Prof. Thomas Koller
Bern

Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2006

Nicht im Handel

Sonderdruck aus
«Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins»
Band 143 · 2007 · Heft 12

Stämpfli Verlag AG Bern

Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2006

Veröffentlicht im Band 132

Von Prof. Dr. Thomas Koller, Bern[1,2]

Übersicht

1. Kein Vertrauensschutz in Bezug auf die Höhe der Nebenkosten bei monatlichen Akontozahlungen — BGE 132 III 24
2. Vorzeitige Auflösung eines Mietvertrages wegen einer Vertragsverletzung durch den Mieter — BGE 132 III 109
3. Grundlagenirrtum bei einem Erstreckungsvergleich — BGE 132 III 737
4. Einleitungsverfahren bei einem Mietzinsherabsetzungsbegehren im laufenden Mietverhältnis — BGE 132 III 702
5. Feststellungsinteresse des Vermieters im Kündigungsanfechtungsverfahren des Mieters — BGE 132 III 65
6. Ausweisung des Mieters nach ausserordentlicher Kündigung; kein Schlichtungsverfahren erforderlich — BGE 132 III 747

1 Meinem Assistenten Herrn lic.iur. Raoul Dias danke ich herzlich für die kritische Durchsicht des Textes. Das Manuskript wurde am 19.9.2007 abgeschlossen.

2 In dieser Rechtsprechungsübersicht werden die gängigen allgemeinen Kommentare zum schweizerischen Privatrecht mit den heute üblichen Abkürzungen (BK = Berner Kommentar; ZK = Zürcher Kommentar; BSK = Basler Kommentar; CR = Commentaire romand) und bezogen auf die zurzeit neusten Auflagen zitiert.
Im Weitern werden als Standardliteratur folgende Werke abgekürzt zitiert: David Lachat/Daniel Stoll/Andreas Brunner, Mietrecht für die Praxis, 6. Aufl., Zürich 2005; Schweizerisches Mietrecht, Kommentar, hrsg. vom Schweizerischen Verband der Immobilien-Treuhänder SVIT (SVIT-Kommentar), 2. Aufl., Zürich 1998; Richard Permann, Kommentar zum Mietrecht, 2. Aufl., Zürich 2007.

1. Kein Vertrauensschutz in Bezug auf die Höhe der Nebenkosten bei monatlichen Akontozahlungen

BGE 132 III 24 (4C.177/2005)

Die Eheleute A. und B. waren vom 1. Oktober 1997 bis zum 31. März 2003 Mieter einer 5-Zimmer-Wohnung, deren monatlicher Nettomietzins ursprünglich Fr. 2950.– pro Monat betrug und später auf Fr. 3150.– erhöht wurde. Die monatlichen Akontozahlungen für die Nebenkosten (Heizung, Warmwasser, Treppenhausreinigung, Antennen- und Kabelfernsehgebühren, Hauswartung, Liftservice, Wasser, Abwasser, allgemeiner Strom sowie Grundgebühr Kehricht) wurden auf Fr. 150.– festgesetzt. Die effektiven Nebenkosten beliefen sich indessen, wie sich in der Folge herausstellte, jeweils auf mehr als das Doppelte (rund 210–260%) der Akontozahlungen. Im Prozess vertraten die Mieter den Standpunkt, sie hätten sich nach Treu und Glauben darauf verlassen dürfen, dass die geleisteten Akontozahlungen den tatsächlich anfallenden Nebenkosten ungefähr entsprechen würden. Diese hätten dann aber den Akontobetrag massgeblich überstiegen und seien nicht geschuldet, soweit sie eine auf 15–20% anzusetzende Toleranzgrenze überschritten, analog zur Regelung im Fall einer Überschreitung des werkvertragsrechtlichen Kostenvoranschlages. Mit diesem (und mit weiteren) Vorbringen unterlagen sie sowohl vor den beiden Zürcher Instanzen als auch vor Bundesgericht.

Zur Begründung führt das Bundesgericht im Wesentlichen aus, der Begriff «Akontozahlung» deute darauf hin, dass es sich bei den unter diesem Titel erbrachten Leistungen bloss um vorläufige Zahlungen handle, die gemäss korrekt zu erfolgender Abrechnung an die jährlich aufgelaufenen und vom Mieter vertragsgemäss geschuldeten Nebenkosten anzurechnen seien. Die Vereinbarung der Akontozahlung unter Abrechnungspflicht müsse deshalb nach Treu und Glauben dahin gehend ausgelegt werden, dass die Differenz zwischen den geleisteten Akontozahlungen und dem durch die Abrechnung festgestellten effektiven vertraglichen Anspruch auszugleichen sei. *Obschon mancher Mieter bei Abschluss eines Mietvertrages vermuten möge, dass die Akontozahlungen zur Tilgung der aus den Nebenkosten zu erwartenden Schuld ausreichen werden, sei diese Erwartung im Hinblick auf die erkennbaren Unsicherheiten* – Instabilität der Kosten zum einen, unterschiedliches Verbraucherverhalten sowohl der Mieter untereinander als auch eines und desselben Mieters im

Laufe der Zeit zum andern – *ohne besondere Zusicherung seitens des Vermieters nicht berechtigt und könne nicht bewirken, dass der Mieter den übersteigenden Betrag nicht oder nicht in vollem Umfang zu tragen hätte.* Da im Mietrecht die Parteien frei seien, für die vom Mieter zu übernehmenden Nebenkosten Akontozahlungen zu vereinbaren oder nicht, müsse es auch zulässig sein, vom Mieter nur eine tief bemessene Akontozahlung zu verlangen. Die für diesen Fall von den Klägern angestrebte Verwirkung des Restanspruches liefe darauf hinaus, zu verhindern, dass sich der Vermieter mit geringen Akontozahlungen begnüge und die Nebenkosten auf diese Weise zugunsten der Mieter vorfinanziere. *Eine derartige Lösung würde einen Eingriff in die Vertragsfreiheit bedeuten, die sich letztlich zum Nachteil des Mieters auswirken würde,* und entbehre jeglicher Rechtsgrundlage. *Es bestehe kein Anlass für eine Vermutung, wonach die Akontozahlungen den jährlich für die Nebenkosten geschuldeten Betrag ungefähr decken würden.*

Die skizzierten bundesgerichtlichen Erwägungen erwecken auf den ersten Blick den Eindruck, dass es sich um einen Entscheid von grundsätzlicher Bedeutung handelt. Verstärkt wird dieser Eindruck noch durch den Umstand, dass das Urteil amtlich publiziert wurde. Ob dem Entscheid wirklich ein derartiges Gewicht zukommt, ist indessen fraglich. In der Literatur wurde zutreffend geltend gemacht, dass die Sachlage im vorliegenden Fall in mehrfacher Hinsicht «atypisch» war (ausführlich dazu Richard Püntener, mp 2006, 1 ff., spez. 12; ähnlich Anita Thanei, mp 2005, 232 ff., spez. 235, die von einem «Sonderfall» spricht): Am auffälligsten ist zunächst die Tatsache, dass die Mieter die Nebenkostennachforderungen während mehrerer Jahre anstandslos bezahlt und erst die letzte Nebenkostenabrechnung vor der Vertragsauflösung bestritten haben. Sodann haben sie in einem früheren Verfahren vor der Schlichtungsstelle mit dem Vermieter einen Vergleich über einen neuen Verteilschlüssel der Nebenkosten geschlossen. Im Weitern erklärten sie, dass sie die Wohnung nicht erhalten hätten, wenn sie sich vor Vertragsschluss nach der effektiven Höhe erkundigt hätten, und gaben so zu erkennen, dass sie schon damals Zweifel daran hatten, dass die Akontozahlungen die mutmasslich anfallenden Nebenkosten decken würden. Diese Zweifel dürften nicht zuletzt auch darauf beruht haben, dass die Akontozahlungen im Verhältnis zum Nettomietzins relativ niedrig waren, obwohl die gemäss Vertrag von den Mietern zu tragenden Nebenkos-

ten relativ viele Posten umfassten (vgl. zu Letzterem auch PETER HIGI, AJP 2006, 601 ff., spez. 605). *Unter diesen Umständen kann man dem Bundesgericht nur beipflichten, wenn es den Mietern ihrerseits treuewidriges Handeln vorwirft* (BGE 132 III 24 E. 6.1.2 S. 31; zustimmend PÜNTENER, a.a.O., 21; ähnlich auch BSK OR I-WEBER, Art. 257b N 2a in fine, und JEAN PIERRE TSCHUDI, MRA 2005, 175 ff., spez. 178). Dass *in casu* von verletztem Sozialschutz nicht die Rede sein kann, liegt auf der Hand (gl.M. HIGI, a.a.O., 605 f.).

