der Cour de Justice Genf stellte in seinem Entscheid vom 12. November 2001 auf das Kriterium der fehlenden Gegenleistung ab. Das Gericht entschied, dass die Entrichtung eines Schlüsselgeldes durch den einziehenden Mieter für die Überlassung von Geschäftsräumlichkeiten ohne jegliche Gegenleistung seitens des ursprünglichen Mieters ein nichtiges Koppelungsgeschäft im Sinne von Art. 254 OR darstelle (Cour de Justice Genf vom 12. November 2001 = mp 2/02 S. 110 ff.). Aus der publizierten Fassung des Entscheides ist nicht ersichtlich, ob der Vermieter im konkreten Fall von der Schlüsselgeldabrede wusste oder nicht.

Ähnlich hat der Cour de Justice Genf bereits am 25. Januar 1991 entschieden (Cour de Justice Genf vom 25. Januar 1991 = SJ 1991, S. 467 ff.). Die publizierte Fassung des Entscheides befasst sich nicht ausführlich mit dem Problem von Schlüsselgeldvereinbarungen zwischen einem ein- und einem ausziehenden Mieter. Trotz Verweisung des Gerichts auf die Literaturmeinung der generellen Nichtigkeit von aufgedrängten Schlüsselgeldvereinbarungen (Cour de Justice Genf vom 25. Januar 1991, E. 2 = SJ 1991, S. 470) ist der Regeste des Entscheides lediglich zu entnehmen, dass die Vereinbarung zwischen dem ein- und dem ausziehenden Mieter über die Bezahlung eines Schlüsselgeldes durch den Nachfolgemmieter ohne jegliche Gegenleistung des bestehenden Mieters nichtig sei: «Le simple «pas-de-porte» dépourvu de toute contrepartie de la part de celui qui l'encaisse doit être considéré comme nul» (Cour de Justice Genf vom 25. Januar 1991 = SJ 1991, S. 467).

### 3.3 Zur Rolle des Vermieters

Wie bereits unter Ziffer 2.3 erwähnt, vertritt ein Teil der Lehre die Meinung, dass ein Koppelungsgeschäft zwischen dem ein- und dem ausziehenden Mieter selbst ohne jegliche Mitwirkung des Vermieters nichtig sein kann. Diese Meinung widerspricht der Auffassung des Cour civil du Tribunal cantonal du canton de Vaud in seinem Entscheid vom 11. März 1993, derjenigen des Obergerichts des Kantons Basel-Landschaft im Urteil vom 19. Januar 1993 sowie derjenigen des Bundesgerichts in seinem Entscheid vom 26. September 2001:

Der Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud sah in der Vereinbarung zwischen dem ein- und dem ausziehenden Mieter über die Entrichtung eines reinen Schlüsselgeldes, d.h. einer Zahlung ohne jegliche Gegenleistung seitens des ausziehenden Mieters, in der Höhe von Fr. 30'000.– ein nichtiges Koppelungsgeschäft im Sinne von Art. 254 OR. Das Gericht begründete seinen Entscheid vom 11. März 1993 unter anderem damit, dass der Vermieter von der Abrede wusste, ihr zustimmte und davon insofern indirekt profitierte, als dass der neue Mietzins lange vor Ablauf des alten Mietvertrages fast verdoppelt wurde (Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud vom 11. März 1993 = CdB 4/94, S. 113 ff., S. 116). Der bestehende Mieter scheiterte deshalb mit seiner Forderungsklage trotz Schuldanerkennung des Nachfolgemmieters.

Das Obergericht des Kantons Basel-Landschaft verneinte in seinem Entscheid vom 19. Januar 1993 (für Leitsätze zum Urteil siehe die Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Basel-Landschaft im Jahre 1993 zu Art. 254 OR auf <http://www.baselland.ch/docs/gerichte/oberger/rechtspr93/oger1993-1.htm>, letztmals besucht am 7.5.2008) das Vorliegen eines nichtigen Koppelungsgeschäftes im Falle eines Kaufvertrages über verschiedene Gegenstände in der Mietwohnung zwischen dem ein- und dem ausziehenden Mieter. Das Gericht führte aus, dass ein nichtiges Koppelungsgeschäft nur dann bestehen könne, wenn der Vermieter bei der Durchsetzung des Koppelungsgeschäftes mitwirke (Entscheid des Obergerichts des Kantons Basel-Landschaft vom 19. Januar 1993, E. 3 mit weiteren Hinweisen). Im vorliegenden Fall stehe jedoch ein Geschäft zwischen Vor- und Nachmieter in Frage, an dem die Vermieterin überhaupt nicht beteiligt sei (Entscheid des Obergerichts des Kantons Basel-Landschaft vom 19. Januar 1993, E. 3). Damit sei die Annahme eines unzulässigen Koppelungsgeschäftes (sowohl

nach altem wie auch nach neuem Mietrecht) ausgeschlossen (Entscheid des Obergerichts des Kantons Basel-Landschaft vom 19. Januar 1993, E. 3).