Ob dem Urteil (trotz der amtlichen Publikation) über den konkreten Fall hinaus eine grundsätzliche Tragweite zukommt, muss in Zweifel gezogen werden. Insbesondere wird man füglich fragen dürfen, ob es wirklich das Problem der zu tief vereinbarten Akontozahlungen für Nebenkosten «in massgeblicher Weise» klärt (so aber TSCHUDI, a.a.O., 175). Das hängt zum einen schon damit zusammen, dass die Frage, ob und in welchem Umfang eine Partei die Gegenseite im Rahmen von Vertragsverhandlungen über gewisse Aspekte aufklären muss, nicht generell entschieden werden kann, *sondern vom erkennbaren Aufklärungsbedarf der Gegenpartei abhängt* (vgl. dazu auch BGE 132 III 24 E. 6.1.2 in fine S. 31) und ein solcher im vorliegenden Fall wohl verneint werden konnte. Zum andern sind aber gegen die allgemeinen Erwägungen des Bundesgerichts auch mehrere grundsätzliche Bedenken angebracht:

a) In der Literatur wurde zutreffend geltend gemacht, dass für durchschnittliche Mieter – also nicht unbedingt für Mieter, welche sich eine 5-Zimmer-Wohnung für einen Nettomietzins von rund Fr. 3000.– leisten können – bezüglich finanzieller Tragbarkeit der Mietkosten der in der Ausschreibung offerierte Bruttomietzins bei der Willensbildung vor Vertragsschluss ausschlaggebend sei (PÜNTENER, a.a.O., 16; ähnlich BSK OR I-WEBER, Art. 257b N 2a). *Förderung von Preistransparenz und Verhinderung von Lockvogelpolitik ist in unserer Rechtsordnung sowohl unter vertrags- als auch unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten ein wichtiges (verbraucherrechtliches) Anliegen.* Das schlägt sich etwa in Art. 7 Abs. 3 OR (vgl. zur wettbewerbspolitischen Zielsetzung dieser Bestimmung BSK OR I-BUCHER, Art. 7 N 10) oder in Art. 257a Abs. 2 OR, der den Mieter vor unabsehbaren Forderungen unter dem Titel «Nebenkosten» schützen will (BSK OR I-WEBER, Art. 257b N 2a), ebenso nieder wie z.B. in Art. 3 lit. b und lit. f UWG oder im gesamten Konsumkreditgesetz. Seine ganz besondere Ausprägung hat die Förderung der Preistransparenz und die Verhinderung von Lockvogelpolitik im Mietrecht in der langjährigen Rechtsprechung des Bundesgerichts *zur relativen Berechnungsmethode bei Mietzinserhöhungen im laufenden Mietverhältnis* gefunden: Diese schützt das Vertrauen des Mieters, indem er davon ausgehen darf, der vertraglich vereinbarte oder nachträglich angepasste Mietzins verschaffe dem Vermieter einen zulässigen und genügenden Ertrag, sofern dessen Ungenügen nicht durch eine hinreichende Vorbehaltserklärung zum Ausdruck gebracht wurde (vgl. statt aller BGE 121 III 163 E. 2c S. 164), und will so eine Lockvogelpolitik verhindern (Urteil des Bundesgerichts 4C.291/2001 vom 9. Juli 2002, E. 2b/cc; LACHAT/STOLL/BRUNNER, 377 Rz. 3.6; PÜNTENER, a.a.O., 8). In Anbetracht dieser Umstände wirkt das Argument des Bundesgerichts, zu niedrige Akontozahlungen seien für den Mieter von Vorteil, weil der Vermieter die Nebenkosten vorfinanziere (BGE 132 III 24 E. 5.1.1 S. 29), zumindest seltsam, wenn nicht gar zynisch (so BSK OR I-WEBER, Art. 257b N 2a). Der Preistransparenz und der Bekämpfung von Lockvogelpolitik laufen die bundesgerichtlichen Erwägungen im hier besprochenen Urteil jedenfalls diametral zuwider.

b) Nicht überzeugend ist sodann die Überlegung des Bundesgerichts, der Vermieter habe bei der Festsetzung des Akontobetrages keinen Überblick über die künftig anfallenden Nebenkosten. Die Kosten für die Vergangenheit sind dem Vermieter im Allgemeinen bekannt und können zumindest bei Wohnungen als Schätzungsgrundlage für die Zukunft genommen werden (PÜNTENER, a.a.O., 15; skeptisch dazu allerdings HIGI, a.a.O., 605; a.M. offenbar das Mietgericht Uster in seinem Entscheid vom 4. September 2003, MRA 2003, 145 ff., spez. 149). *Dass nach Vertragsschluss eintretende Kostensteigerungen* – z.B. infolge Anstiegs der Heizölpreise, Erhöhung von Kehrichtabfuhrgebühren – ebenso wenig zulasten des Vermieters gehen *wie ein anderes Verbraucherverhalten des neuen Mieters im Vergleich zum früheren Mieter* – z.B. bestehend in einem höheren Wasserverbrauch – ist evident; denn der Mieter kann bei Vertragsschluss selbstredend nicht darauf vertrauen, dass die vereinbarten Akontozahlungen auch dann ausreichen werden, wenn die Nebenkosten wegen solcher Umstände steigen (im gleichen Sinn BSK OR I-WEBER, Art. 257b N 2a). Ebenso liegt es auf der Hand, dass der Mieter nicht darauf vertrauen kann, die Akontozahlungen würden (bei unveränderten Umständen) *genau* die künftig anfallenden Nebenkosten decken. In Frage stehen kann daher nur, ob der Mieter darauf

vertrauen darf, dass die vereinbarten Akontozahlungen die voraussichtlichen Nebenkosten *innerhalb eines gewissen Rahmens* decken werden (bejahend ein Entscheid des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 11. April 2003, MRA 2003, 143 ff.; verneinend das Mietgericht Uster, a.a.O., 149). Insofern ist dem Grundsatz nach ein Vergleich mit Art. 375 OR (verabredeter ungefährer Kostenansatz im Werkvertragsrecht), wie ihn in casu die Mieter angestellt haben, entgegen der Auffassung des Bundesgerichts (BGE 132 III 24 E. 5.1.2 S. 29 f.) durchaus möglich (ebenso das Zivilgericht Basel-Stadt, a.a.O., 145; ähnlich auch BSK OR I-Weber, Art. 257b N 2a). Zu diskutieren wäre dann nur noch, wie hoch die Toleranzgrenze anzusetzen ist. Ein Satz von 15% (so BSK OR I-Weber, Art. 257b N 2a) oder wohl eher 20% (so das Zivilgericht Basel-Stadt, a.a.O., 145; kritisch zu diesem Urteil Beat Rohrer, MRA 2006, 151 ff.) dürfte angemessen sein; Überschreitungen von 210% bis 260%, wie in casu, wären aber auf jeden Fall nicht akzeptierbar.

c) Schliesslich spricht eine weitere Überlegung gegen die Erwägungen im hier diskutierten Urteil. *Anders als der Mietinteressent verfügt der Vermieter in der Regel bei Vertragsschluss wie erwähnt über genügend Informationen, um die Akontozahlungen ohne Schwierigkeiten in angemessener Höhe ansetzen zu können.* Gegenteilig mag es sich bei der Erstvermietung von Neubauten (a.M. Thanei, a.a.O., 235, und Püntener, a.a.O., 15, welche die Auffassung vertreten, bei Neubauten könne von Erfahrungszahlen ausgegangen werden) und bei der Neuvermietung nach einer umfassenden Renovation (bei der z.B. die Wärmeisolation wesentlich verbessert wurde) sowie unter Umständen bei der Vermietung von Geschäftsräumen verhalten. Bei einem solchen *Wissensgefälle* ist im Grunde nicht einzusehen, weshalb ein Vermieter, welcher die Akontozahlungen signifikant zu tief ansetzt, geschützt werden soll. Nähme man das Bundesgericht beim Wort, so würde in Zukunft gelten: «Wer die Kosten kennt (der Vermieter), kann schweigen, wer sie nicht kennt (der Mieter), muss nachfragen» (Püntener, a.a.O., 15). Seine Rechtsprechung zum Vertrauensschutz des Mieters bei Mietzinserhöhungen im laufenden Mietverhältnis begründet das Bundesgericht unter anderem damit, dass es der Vermieter und nicht der Mieter sei, welcher die Elemente zur Bestimmung eines genügenden Ertrages kenne (Urteil des Bundesgerichts 4C.291/2001 vom 9. Juli 2002, E. 2b/cc). Wie Püntener es treffend ausdrückt, führt der hier diskutierte Entscheid bei der Festsetzung der Nebenkosten zu einer *Rollenumkehr,* indem der vertragsunkundige Teil sich über die ihm unbekannte Kostenstruktur erkundigen muss (Püntener, a.a.O., 16). Ob eine derartige *Verteilung der Aufklärungs- bzw. Nachfragelast* wirklich generell richtig ist – also z.B. auch dann, wenn sich ein Mietinteressent (anders als im vorliegenden Fall) gegenüber dem Vermieter in einer deutlich schwächeren Position befindet –, darf bezweifelt werden (anders Rohrer, a.a.O., 153).

d) Äusserst problematisch ist schliesslich die Erwägung des Bundesgerichts, da die Parteien frei seien, Akontozahlungen zu vereinbaren oder nicht, müsse es auch zulässig sein, vom Mieter nur eine tief bemessene Akontozahlung zu verlangen (BGE 132 III 24 E. 5.1.1 S. 29). Ist vertraglich vereinbart, dass (und welche) Nebenkosten der Mieter zu übernehmen hat, werden aber überhaupt keine Akontozahlungen verlangt, so kann der Mieter offenkundig nicht darauf vertrauen, er habe keine Nebenkosten zu tragen (ähnlich Püntener, a.a.O., 17). Werden indessen Vorauszahlungen vereinbart, so wird eben, wie das Bundesgericht selber ausführt, mancher Mieter beim Abschluss des Mietvertrages vermuten, dass diese Zahlungen ausreichen (ähnlich Tschudi, a.a.O., 175). Und eine solche Vermutung kann durchaus in ein berechtigtes Vertrauen münden, wenn (anders als im vorliegenden Fall) der Mieter schutzwürdig ist. Das müsste ihm dann die *Anfechtung des Vertrages nach den Willensmängelregeln ermöglichen,* wenn er sich – was in der Praxis allerdings selten vorkommen dürfte – vom Mietvertrag ganz lösen will (vgl. zum Ausschluss einer Teilanfechtung in einer solchen Fallkonstellation einlässlich das Mietgericht Uster, a.a.O., 146 ff. E. 2, sowie andeutungsweise Tschudi, a.a.O., 179), *oder in sinngemässer Anwendung von Art. 375 Abs. 2 OR zu einer angemessenen Herabsetzung der vom Mieter geschuldeten Nebenkostennachzahlung führen.*

Der vorliegende Fall erinnert an den Aphorismus «Hard cases make bad law»: Ein aufgrund der Umstände an sich klarer Fall wurde vom Bundesgericht zum Anlass genommen, Grundsätze auszusprechen, die für die Entscheidung des konkreten Falles nicht notwendig gewesen und im Einzelnen noch zu hinterfragen wären. Es ist nicht verwunderlich, dass diese vom Bundesgericht «festgeschriebenen» Grundsätze in der Literatur ebenso begrüsst (Tschudi, a.a.O.; Higi, a.a.O.) als auch äusserst kritisch beleuchtet wurden (BSK OR I-Weber, Art. 257b N 2a; Püntener, a.a.O.; Thanei, a.a.O., 233 f.;

THOMAS GABATHULER/PETER NIDERÖST, plädoyer 2006 Heft 3, 46 ff., spez. 51 f.). Verschiedentlich wurden dabei die bundesgerichtlichen Erwägungen über die fehlende Aufklärungspflicht des Vermieters gar als unreflektiert bezeichnet (THANEI, a.a.O., 233; GABATHULER/NIDERÖST, a.a.O., 52). Zu hoffen bleibt, dass das letzte Wort zu diesem Problemkreis noch nicht gesprochen ist. Den Vermietern ist vorsichtshalber zu empfehlen, sowohl im eigenen als auch – anders als das Bundesgericht meint – im Interesse der Mieter Akontozahlungen wenn immer möglich so festzulegen, dass keine hohen Nachzahlungen erforderlich werden (TSCHUDI, a.a.O., 179; ebenso bereits ROHRER, a.a.O., 153 f.).

2. Vorzeitige Auflösung eines Mietvertrages wegen einer Vertragsverletzung durch den Mieter

BGE 132 III 109 (4C.302/2005) = Pra 2007 Nr. 19 S. 104 ff. = mp 2006, 191 ff.

Im zwischen den Parteien geschlossenen Mietvertrag war der Verwendungszweck der Geschäftsräume mit «bureaux» umschrieben. Die Vormieterin, von welcher der Mieter den Vertrag übernommen hatte, hatte die Räumlichkeiten für Bürozwecke verwendet. Der neue Mieter hatte sich seinerzeit, als er sich für die Übernahme des Mietvertrages interessierte, als *Informatikberater* ausgegeben. In der Folge nutzte er die Mieträume indessen für den *Betrieb eines erotischen Massagesalons*. Die Vermieterin verlangte daraufhin unter Androhung einer ausserordentlichen Kündigung die Schliessung des Salons binnen zehn Tagen und eine vertragskonforme Verwendung der Räume. Als der Mieter diesem Begehren nicht nachkam, löste die Vermieterin den Mietvertrag gestützt auf Art. 257f Abs. 3 OR vorzeitig auf. Sowohl die beiden kantonalen Instanzen als auch das Bundesgericht gaben der Vermieterin (offenbar in einem *Ausweisungsverfahren nach Art. 274g OR*) Recht.

Für das Bundesgericht ist ebenso wie für die Vorinstanzen klar, dass der Mieter die Geschäftsräumlichkeiten *vertragswidrig* gebraucht hat. Da ein übereinstimmender Vertragswille der Parteien hinsichtlich des Verwendungszwecks der Lokalitäten durch die Vorinstanz nicht festgestellt wurde, muss nach dem Vertrauensprinzip ermittelt werden, wie der Mieter den Ausdruck «bureaux» im Zeitpunkt des Vertragsschlusses verstehen durfte. Büros werden, so das Bundesgericht, üblicherweise für hauptsächlich intellektuelle oder administrative Tätigkeiten verwendet, die sich in der Herstellung oder Bearbeitung von Dokumenten, im Abhalten von Besprechungen sowie in Telekommunikation niederschlagen. Erotische Massagen hätten mit einem solchen Nutzungsprofil nichts zu tun, und ein Massagesalon werde normalerweise («normalement» [sic!]) nicht in Büros betrieben.

Für eine ausserordentliche Kündigung nach Art. 257f Abs. 3 OR genügt eine bloss vertragswidrige Verwendung der Mieträume allerdings nicht. Das Gesetz verlangt weiter, *dass die Fortsetzung des Mietverhältnisses dem Vermieter oder den Hausbewohnern nicht mehr zuzumuten ist.* Die Vorinstanz nahm an, der Betrieb eines Massagesalons schaffe für den Vermieter per se, d.h. unabhängig von einer effektiven Beeinträchtigung, eine unzumutbare Situation. *Diese abstrakte Beurteilung verstösst nach Auffassung des Bundesgerichts gegen Art. 4 ZGB und Art. 257f Abs. 3 OR; auch wenn in den Mieträumen Prostitution betrieben werde, könne der Vermieter den Vertrag gestützt auf letztere Bestimmung nur auflösen, wenn er negative Auswirkungen zulasten der Nachbarschaft oder zu seinen Lasten nachweise.* Damit hätte das angefochtene Urteil an sich aufgehoben und die Sache zur Abnahme entsprechender (vom Vermieter in casu angebotener) Beweise an die Vorinstanz zurückgewiesen werden müssen.

Davon sieht das Bundesgericht indessen aus folgenden Überlegungen ab: In seinem Anwendungsbereich schliesse Art. 257f Abs. 3 OR die allgemeinen Leistungsstörungsregeln von Art. 107 OR aus (BGE 132 III 109 E. 5 S. 113). Ihrem Wortlaut nach umfasse diese Bestimmung Sorgfaltspflichtverletzungen des Mieters (Art. 257f Abs. 1 OR) sowie die Pflicht des Mieters zur Rücksichtnahme auf Hausbewohner und Nachbarn (Art. 257f Abs. 2 OR). Darüber hinaus habe das Bundesgericht diese Norm auch als anwendbar erklärt, wenn der Mieter die Sache in einer Weise gebrauche, die den vertraglichen Vereinbarungen widerspreche (BGE 123 III 124 E. 2a S. 126). Diese Rechtsprechung habe zur Folge, dass der Vermieter bei vertragswidriger Nutzung nur ausserordentlich kündigen könne, wenn diese Nutzung zu einer für ihn unzumutbaren Situation führe. Der Vermieter habe indessen ein legitimes Interesse, bei Geschäftsmietverträgen Nutzungseinschränkungen in den Vertrag aufzunehmen. Die Freiheit zu solchen vertraglichen Regelungen werde eingeschränkt, wenn der

Vermieter bei den vertraglichen Vereinbarungen widersprechender Nutzung nur unter der Voraussetzung reagieren könne, dass er die Unzumutbarkeit der Situation nachweise. Das finde im Gesetz keine Stütze. Die Formalien von Art. 257f Abs. 2 und Art. 266l OR müsse der Vermieter zwar wahren (was in casu ohne weiteres zutraf), aber auf das Erfordernis der Unzumutbarkeit sei zu verzichten (BGE 132 III 109 E. 5 S. 113 ff.).

Dem Urteil ist im Ergebnis ohne Einschränkung zuzustimmen: *Es leuchtet ohne weiteres ein, dass sich ein Grundeigentümer, der Büroräumlichkeiten vermietet, den Betrieb eines erotischen Massagesalons in den Mieträumen nicht gefallen lassen und daher befugt sein muss, das Mietverhältnis aufzulösen, wenn eine Abmahnung fruchtlos bleibt* (CR CO I-LACHAT, Art. 253 N 7; a.M. offenbar PERMANN, Art. 257f N 10, mit m.E. nicht einschlägigen Nachweisen [!], der beim Betrieb eines Bordells in einem Wohnhaus den Nachweis verlangt, dass dies geeignet sei, den guten Ruf des Hauses zu beeinträchtigen). Problematisch ist aber die in den Einzelheiten unklare Begründung, weshalb es denn auch schwer fällt, die Tragweite dieses Entscheids abzuschätzen. In der Literatur wurde er – was dessen Begründung betrifft – zu Recht einlässlich kritisiert (PETER HIGI, AJP 2006, 882 ff.; ANDREAS MAAG, MRA 2006, 127 ff.). In seinen Erwägungen deutet das Bundesgericht an, dass sich im Mietrecht das Recht des Vermieters auf Vertragsauflösung wegen vertragswidrigen Gebrauchs der Sache durch den Mieter nicht nach Art. 257f Abs. 3 OR, *sondern nach Art. 107 OR und damit nach den Schuldnerverzugsregeln des Allgemeinen Teils des OR beurteilt.* Klar geht das aber aus dem Entscheid nicht hervor (HIGI, a.a.O., 884; MAAG, a.a.O., 132; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II Erfüllung und Nichterfüllung der Obligationen, Bern 2006, § 58 N 9 in fine). Gleichzeitig scheint sich das Urteil damit als Praxisänderung gegenüber BGE 123 III 124 E. 2a S. 126 zu präsentieren (MAAG, a.a.O., 131, spricht plastisch von einer «erneuten Kehrtwende»). Dort hatte das Bundesgericht erklärt, Art. 257f OR sei insofern zu eng, als er den Mieter nicht allein zu einem sorgfältigen und rücksichtsvollen, sondern auch zu einem vertragsgemässen Gebrauch der Mietsache verpflichte (vgl. dazu auch BSK OR I-WEBER, Art. 257f N 1).

Von einer Praxisänderung im eigentlichen Sinne könnte allerdings nicht gesprochen werden, falls das Bundesgericht in casu wirklich entschieden haben sollte, eine Vertragsauflösung wegen vertragswidrigen Gebrauchs der Mietsache beurteile sich nach den Schuldnerverzugsregeln. Denn bei der erwähnten Aussage in BGE 123 III 124 handelte es sich nur um ein obiter dictum. Das Bundesgericht hatte damals gar keinen Fall eines vertragswidrigen Gebrauchs zu beurteilen, sondern einen Fall, in dem der Mieter seiner Verpflichtung nicht nachkam, allfällige Bauhandwerkerpfandrechte abzulösen. Das Recht des Vermieters zur Vertragsauflösung wegen einer derartigen Vertragsverletzung unterstellte das Bundesgericht seinerzeit den allgemeinen Schuldnerverzugsregeln von Art. 107 ff. OR und nicht Art. 257f OR.