Das Bundesgericht qualifizierte im Entscheid 4C.161/2001 – in Bestätigung des Entscheides des Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud vom 21. September 2000 – die Vereinbarung zwischen dem bestehenden Mieter und dem Nachfolgemmieter über die Bezahlung eines Betrages in der Höhe von Fr. 60'000.– – durch Letzteren für «le droit au bail des locaux et le pas-de-porte» als zulässiges Rechtsgeschäft, das nicht in den Anwendungsbereich von Art. 254 OR fällt. Der Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud hatte ausdrücklich die Frage gestellt, ob im Falle der Nichtbeteiligung des Vermieters an den Verhandlungen zum Abschluss des Mietvertrages und dem daran gekoppelten Rechtsgeschäft sowie am Abschluss dieser Rechtsgeschäfte selber Art. 254 OR überhaupt zur Anwendung komme. Das Gericht hatte also geprüft, ob ein unzulässiges Koppelungsgeschäft im Sinne von Art. 254 OR vorliegen kann, wenn die Schlüsselgeldvereinbarung vom Nachfolgemmieter direkt mit dem bestehenden Mieter geschlossen wird. Dazu hatte es ausgeführt, dass der Gesetzgeber mit Art. 254 OR ein missbräuchliches Vorgehen des Vermieters (und nur des Vermieters) bekämpfen wollte. Als «Dritter» im Sinne von Art. 254 OR könne dementsprechend nur derjenige gelten, welcher anstelle, im Namen und auf Rechnung des Vermieters handle (Entscheid des Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud vom 21. September 2000, wiedergegeben in BGE 4C.161/2001, E. 3). Im Ergebnis wurde vom Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud entschieden, eine Vereinbarung zwischen dem ein- und dem ausziehenden Mieter sei nur nichtig im Sinne des Art. 254 OR, wenn der Vermieter von dieser Kenntnis habe und ihr zustimme (BGE 4C.161/2001, E. 3 mit Hinweis auf SVIT-Kommentar, Art. 254 OR N 25: Kenntnis, Zustimmung und Profitierung durch den Vermieter oder dessen Stellvertreter für die Nichtigkeit verlangt).

Das Bundesgericht schützte die Auffassung des Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud und strich zusätzlich heraus, dass der Vermieter im konkreten Fall seine Zustimmung zur Übertragung des Mietvertrages vom bestehenden auf den einziehenden Mieter nicht von der Bezahlung des Betrages von Fr. 60'000.– durch den einziehenden Mieter abhängig gemacht hatte: «Le versement d'un prix de remise au locataire sortant par le locataire entrant n'étaient donc pas une condition requise par le bailleur en vue de l'acceptation par lui du transfère de bail» (BGE 4C.161/2001, E. 4). Der Vermieter habe weder Druck gegenüber dem neu einziehenden Mieter zur Bezahlung des Schlüsselgeldes ausgeübt noch habe er die Bezahlung einer Summe von Fr. 60'000.– gutgeheissen bzw. seine Zustimmung gegeben (BGE 4C.161/2001, E. 4). Im Ergebnis verneinte das Bundesgericht das Vorliegen eines nichtigen Koppelungsgeschäftes (und damit die Anwendbarkeit des Art. 254 OR), da der Vermieter weder an den Verhandlungen noch an der Vereinbarung des Schlüsselgeldes teilgenommen hatte («... concouru ni à l'établissement ni à la conclusion de la convention de reprise», BGE 4C.161/2001, faits B) und auch sonst in keiner Weise an der Transaktion über die Bezahlung der Fr. 60'000.– beteiligt gewesen war.