Die Begründung sowohl im damaligen als auch im hier besprochenen Urteil ist dogmatisch nicht sauber. *Nach traditioneller Auffassung sind die Art. 107 ff. OR auf die Verletzung von Hauptpflichten bei zweiseitigen Verträgen ausgerichtet und nicht auf die Verletzung von Nebenpflichten, die ausserhalb des Synallagmas stehen* (EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, 366; BK-WEBER, Art. 107 OR N 12, ähnlich PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 2. Aufl., Zürich 2003, N 3035 ff., und A. KOLLER, a.a.O., § 58 N 9). Die Pflicht zur Ablösung von Bauhandwerkerpfandrechten gehört nun offenkundig nicht zu den Hauptpflichten des Mieters im Mietvertrag (HIGI, a.a.O., 885). Dasselbe gilt auch für die Pflicht des Mieters zum vertragsgemässen Gebrauch, wie sie im vorliegenden Fall zur Diskussion stand. Betroffen sind in beiden Fällen Nebenpflichten. Nun ist sich die Lehre allerdings einig, dass dem Gläubiger unter gewissen Umständen auch bei Nebenpflichtverletzungen in analoger Anwendung von Art. 107 ff. OR das Recht zur Vertragsauflösung zustehen muss (BK-WEBER, Art. 107 N 12; ähnlich GAUCH/SCHLUEP/REY, a.a.O., N 3038). Das setzt allerdings eine *schwerwiegende Pflichtverletzung* (BK-WEBER, Art. 97 N 270; BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 58; A. KOLLER, a.a.O., § 58 N 8 ff.) oder – wie es WIEGAND treffend ausdrückt – eine *wesentliche Vertragsverletzung* voraus, bei deren Interpretation man sich an Art. 25 UN-Kaufrecht orientieren kann (BSK OR I-WIEGAND, Art. 107 N 4, m.Nw.; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006, Rz. 68.09 f.; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 2006, N 642; im gleichen Sinne BK-WEBER, Art. 97 N 270; weniger weit gehend CR

CO I-THÉVENOZ, Art. 107 N 6 f.). Die herrschende Lehre verlangt, dass die Pflichtverletzung geeignet sein muss, *das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien zu erschüttern, sodass eine Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zumutbar ist* (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 58, m.Nw.; BK-WEBER, Art. 97 N 270; A. KOLLER, a.a.O., § 58 N 10; a.M. CR CO I-THÉVENOZ, Art. 107 N 6, der die Rechtsmissbrauchsschranke genügen lassen will). Nur vereinzelt wird die These vertreten, bei einer nicht wesentlichen Schlechterfüllung komme ein Rücktritt erst – aber immerhin auch – nach erfolgloser Nachfristansetzung in Betracht (SCHWENZER, a.a.O., Rz. 68.10).

Mit all diesen Gesichtspunkten setzt sich das Bundesgericht in casu nicht auseinander. Dazu hätte aber Anlass bestanden, wenn schon die Regeln des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts und nicht Art. 257f Abs. 3 OR zur Anwendung kommen sollten (was aus den bundesgerichtlichen Erwägungen wie erwähnt nicht klar hervorgeht). Denn im vorliegenden Fall stand, wie HIGI zu Recht ausführt, *eine positive Vertragsverletzung des Mieters* zur Diskussion (HIGI, a.a.O., 884). Das Bundesgericht hätte dann entweder die Auffassung vertreten können, bei einer positiven Vertragsverletzung sei im Falle einer fruchtlosen Abmahnung eine Vertragsauflösung unabhängig von der Schwere der Pflichtverletzung zulässig. Oder es hätte sich der herrschenden Lehre anschliessen und für die Vertragsauflösung eine wesentliche Pflichtverletzung verlangen können. Dann bestünde letztlich aber kein Unterschied zu Art. 257f Abs. 3 OR, der das Recht zur Vertragsauflösung ausdrücklich davon abhängig macht, dass dem Vermieter oder den Hausbewohnern die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht mehr zuzumuten ist. Um eine Prüfung der Frage, ob das in casu der Fall gewesen wäre, wäre dann das Bundesgericht nicht herumgekommen.

MAAG hat aus dem hier besprochenen Urteil abgeleitet, dass der Vermieter bei der Verletzung von vertraglichen Bestimmungen, welche den Gebrauch oder die Nutzung der Mietsache einschränken, generell vom Nachweis der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses entbunden sei (MAAG, a.a.O., 134). Er ist der Auffassung, *Verstösse gegen vertragliche Abmachungen,* z.B. gegen ein Tierhaltungs- oder ein Rauchverbot, *würden immer schwer wiegen, weil die Abmachungen für den Vermieter eine wesentliche Vertragsgrundlage seien; entsprechende Verstösse seien daher objektiv und per se unzumutbar* (MAAG, a.a.O., 134). Ob eine solche Lösung sachlich angemessen wäre, ist fraglich. Soll ein Vermieter wirklich zur ausserordentlichen Kündigung berechtigt sein, wenn ein Mieter in Verletzung eines vertraglich vereinbarten Haustierverbots einen Kanarienvogel hält, der niemanden stört? Unter diesen Umständen müsste man den Vermietern raten, in umfangreichen Vertragsdokumenten jede nur erdenkliche Kleinigkeit vertraglich zu regeln, sodass sie unliebsame Mieter – natürlich stets unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbots – relativ einfach vorzeitig loswerden könnten (im Ansatz ähnlich PIERRE WESSNER, DdB 2006, 21 Ziff. 9). *Ein solches die Kautelarjurisprudenz förderndes Ergebnis wird man indessen (hoffentlich) kaum in BGE 132 III 109 hineinlesen können.*

Im Interesse der Klarheit wäre nach meinem Dafürhalten die folgende Lösung vorzuziehen: Das Recht des Vermieters zur ausserordentlichen Kündigung beurteilt sich bei jeder Pflichtverletzung des Mieters (ausser beim Zahlungsverzug, dessen Folgen in Art. 257d OR geregelt sind) nach Art. 257f Abs. 3 OR. Insoweit ist dem Bundesgericht zuzustimmen, wenn es den Wortlaut dieser Bestimmung für zu eng hält (BGE 123 III 124 E. 2a S. 126). Demgemäss kann der Vermieter nicht nach den allgemeinen Schlechterfüllungsregeln vom Vertrag zurücktreten, sondern hat die *Formalien von Art. 257f Abs. 3 OR* (schriftliche Mahnung; Einhaltung von Kündigungsfrist und Kündigungstermin bei Wohn- und Geschäftsräumen) zu beachten. Dies ist soweit ersichtlich unbestritten (BGE 132 III 109 E. 5 S. 114 f.; HIGI, a.a.O., 886; BEAT ROHRER, MRA 1997, 113 ff., spez. 118). *Materiell setzt das Kündigungsrecht eine gewisse Schwere der Pflichtverletzung voraus,* die im Einzelfall zu beurteilen ist. Wiederholte leichte Vertragsverletzungen, die trotz Abmahnung nicht aufhören, könnten dabei je nach den Umständen als genügend gravierend qualifiziert werden, um eine vorzeitige Auflösung des Vertrages nach Art. 257f Abs. 3 OR zu rechtfertigen (von der Lehre werden diese Fälle z.T. unter Art. 266g OR subsumiert [ZK-HIGI, Art. 266g N 51; SVIT-Kommentar, Art. 266g N 16; ähnlich wohl PERMANN, Art. 266g N 8]). Auf das Kriterium der Schwere der Vertragsverletzung in gewissen Fallkonstellationen generell zu verzichten, geht meines Erachtens zu weit (im Ansatz ähnlich wohl WESSNER, a.a.O., Ziff. 9).

In casu hätte das Bundesgericht den Fall bei dieser Lösung ebenfalls nicht an die Vorinstanz zur Vornahme weiterer Abklärungen zurückweisen müssen. *Dem Vermieter von Büroräumlichkeiten kann die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden, wenn*

der Mieter im Mietobjekt einen erotischen Massagesalon betreibt. Diese Vertragsverletzung ist per se hinreichend schwer (ähnlich MAAG, a.a.O, 131). *Des Nachweises, dass sich der Betrieb des Salons konkret störend auswirkt, bedarf es nicht* (Abweichendes würde gelten, wenn das Mietobjekt zur Ausübung der Prostitution überlassen wurde [SVIT-Kommentar, Art. 257f N 21]). Mit den gewandelten Anschauungen in unserer wertpluralistischen Gesellschaft, die es im Zusammenhang mit Art. 257f OR dem Grundsatz nach durchaus zu berücksichtigen gilt (so zutreffend ZK-HIGI, Art. 257 f N 18), hat dies nichts zu tun. Ob der Betrieb eines Massagesalons heute noch gegen die guten Sitten verstösst oder geeignet ist, den guten Ruf eines Hauses zu stören, braucht nicht geprüft zu werden. Dass ein solcher Betrieb aber geeignet ist, erhebliche störende Immissionen zu verursachen, ist ebenso notorisch wie der vom Bundesgericht berücksichtigte Umstand, dass ein solcher Salon «normalerweise» (BGE 132 III 109 E. 3 S. 112) nicht in Büros betrieben wird. Das hätte genügen müssen (a.M. wohl PERMANN, Art. 257f N 10). Mit dem dem Urteil des Bundesgerichts 4C.267/1994 vom 10. Januar 1995 zugrunde liegenden Fall (mp 1996, 7 ff.) lässt sich der vorliegende nicht vergleichen: Dort stand lediglich die «sporadische Prostitution» einer Mieterin in einem Einfamilienhaus zur Diskussion (vgl. dazu auch PERMANN, Art. 257f N 8); dann mag es – vielleicht – angehen, vom kündigenden Vermieter einen zusätzlichen Nachweis zu verlangen, dass die Vertragsverletzung schwerwiegt.