## 4. Kommentar

### 4.1 Zulässigkeit von Schlüsselgeldvereinbarungen zwischen altem und neuem Mieter

Die Nichtigkeit eines Koppelungsgeschäftes ist stets im Lichte des gesetzgeberischen Gedankens sowie der verfassungsmässigen Grundlage (Art. 109 Abs. 1 BV) zu beurteilen (SVIT-Kommentar, Art. 254 OR N 18). Während Art. 254 OR von seiner systematischen Stellung her den allgemeinen Bestimmungen des Mietrechts zuzuordnen ist, gehört der Artikel inhaltlich zu den Bestimmungen über den Schutz des Mieters vor missbräuchlichen Mietzinsen und anderen missbräuchlichen Forderungen des Vermieters (Weber, in: BK, Art. 254 OR N 1 mit weiteren Hinweisen). Der Vermieter soll die für den Mieter ungünstige Lage auf dem Immobilienmarkt nicht ausnützen können, indem er ihn zu Belastungen, wie z. B. der Bezahlung eines Schlüsselgeldes, drängt (Entscheid des Kantonsgerichts Graubünden vom 22. Oktober 1991 PF 11/91, E. b = PKG 1991 N. 61 mit weiteren Hinweisen; SVIT-Kommentar, Art. 254 OR N 18). Der (einziehende oder neue) Mieter soll vor missbräuchlichen Forderungen seitens des Vermieters – und nicht etwa des bestehenden bzw. des ausziehenden Mieters – geschützt werden.

Bereits dem alten Mietrecht lag der Gedanke zugrunde, den Mieter vor missbräuchlichen Handlungen des Vermieters zu schützen. So enthielt der (aufgehobene) Art. 16 des Bundesbeschlusses über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (BMM) eine nicht abschliessende Aufzählung von verpönten Koppelungsgeschäften (vgl. Raissig/Schwander, a. a. O., S. 113): «Andere Forderungen [als Mietzinsforderungen, Beifügung durch die Autoren] des Vermieters oder einer Person, die für ihn handelt, beispielsweise die Klausel, dass der Mieter die Wohnung oder den Geschäftsraum zu Eigentum übernimmt, Aktien oder Möbel kauft, einen Versicherungsvertrag oder andere Gegengeschäfte abschliesst, sind missbräuchlich, wenn sie mit dem Mietverhältnis in keinem direkten Zusammenhang stehen und in Ausnützung der Wohnungsnot gestellt werden.» Art. 16 BMM bezog sich also ausdrücklich auf «Forderungen des Vermieters oder einer Person, die für ihn handelt».

Wie oben bereits dargelegt (Ziffer 3.3), kann auch nach Ansicht des Bundesgerichts «Dritter» im Sinne von Art. 254 OR nur derjenige sein, welcher an Stelle, im Namen und auf Rechnung des Vermieters handelt (BGE 4C.161/2001, E. 3). Die entscheidende Urteilspassage lautet: «Dès lors, par tiers au sens de l'art. 254 CO, il faut entendre celui qui agit au lieu et place du bailleur et pour le compte de ce dernier» (BGE 4C.161/2001, E. 3). Da diese Voraussetzung im zu entscheidenden Fall nicht erfüllt war, wies das Bundesgericht die Rückforderungsklage des einziehenden Mieters gegenüber dem Vormieter ab.

Folglich dürfen Konstellationen, bei denen ein Dritter nicht im Sinne des Rechts der (direkten) Stellvertretung für einen Vermieter handelt, zum vornherein nicht in den Anwendungsbereich von Art. 254 OR fallen. Einzig der Vermieter oder sein (direkter) Vertreter kann eine vom Gesetz sanktionierte Verkoppelung bewerkstelligen. Daraus folgt, dass eine Vereinbarung zwischen dem bestehenden und dem neu einziehenden Mieter nur nichtig sein kann, wenn der Vermieter direkt vom Koppelungsgeschäft profitiert, indem er einen Teil oder den gesamten Betrag des Schlüsselgeldes erhält. Ob der Vermieter oder sein Vertreter vom Koppelungsgeschäft weiss, ihm zustimmt und/oder sogar indirekt vom Koppelungs-

geschäft profitiert, weil er sofort oder zu einem späteren Zeitpunkt den Mietzins anheben kann, muss im Lichte von Art. 254 OR irrelevant bleiben.

Die Übersetzung des Leitsatzes des Entscheides 4C.161/2001 in mp 2003, S. 54/55 («Ein Handgeld, welches ein Mieter für die Übernahme des Mietvertrages an den Vormieter bezahlt, ist nur dann ein nichtiges Koppelungsgeschäft, wenn der Vermieter von dem Geschäft weiss und seine Zustimmung dazu erteilt») ist deshalb nach Auffassung der Autoren falsch. Zu dieser falschen Übersetzung mag beigetragen haben, dass auch die Ausführungen des Bundesgerichts im Entscheid selber nicht kohärent und sogar widersprüchlich sind: Denn einerseits führt das Gericht aus, «Dritter» im Sinne von Art. 254 OR könne nur derjenige sein, welcher anstelle, im Namen und auf Rechnung des Vermieters handle. An anderer Stelle genügen nach Ansicht des Bundesgerichts für die Nichtigkeit des Koppelungsgeschäftes die Kenntnis und die Zustimmung des Vermieters (BGE 4C.161/2001, E. 3).