Nur der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass die Vermieterin im vorliegenden Fall den Vertrag auch nach Art. 28 OR *wegen absichtlicher Täuschung hätte anfechten können* (gl.M. MAAG, a.a.O., 132). Das Bundesgericht selbst spricht von einer Täuschung, die «blâmable» sei (BGE 132 III 109 E. 4 S. 113). Die Gerichte konnten den Fall aber so, wie er sich präsentierte, nicht – in Umdeutung der Kündigung in eine Anfechtung – unter dem Gesichtspunkt der Willensmängelregeln prüfen (was MAAG, a.a.O., 132, übersieht). Denn die Vermieterin hat mit der von ihr ausgesprochenen Kündigung ein vertragliches Recht geltend gemacht, was nach – soweit Vertragsaufhebungen betroffen sind, äusserst problematischer – Rechtsprechung des Bundesgerichts eine Genehmigung des willensmängelbehafteten Vertrages i.S.v. Art. 31 OR bedeutete (BGE 127 III 83 E. 1b S. 85 f. betreffend Wandelung eines Kaufvertrages). Damit hatte sie sich die Möglichkeit der Willensmängelanfechtung genommen.

Und zum Schluss noch dies: Der Mietvertrag war im vorliegenden Fall auf den 31. Mai 2006 befristet. Die Vermieterin sprach die ausserordentliche Kündigung am 16. April 2003 korrekt mit Wirkung auf den 31. Mai 2003 aus. Das letztinstanzliche Urteil datiert vom 9. Januar 2006, wurde also kurz vor dem ordentlichen Ablauf des Vertrages gefällt. Viel gewonnen hat die Vermieterin somit nicht, zumal das Ausweisungsurteil noch zu vollstrecken war. Das ist die Folge einer *letztlich nicht mehr tragbaren Verfahrensdauer* (gl.M. MAAG, a.a.O., 136 f.), wobei immerhin das Bundesgericht soweit ersichtlich den Fall relativ rasch beurteilt hat. Mieter, welche den Vertrag in derart gravierender Weise verletzen, sollten nicht nur im Interesse des Vermieters, sondern insbesondere auch der andern Mieter in der gleichen Liegenschaft und der Nachbarn, wesentlich rascher ausgewiesen werden können.

3. Grundlagenirrtum bei einem Erstreckungsvergleich

BGE 132 III 737 (4C.194/2006)

Y. veräusserte im Jahr 2000 seine Liegenschaft an die Y. Immobilien AG, die er als Alleinaktionär und Verwaltungsratspräsident beherrscht. Den Mietern X. wurde diese Handänderung nicht mitgeteilt. Im Jahr 2002 kündigte Y. den Mietvertrag mit den X. mit der Begründung «Eigenbedarf». Im folgenden Schlichtungsverfahren schlossen die Parteien einen Vergleich, in dem die Mieter X. die Gültigkeit der Kündigung anerkannten und das Mietverhältnis letztmalig bis 30. Juni 2005 erstreckt wurde. Als die Mieter im Jahr 2004 erfuhren, dass seit dem Jahr 2000 nicht mehr Y., sondern die Y. Immobilien AG Eigentümerin der Liegenschaft war, reichten sie bei der zuständigen Schlichtungsstelle ein *Revisionsbegehren* mit den Anträgen ein, *es sei festzustellen, dass der anlässlich der Schlichtungsverhandlung geschlossene Vergleich für die Kläger wegen Irrtums über die Person des Vermieters unverbindlich sei.* Sämtliche kantonalen Instanzen wiesen das Begehren ab. Das Bundesgericht heisst die Berufung der Mieter gut.

In Frage stand im vorliegenden Fall ein *Grundlagenirrtum* nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR. Grundsätzlich unterliegt auch ein gerichtlicher Vergleich den Irrtumsregeln. Als irrtumsrelevante Tatsachen kommen dabei allerdings nur Umstände in Betracht, die von beiden

Parteien oder von der einen für die andere erkennbar dem Vergleich als feststehend zugrunde gelegt worden sind; ausgeschlossen ist dagegen die Irrtumsanfechtung, soweit sie einen zweifelhaften Punkt betrifft, der nach dem Willen der Parteien durch den Vergleich endgültig geregelt werden sollte (BGE 130 III 49 E. 1.2 S. 51 f.; vgl. zur Irrtumsanfechtung von Vergleichen allgemein BSK OR I-SCHWENZER, Vor Art. 23–31 N 16, m.w.Nw.). In casu machten die Mieter einen *Irrtum über die Person des Vermieters* und damit einen Irrtum über einen Sachverhalt geltend, den sie seinerzeit im ersten Prozess als feststehend annehmen durften. Die Irrtumsanfechtung war daher prinzipiell zulässig.

Dass der geltend gemachte Irrtum einen Sachverhalt betraf, der eine Grundlage des Vergleichsvertrages gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR bildete, ist offenkundig (a.M. offenbar RAOUL FUTTERLIEB, MRA 2007, 71 f.). Mit der Veräusserung der fraglichen Liegenschaft gingen sämtliche Mietverhältnisse ex lege mit allen Rechten und Pflichten auf die Käuferin über (Art. 261 Abs. 1 OR; BSK OR I-WEBER Art. 261 N 4); *der Veräusserer verlor damit seine Vermieterstellung. Die vom ihm danach ausgesprochene «Kündigung» des Mietvertrages ist nichtig,* weil sie nicht vom Vermieter, sondern von einer am Mietvertrag gar nicht mehr beteiligten Person ausging. Diese Nichtigkeit wäre im ersten Verfahren offenkundig festgestellt worden, wenn den Mietern und der Schlichtungsstelle der Handwechsel an der fraglichen Liegenschaft bekannt gewesen wäre, und das Verfahren hätte so zugunsten der Mieter beendet werden können. *Diese hätten dann evident keinen Anlass gehabt, einem Vergleich zuzustimmen.*

Die kantonalen Instanzen haben dem Irrtum der Mieter die Wesentlichkeit mit der Überlegung abgesprochen, es hätte sich am Erstreckungsvergleich nichts oder nur minim etwas geändert, wenn dieser mit der richtigen Vermieterin, d.h. der Y. Immobilien AG, abgeschlossen worden wäre. Auch die Anfechtung der Kündigung hätte den Klägern nur die Verzögerung einer neuen Kündigung mit erneutem Verfahren gebracht, da der Beklagte die Kündigung auch in seiner Eigenschaft als Alleinaktionär und Verwaltungsrat der AG ausgesprochen hätte, weshalb das Mietverhältnis früher oder später ohnehin enden würde. Diese reichlich krude Begründung wird vom Bundesgericht unter dem Gesichtspunkt von Art. 25 Abs. 1 OR geprüft und zu Recht verworfen. Nach dieser Bestimmung ist die Irrtumsanfechtung unstatthaft, wenn sie gegen Treu und Glauben verstösst. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn die Berufung auf Irrtum dem Irrenden kaum Vorteile, dem Anfechtungsgegner aber schwere Nachteile bringt. In casu hätte das nur bejaht werden können, *wenn es praktisch auf dasselbe herausgekommen wäre, ob die Kündigung vom Alleinaktionär oder von der AG ausgesprochen worden wäre.* Das ist aber offenkundig nicht zutreffend, wie das Bundesgericht richtig festhält. Begründet wurde die Kündigung seinerzeit nicht mit Eigenbedarf der AG, sondern mit «Eigenbedarf» des Y. Ob sich eine AG im Kündigungsschutzverfahren wirksam auf den «Eigenbedarf» ihres Alleinaktionärs berufen kann, ist in der Literatur umstritten; das Bundesgericht hat die Zulässigkeit eines solchen «Durchgriffs» in einem obiter dictum verneint (Urteil des Bundesgerichts 4C.139/2000 vom 10. Juli 2000, E. 2b). Jedenfalls hätte es sein können, dass bei einer Kündigung durch die AG der angerufene Kündigungsgrund unbeachtlich gewesen wäre und die Kündigung daher gegen Treu und Glauben verstossen hätte, was sogar eine Sperrfrist nach Art. 271a Abs. 1 lit. e OR zugunsten der Mieter ausgelöst hätte. Selbst wenn aber der «Eigenbedarf» des Alleinaktionärs von der AG grundsätzlich geltend gemacht werden könnte – was das Bundesgericht im vorliegenden Fall offen lässt –, darf bei der Beurteilung der Frage, ob die Irrtumsanfechtung der Mieter gegen Treu und Glauben verstösst, der *rein hypothetische Ermessensentscheid des Sachrichters bei der Abwägung der Interessen der AG einerseits und der Mieter andererseits* nicht vorweggenommen werden.

Der Entscheid ist im Ergebnis überzeugend (a.M. FUTTERLIEB, a.a.O., 71 f.; neutral THOMAS GABATHULER/PETER NIDERÖST, plädoyer 2007 Heft 3, 38 ff., spez. 45). Im Grunde haben die kantonalen Vorinstanzen eine Art «Durchgriff» zugunsten von AG und Alleinaktionär vorgenommen. Das geht indessen nicht an. Ein Durchgriff kann nur von der Gegenseite zu ihren Gunsten geltend gemacht werden, wenn das Vorschieben einer AG rechtsmissbräuchlich ist. *Einen Durchgriff in umgekehrter Richtung dagegen gibt es nicht;* AG und Aktionär haben sich auf der von ihnen gewählten Gestaltung der Verhältnisse behaften zu lassen (BGE 121 III 319 E. 5b/bb S. 323; 72 II 67 E. 3c S. 77 vgl. auch ROLAND VON BÜREN/WALTER A. STOFFEL/ROLF H. WEBER, Grundriss des Aktienrechts, 2. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 78). Es ist zu begrüssen, dass das Bundesgericht Ordnung in das von den Vorinstanzen angerichtete Chaos gebracht hat. Ob die einlässliche Begründung des Bundesgerichts allerdings nötig

war, kann offenbleiben. Immerhin hatte das Bundesgericht so Gelegenheit darzulegen, *dass eine Kündigung durch die AG mietrechtlich schlicht nicht dasselbe ist wie eine Putativ-Kündigung durch den Alleinaktionär* (was im Grunde eine Selbstverständlichkeit ist).

Nur nebenbei sei erwähnt, dass das Vorspiegeln der Vermieterstellung durch den Alleinaktionär wohl auch den Tatbestand der *absichtlichen Täuschung* gemäss Art. 28 OR erfüllt hätte. Dies war in casu indessen nicht zu prüfen, weil sich die Mieter nicht auf Täuschung berufen haben. Zu Recht nicht thematisiert wurde im Übrigen auch die Frage, ob die Berufung der Mieter auf Willensmängel wegen der *Öffentlichkeit des Grundbuches* ausgeschlossen sei. Die *Kenntnisfiktion* von Art. 970 Abs. 4 ZGB kann nicht bewirken, dass unter Vertragspartnern Kenntnis eines eingetragenen Rechts vorausgesetzt wird (Urteil des Bundesgerichts vom 20. Februar 1997, E. 3, ZBGR 1998, 49 ff., spez. 55), dementsprechend könnte auch nicht fingiert werden, Wohn- oder Geschäftsraummieter hätten im laufenden Mietverhältnis wegen der Öffentlichkeit des Grundbuches stets Kenntnis von einem Eigentümer- und damit auch von einem Vermieterwechsel.

Eine Frage allerdings bleibt: War eine Anfechtung des Vergleichs im vorliegenden Fall effektiv erforderlich, bzw. *hatten die Mieter überhaupt ein rechtlich geschütztes Interesse an der Feststellung ihres Irrtums und an der gerichtlichen Aufhebung des willensmangelbehafteten Vergleichs?* Formell gesehen hatten sich die Mieter mit dem Vergleich nur gegenüber Y., nicht aber gegenüber der Y. Immobilien AG, zum Auszug aus der Mietwohnung per 30. Juni 2005 verpflichtet. Eine Beendigung des Mietverhältnisses mit der Y. Immobilien AG haben sie nie anerkannt. Da der Mietvertrag nicht gültig gekündigt war, hätte er auch ohne Irrtumsanfechtung weitergedauert. Die Y. Immobilien AG hätte aus dem Vergleich nichts für sich ableiten können, da er offensichtlich nicht zu ihren Gunsten geschlossen worden war.

Dennoch waren die Mieter gut beraten, die Unverbindlichkeit des Vergleichs mit einem Revisionsbegehren geltend zu machen, und die Gerichte hätten wohl ein Rechtsschutzinteresse nicht verneinen dürfen. Denn zum einen hätte die Rechtslage für die Mieter heikel werden können, wenn die AG die Liegenschaft an den Aktionär zurückveräussert hätte. Zum andern tönt das Bundesgericht an, die Kläger müssten sich – wenn die Anfechtung nicht zugelassen würde – den Vorwurf gefallen lassen, gegen einen gültigen Vergleich verstossen

zu haben, indem sie nach dem 30. Juni 2005 im Mietobjekt verblieben. Diese Erwägung ist allerdings in höchstem Masse bedenklich. *Kann es wirklich sein, dass der zwischen den Mietern und einem «Pseudo-Vermieter» geschlossene Vergleich bei unterlassener Irrtumsanfechtung zugunsten des echten Vermieters wirkt? Wäre es wirklich sachgerecht, dass diesfalls die AG vom Salat profitieren könnte, den ihr Alleinaktionär (ohne Not!) angerichtet hat?* Besser wäre es gewesen, zwar das Rechtsschutzinteresse der Mieter zu bejahen – denn diese hatten ein legitimes Interesse an einer Klarstellung der verworrenen Sachlage –, gleichzeitig aber zu betonen, dass der Vergleich auch ohne Irrtumsanfechtung unwirksam gewesen wäre, weil er mit einer am Mietverhältnis nicht beteiligten Person abgeschlossen worden war.

4. Einleitungsverfahren bei einem Mietzinsherabsetzungsbegehren im laufenden Mietverhältnis

BGE 132 III 702 (4C.198/2006)

Mieter B. verlangte vor der zuständigen Schlichtungsstelle und im anschliessenden Gerichtsverfahren eine Herabsetzung des Mietzinses, ohne vorgängig beim Vermieter ein Herabsetzungsbegehren gemäss Art. 270a Abs. 2 OR zu stellen, und drang damit bei den kantonalen Instanzen durch. *Vor Bundesgericht macht der Vermieter mit Erfolg geltend, auf die Herabsetzungsklage sei nicht einzutreten.*

Zur Begründung führt das Bundesgericht aus, der Kläger hätte gestützt auf Art. 270a Abs. 2 OR dem Beklagten zunächst Gelegenheit geben müssen, zum Herabsetzungsbegehren Stellung zu nehmen. Weil er dies unterlassen habe, sei er nicht berechtigt gewesen, Klage beim Mietgericht einzureichen. Indem das Obergericht *trotz fehlender Prozessvoraussetzung* auf die Klage eingetreten sei, habe es Bundesrecht verletzt (BGE 132 III 702 E. 4.4 S. 707).

Dieser Entscheid ist von grundlegender Bedeutung, denn bisher hatte sich das Bundesgericht nie ausdrücklich zur Frage geäussert, ob die Durchführung des parteiinternen Vorverfahrens gemäss Art. 270a Abs. 2 OR Voraussetzung für die Einleitung des Schlichtungsverfahrens sei (BGE 132 III 702 E. 4 S. 704). In einem nicht amtlich publizierten Entscheid hatte zwar das Bundesgericht – nebenbei – die Einhaltung des in Art. 270a Abs. 2 OR vorgesehenen Vorverfahrens als

Prozessvoraussetzung bezeichnet (Urteil des Bundesgerichts 4C.328/2005 vom 9. Dezember 2005, E. 3), musste aber über die hier interessierende Frage nicht befinden. In BGE 122 III 20 E. 4c S. 24 dagegen sprach das Bundesgericht im Zusammenhang mit Art. 270a Abs. 2 OR von *blossen Ordnungsvorschriften,* und in einem Urteil vom 18. Oktober 1995 (mp 1995, 221 f.) führte es aus, *das Vorverfahren habe nicht die Bedeutung einer Gültigkeitsvoraussetzung für das Herabsetzungsverfahren,* sondern diene als Ordnungsvorschrift der Klarstellung des Zeitpunktes, auf den die Herabsetzung wirksam werde, einerseits und der gegenseitigen Klärung der Gründe für und gegen die Herabsetzung seitens der Parteien andererseits. Diese höchstrichterlichen Erwägungen hatten Auswirkungen auf die Literatur: Denn anders als das Bundesgericht im hier besprochenen Entscheid ausführt (BGE 132 III 702 E. 4.2 S. 705), ging die Lehre bisher nicht «mehrheitlich» davon aus, dass das Parteiverfahren als eigentliche Prozessvoraussetzung zwingend eingehalten werden müsse; vielmehr war die Literatur gespalten: Während der SVIT-Kommentar und HIGI die nun vom Bundesgericht übernommene Auffassung vertreten (SVIT-Kommentar, Art. 270a N 28 [anders noch die Vorauflage, Art. 270a N 18]; ZK-HIGI, Art. 270a N 6), haben PERMANN und LACHAT/STOLL/BRUNNER unter Berufung auf die erwähnte missverständliche bundesgerichtliche Rechtsprechung (vgl. dazu unten) ausgeführt, *das Vorverfahren sei nicht Gültigkeitserfordernis* (PERMANN, Art. 270a N 3; LACHAT/STOLL/BRUNNER, 276 Rz. 4.3.1), und WEBER sprach dem Parteiverfahren bloss *informellen Charakter* zu (BSK OR I-WEBER, 3. Aufl. 2003, Art. 270a N 6a).

Nunmehr ist klargestellt, dass *das Einleitungsverfahren grundsätzlich nicht fakultativ ist* (BSK OR I-WEBER, 4. Aufl. 2007, Art. 270a N 6a). Gemäss ausdrücklicher Gesetzesvorschrift ist ein parteiinternes Herabsetzungsverfahren nur dann nicht erforderlich, wenn der Mieter eine Mietzinserhöhung anficht und im Anfechtungsverfahren im Gegenzug ein Herabsetzungsbegehren stellt (Art. 270a Abs. 3 OR). Darüber hinaus ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kein erneutes Einleitungsverfahren nötig, wenn im vor den Behörden bereits hängigen Herabsetzungsverfahren neue Herabsetzungsgründe eintreten; der Mieter kann diesfalls neue Herabsetzungsforderungen ohne vorgängiges Parteiverfahren einbringen, solange das kantonale Prozessrecht dies zulässt (BGE 122 III 20 E. 4c S. 25; Urteil des Bundesgerichts 4C.328/2005 vom 9. Dezember 2005, E. 3; kritisch dazu

SVIT-Kommentar, Art. 270a N 40, sowie GENOVEVA LAHMADI-SUTTER, MRA 1996, 157 ff.). Das Vorverfahren gemäss Art. 270a Abs. 2 OR *soll eine gütliche Einigung unter den Parteien ermöglichen;* es ist aber dann nicht mehr sinnvoll, wenn die Parteien bereits in einem behördlichen Anfechtungs- oder Herabsetzungsverfahren über den Mietzins streiten (BGE 132 III 702 E. 4.1 S. 704; BGE 122 III 20 E. 4c S. 24). Sonst aber dient es im Wesentlichen dazu, das Herabsetzungsverfahren zu vermeiden, indem dem Vermieter vor Einleitung des Schlichtungsverfahrens die Möglichkeit zur freiwilligen Mietzinsreduktion eröffnet wird (BGE 132 III 702 E. 4.2 S. 705).