### 4.2 Rückforderung von Schlüsselgeldzahlungen

Von denjenigen Autoren, welche Schlüsselgeldvereinbarungen zwischen ein- und ausziehenden Mietern – auch ohne direktes Profitieren seitens des Vermieters – als nichtige Koppelungsgeschäfte qualifizieren, wird jeweils nicht geprüft, ob die sich auf die Nichtigkeit des gekoppelten Rechtsgeschäftes berufende Rückforderungsklage des Nachfolgemieters nicht wegen Art. 66 OR ausgeschlossen oder wegen Verstosses gegen Art. 2 ZGB als rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden müsste.

Zur Beurteilung der Rechtsmissbräuchlichkeit im Sinne von Art. 2 ZGB kann auf die Rechtsprechung zur Nichtigkeit von unkorrekt beurkundeten Grundstückkaufverträgen abgestellt werden. Die Gerichte prüfen dabei, ob sich die Parteien des angerufenen Formmangels bei Abschluss des Vertrages oder zumindest bei dessen Erfüllung bewusst waren (BGE 112 II 330 ff., 334, E. 2b). Denn die freiwillige und irrtumsfreie Erfüllung des formungültigen Vertrages durch beide Parteien ist ein Umstand von erheblicher Bedeutung (BGE 86 II 398 ff., 404, E. 2c mit weiteren Hinweisen; BGE 87 II 28 ff., 34, E. 4c; BGE 104 II 99 ff., 101, E. 3). Haben die Parteien einen Vertrag – trotz Kenntnis des Formmangels – freiwillig (und irrtumsfrei) erfüllt, gilt dies als starkes Indiz für das Vorliegen einer (späteren) rechtsmissbräuchlichen Berufung auf den Formmangel.

Analog auf die Problematik der Koppelungsgeschäfte übertragen, bedeutet dies: Haben ein Nachfolgemmieter und ein bestehender Mieter (i) eine Vereinbarung über die Bezahlung eines Schlüsselgeldes geschlossen, waren sie sich (ii) im Moment des Abschlusses oder im Zeitpunkt der Erfüllung der Vereinbarung der Problematik von Art. 254 OR bewusst und haben sie (iii) in der Folge die Vereinbarung beidseitig freiwillig und irrtumsfrei erfüllt, so dürfte die nachträgliche Berufung auf den Formmangel durch eine der beiden Parteien gegen Treu und Glauben verstossen und folglich keinen Rechtsschutz verdienen.

### 4.3 Zur Höhe des Schlüsselgeldes

Der Entscheid 4C.161/2001 ruft nach einer letzten Klarstellung: Das Urteil, welches der Rückforderungsklage des das Schlüsselgeld geleisteten Nachfolgemieters mangels Anwendbarkeit von Art. 254 OR den Schutz verwehrte, führte (ohne näheren Grund) aus: «En soi, le chiffre de 60'000 fr. ne constitue pas une somme

fantaisiste ou disproportionnée, puisque deux tiers avaient proposé de façon sérieuse un versement identique, voire légèrement et supérieur» (BGE 4C.161/2001, E. 5).

Dieses Obiter dictum des Bundesgerichts ist in den Augen der Autoren bedenklich: Wenn die Zahlung eines Schlüsselgeldes nicht in den Anwendungsbereich von Art. 254 OR fällt (wie das Bundesgericht im beurteilten Fall entschieden hat), gibt es auch nichts bezüglich der Höhe dieses Schlüsselgeldes zu entscheiden. Die (zulässige) Schlüsselgeldvereinbarung zwischen einem bestehenden und einem einziehenden Mieter untersteht der Vertragsfreiheit, was nichts anderes bedeuten kann, als dass das Schlüsselgeld in beliebiger Höhe zwischen den Parteien vereinbart werden kann.

Zusammenfassend ergibt sich, dass Schlüsselgeldvereinbarungen zwischen bestehenden und neu einziehenden Mietern dann zulässig sind, wenn der Vermieter von den Zahlungen nicht selber direkt profitiert. Die Festlegung der Höhe solcher Zahlungen muss dabei im freien Belieben der Parteien stehen.