Gegen die Klarstellung der Rechtslage durch das Bundesgericht an sich ist nichts einzuwenden. Art. 270a Abs. 2 OR wäre weitgehend sinnlos, wenn es dem Belieben des Mieters anheimgestellt würde, ob er vor dem behördlichen Herabsetzungsverfahren zuerst an den Vermieter gelangen will oder nicht; eine besondere gesetzliche Bestimmung für ein derartig fakultatives «Vorverfahren» wäre nicht erforderlich. Problematisch ist aber, dass das Bundesgericht das Prinzip, wonach das Einleitungsverfahren – von den erwähnten Ausnahmefällen abgesehen – obligatorisch ist, bereits im vorliegenden Fall angewandt und nicht erst pro futuro für massgebend erklärt hat. Denn das Bundesgericht muss selbst zugeben, dass die von ihm in BGE 122 III 20 E. 4c S. 24 gewählte Formulierung zu Missverständnissen führen «könnte» (sic! [BGE 132 III 702 E. 4.2 S. 705]). Es mag sein, dass sich der frühere Hinweis, es handle sich um Ordnungsvorschriften, auf die einzelnen Formerfordernisse des Art. 270a Abs. 2 OR, nämlich das an den Vermieter gerichtete schriftliche Begehren, das Abwarten der Antwort während einer bestimmten Frist und die anschliessende fristgemässe Einleitung des Schlichtungsverfahrens, bezog. Wenn überhaupt, erschliesst sich dieser Bezug allerdings nur bei sehr genauer Lektüre von BGE 122 III 20 E. 4c S. 24, und auch das ist eigentlich nicht zwingend; jedenfalls haben – wie gezeigt – verschiedene Autoren die damalige Erwägung des Bundesgerichts sowie seine Ausführungen im Urteil vom 18. Oktober 1995 (mp 1995, 221 f.) anders interpretiert. Dass das Bundesgericht die von ihm seinerzeit selbst verursachte Missverständlichkeit in casu nicht zugunsten des Klägers berücksichtigt, ist ausserordentlich problematisch.

Bemerkenswert ist schliesslich noch die Erwägung des Bundesgerichts, das Vorverfahren könne für den Vermieter von Bedeutung sein, weil er – indem er in diesem Verfahren dem Anliegen des Mie-

ters nachkomme – die dreijährige Kündigungssperre nach Art. 271a Abs. 1 lit. e Ziff. 4 OR bei einer gütlichen Einigung im Schlichtungsverfahren verhindern könne. In der Tat mag es für einen Vermieter, der sich die Dispositionsfreiheit über das Mietobjekt erhalten will, sinnvoll sein, dem Begehren des Mieters auf Herabsetzung des Mietzinses auch dann nachzukommen, wenn er eigentlich (aus was für Gründen auch immer) den Mietzins nicht herabsetzen möchte. Entspricht der Vermieter dem Begehren des Mieters, ohne dass darüber eine Auseinandersetzung geführt wird, so kommt auch die Kündigungssperre von Art. 271a Abs. 1 lit. e i.V.m. Abs. 2 OR nicht zur Anwendung (BGE 130 III 563 und dazu THOMAS KOLLER, ZBJV 2005, 322 ff.). Bei einer späteren Kündigung durch den Vermieter könnte sich dann der Mieter im Anfechtungsverfahren bloss auf Art. 271a Abs. 1 lit. a OR *(Rachekündigung)* berufen. Die Schutzwirkung dieser Norm ist allerdings wesentlich schwächer als die Kündigungssperre von Art. 271a Abs. 1 lit. e Ziff. 4 OR, weil sich bei der Rachekündigung (ebenso wie bei der Ertragsoptimierungskündigung etc.) heikle Fragen der *Beweislastverteilung* stellen (vgl. dazu einlässlich BSK OR I-WEBER, Art. 271/271a N 30, m.w.Hw.; zur Beweislastverteilung bei der Ertragsoptimierungskündigung im Besondern das Urteil des Bundesgerichts 4C. 61/2005 vom 27. Mai 2005 und dazu THOMAS KOLLER, ZBJV 2006, 417 ff.; zum starken Schutz der Sperrfrist von Art. 271a Abs. 1 lit. d und e OR vgl. BGE 131 III 33 und dazu TH. KOLLER, a.a.O., 421 ff.). Mieter verlangen erfahrungsgemäss aus verschiedenen Gründen selten eine Mietzinsherabsetzung; *die geschilderten ungünstigen Auswirkungen der obligatorischen Natur des parteiinternen Vorverfahrens mögen vielleicht zusätzlich dazu beitragen, Mieter von einem Mietzinsherabsetzungsverfahren abzuhalten.* Dies ist indessen nicht dem Bundesgericht anzulasten; der unterschiedlich starke Schutz der Mieter gegen missbräuchliche Kündigungen ist bereits im Gesetz angelegt. Abgefedert werden kann der Unterschied nur – aber immerhin – durch angemessene Beweiserleichterungen oder (noch besser) durch eine sachgerechte Beweislastverteilung, die dem Mieter im Zusammenhang mit Art. 271a Abs. 1 lit. a OR nicht das ganze Beweisrisiko überbürdet (vgl. dazu etwa die Vorschläge von BSK OR I-WEBER, Art. 271/271a N 30, m.Hw. auf gegenteilige Meinungen).

5. Feststellungsinteresse des Vermieters im Kündigungsanfechtungsverfahren des Mieters

BGE 132 III 65 (4C.198/2005)

Aufgrund des Verkaufs einer Liegenschaft ging ein Pachtvertrag über ein Restaurant auf die Erwerberin über (Art. 290 lit. a i.V.m. Art. 261 Abs. 1 OR). Der Pächter seinerseits hatte mit zwei Interessenten einen Pachtübernahmevertrag abgeschlossen. In der Folge kündigte die Käuferin der Liegenschaft gegenüber den neuen Pächtern den Vertrag. Auf Anfechtung der Pächter hin erklärte die zuständige Schlichtungsstelle die Kündigung als missbräuchlich und hob sie auf. Daraufhin gelangte die Verpächterin an das Bezirksgericht Zofingen und stellte u.a. das Begehren, *es sei festzustellen, dass der Pachtübernahmevertrag zwischen den Beklagten und dem früheren Pächter nichtig sei und damit zwischen den Prozessparteien kein rechtsgültiger Pachtvertrag bestehe; eventuell sei die Wirksamkeit der Kündigung festzustellen.* Die Klägerin drang mit dem Hauptbegehren durch. Das Obergericht des Kantons Aargau als zweite Instanz hob indessen das Bezirksgerichtsurteil auf *und trat auf die Klage mangels Feststellungsinteresse nicht ein.* Zur Begründung führte es aus, die Klägerin könne ihr Ziel, die Beklagten aus den gepachteten Räumlichkeiten zu entfernen, nur mit einer Leistungsklage auf Rückgabe der Sache bzw. Ausweisung aus der Liegenschaft, nicht aber mit der Feststellungsklage erreichen. Im Rahmen der Leistungsklage wäre dann vorfrageweise zu prüfen, ob zwischen den Parteien überhaupt ein Vertragsverhältnis bestehe bzw. ob dieses durch gültige Kündigung beendet worden sei. Ein schutzwürdiges rechtserhebliches Interesse lediglich an der gerichtlichen Feststellung sei daher nicht ersichtlich.

Gegen diese Auffassung wehrt sich die Klägerin vor Bundesgericht mit Erfolg. Im Kündigungsschutzverfahren nach Art. 273 OR habe die Schlichtungsstelle – so das Bundesgericht – einen *Entscheid über die Ansprüche der Vertragsparteien* zu fällen, wenn keine Einigung der Parteien zustande komme (Art. 273 Abs. 4 OR). Gegenstand des *Kündigungsschutzverfahrens* sei im Allgemeinen die Überprüfung einer anfechtbaren Kündigung i.S.v. Art. 271 Abs. 1 und 271a OR und/oder die Erstreckung des Mietverhältnisses. Mit der Prüfung der Gültigkeit der Kündigung könne die Beurteilung von *zivilrechtlichen Vorfragen* in Zusammenhang stehen, so etwa die Prüfung der

Unwirksamkeit oder Nichtigkeit einer Kündigung. Daraus leitet das Bundesgericht im Wesentlichen ab, dass unter «Ansprüche der Vertragsparteien» auch ein Anspruch der Verpächterin auf Feststellung der Gültigkeit der Kündigung oder auf Nichtbestehen eines Pachtvertrages überhaupt falle und dass die Verpächterin daher ein entsprechendes Rechtsschutzinteresse habe.

Diesem Entscheid ist ohne weiteres zuzustimmen. Die gegenteilige Auffassung des Obergerichts des Kantons Aargau ist nicht haltbar. Die Schlichtungsstelle hat in casu die von der Klägerin ausgesprochene Kündigung als missbräuchlich erklärt und aufgehoben. Das setzt notwendigerweise voraus, dass zwischen den Parteien ein Pachtvertrag als bestehend angenommen und die Kündigung als grundsätzlich gültig, wenn auch anfechtbar i.S.v. Art. 300 Abs. 1 i.V.m. Art. 271 ff. OR qualifiziert wird. Hätte sich die Klägerin als unterlegene Partei nicht an das Bezirksgericht gewandt, so wäre der Entscheid der Schlichtungsstelle *rechtskräftig* geworden (Art. 273 Abs. 5 und Art. 274f Abs. 1 OR). Wenn die Schlichtungsstelle die Gültigkeit der Kündigung festgestellt hätte und die Pächter das Gericht nicht bzw. nicht fristgerecht angerufen hätten, so hätten diese in einem Ausweisungsverfahren die Gültigkeit der Kündigung nicht mehr in Frage stellen können (Urteil des Bundesgerichts 4C.405/1999 vom 18. Januar 2000, E. 3b; BSK OR I-Weber Art. 274 f N 1). Auch auf eine verspätete Klage wäre nicht einzutreten gewesen, selbst nicht mit der Begründung, die Nichtigkeit einer Kündigung könne jederzeit geltend gemacht werden; *die Rechtskraft ist* – gerade auch im Zusammenhang mit Art. 273 Abs. 5 OR – *unteilbar* (indivisible), wie das Bundesgericht in einem früheren Entscheid zu Recht festhielt (Urteil des Bundesgerichts 4C.135/2001 vom 4. September 2001, E. 1b, m.Nw.), *und erstreckt sich daher auch auf mitbeurteilte Vorfragen wie z.B. die Frage der Nichtigkeit der Kündigung* (Matthias Tschudi, MRA 2006, 45 ff., spez. 52; SVIT-Kommentar, Art. 273 N 7; ähnlich auch ZK-Higi, Art. 274f N 14 ff. sowie BGE 132 III 65 E. 3.4 S. 70). Dasselbe muss auch im umgekehrten Fall gelten: Zieht die im Schlichtungsverfahren unterlegene Vermieterin oder Verpächterin die Sache nicht bzw. nicht fristgerecht vor Gericht, *so ist rechtskräftig festgestellt, dass zwischen den Prozessparteien ein Vertrag besteht und dass die Kündigung missbräuchlich oder nichtig bzw. unwirksam ist.* Daher muss die unterlegene Verpächterin das Recht haben, gestützt auf Art. 273 Abs. 5 OR vor Gericht geltend zu machen, die Schlichtungsstelle sei zu Unrecht von einem bestehenden Vertrag ausgegangen bzw. habe zu Unrecht die Gültigkeit der Kündigung verneint. In einem späteren Ausweisungsverfahren könnte die Verpächterin dies nicht mehr vorbringen, weil es sich um eine *res iudicata* handeln würde. Und im Kündigungsschutzverfahren kann sie, wie das Bundesgericht zu Recht festhält, die Ausweisung nicht verlangen.

Etwas anderes gilt in den Fällen, in denen die Schlichtungsstelle keine Entscheidkompetenz hat: *Verpasst die unterlegene Partei bei einem Nichteinigungsentscheid der Schlichtungsstelle die fristgerechte Anrufung des Gerichts, so kann sie ihre Ansprüche im Rahmen der Verjährungsfristen jederzeit wieder geltend machen, muss allerdings zuerst wiederum an die Schlichtungsbehörde gelangen* (BGE 124 III 21; BSK OR I-Weber, Art. 274f N 5), es sei denn, das Gesetz knüpfe an die unterlassene Klage Verwirkungsfolgen an, wie das etwa für Mietzinserhöhungen auf einen bestimmten Zeitpunkt hin zutrifft (BSK OR I-Weber, Art. 274f N 5).

Eine Frage bleibt weiterhin offen: In der Literatur ist umstritten, ob die Schlichtungsstelle Entscheidkompetenz – mit entsprechender Rechtskraftwirkung des Entscheids – hat, wenn der Mieter kein Kündigungsschutzbegehren stellt, *sondern bloss die Feststellung der Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit der Kündigung verlangt* (befürwortend BSK OR I-Weber, Art. 273 N 6; ablehnend Tschudi, a.a.O., 52 f.; SVIT-Kommentar, Art. 273 N 6; ZK-Higi, Art. 271 N 47 und Art. 273 N 15; ebenso wohl ablehnend Permann, Art. 273 N 3), wozu er nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung befugt ist (vgl. zu dieser «negativen Feststellungsklage» auch unten die Besprechung von BGE 132 III 747). BGE 122 III 92 E. 2d S. 95 («Eine unwirksame oder wirkungslose Kündigung kann ebenfalls nach Art. 273 OR angefochten werden») deutet darauf hin, dass das Bundesgericht zur ersten Auffassung zu neigen scheint, das Urteil des Bundesgerichts 4C.168/2001 vom 17. August 2001 (spez. E. 3a) dagegen scheint eher für die zweite Auffassung zu sprechen. Das hier besprochene Urteil bringt insoweit keine Klärung. So oder anders ist aber ein Mieter bei einer ausserordentlichen Kündigung gut beraten, die Frage der Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit der Kündigung der Schlichtungsstelle zu unterbreiten, weil dann in einem allfälligen Ausweisungsverfahren der Richter unabhängig vom kantonalen Prozessrecht mit voller Kognition über die Ausweisung zu entscheiden hat (Art. 274g OR; BGE 122 III 92 E. 2d S. 95 f. und dazu Thomas Koller, AJP 1996, 767 ff.,

spez. 770; vgl. in diesem Zusammenhang auch BGE 131 I 242 sowie THOMAS KOLLER, ZBJV 2006, 424 ff.).

6. Ausweisung des Mieters nach ausserordentlicher Kündigung; kein Schlichtungsverfahren erforderlich

BGE 132 III 747 (4C.88/2006) = Pra 2007 Nr. 79 S. 525 ff. = mp 2007, 49 ff. = MRA 2006, 145 ff.

Die Vermieterin hatte nach einer vom Mieter nicht angefochtenen ausserordentlichen Kündigung wegen Zahlungsverzugs (Art. 257d OR) dessen Ausweisung verlangt. Die erstinstanzliche Richterin trat auf das Begehren nicht ein («... ha infatti rispinto l'istanza in ordine»; «... non può trattarsi di una decisione di merito»), weil vorgängig kein Schlichtungsverfahren nach Art. 274 ff. OR durchgeführt worden war. Das Tribunale d'appello des Kantons Tessin bestätigte dieses Urteil. Das Bundesgericht heisst die Berufung der Vermieterin mit der Begründung gut, *im Ausweisungsverfahren nach einer ausserordentlichen Kündigung sei von Bundesrechts wegen kein vorangehendes Schlichtungsverfahren erforderlich.* Ob das kantonale Prozessrecht für solche Fälle ein vorgängiges Verfahren vor der Schlichtungsstelle vorschreiben könne, lässt das Bundesgericht offen, da die Tessiner Gerichte ihren Entscheid ausschliesslich bundesrechtlich begründet hatten.

Gemäss Art. 274a Abs. 1 lit. b OR setzen die Kantone Schlichtungsbehörden ein, die bei der Miete unbeweglicher Sachen in Streitfällen versuchen, eine Einigung zwischen den Parteien herbeizuführen. Aus diesem Gesetzestext könnte, wie das Bundesgericht zu Recht ausführt, abgeleitet werden, dass *jeder Mietrechtsstreitigkeit* und damit auch einem Ausweisungsverfahren nach einer ausserordentlichen Kündigung *obligatorisch ein Schlichtungsverfahren voranzugehen hat.* Gestützt auf Art. 274a Abs. 1 lit. d und insbesondere auch auf Art. 274g OR kommt das Bundesgericht allerdings zum Schluss, dass es der Wille des Gesetzgebers war, ein besonderes Verfahren für die Ausweisung nach einer ausserordentlichen Kündigung vorzusehen, und dass in solchen Verfahren ein vorgängiger Schlichtungsversuch nicht erforderlich ist.

Mit dem hier besprochenen Urteil wurde eine bis anhin nicht geklärte Frage entschieden. In seiner bisherigen Rechtsprechung hat

das Bundesgericht den Begriff der mietrechtlichen Streitigkeit i.S.v. Art. 274a Abs. 1 lit. b OR weit gefasst. So hat es das dem Gerichtsverfahren vorgeschaltete Schlichtungsverfahren *etwa bei Klagen des Vermieters gegen den Mieter auf Schadenersatz* (BGE 118 II 307), bei *Klagen des Hauptvermieters gegen den Untermieter* (BGE 120 II 112) und insbesondere auch bei einem *Ausweisungsverfahren nach einer ordentlichen Kündigung* (Urteil des Bundesgerichts 4C.17/2004 vom 2. Juni 2004; kritisch dazu HANS BÄTTIG, MRA 2005, 23 ff. und MRA 2006, 148 ff., spez. 149 f.) für *obligatorisch* erklärt. Zutreffend wurde in der Literatur daher das Schlichtungsverfahren als *bundesrechtliche Prozessvoraussetzung* bezeichnet (BSK OR I-WEBER, Art. 274a N 2; LACHAT/STOLL/BRUNNER, 69 Rz. 2.4.1; ZK-HIGI, Art. 274a N 27; so für das Erstreckungsverfahren ausdrücklich BGE 117 II 504 E. 2b S. 506). Wie das Bundesgericht früher selbst ausführte, ist die Zuständigkeit der Schlichtungsbehörden umfassend zu verstehen (Urteil des Bundesgerichts 4C.17/2004 vom 2. Juni 2004, E. 3.3.1; ebenso CR CO I-LACHAT, Art. 274a N 2); Streitigkeiten aus der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen sind daher vor Anrufung des Richters der durch die Kantone bezeichneten Schlichtungsstelle zu unterbreiten (BGE 124 III 21 E. 2b S. 23). Aus diesen früheren höchstrichterlichen Erwägungen liesse sich eigentlich ableiten, dass auch einem Ausweisungsverfahren im Anschluss an eine ausserordentliche Kündigung – z.B. wegen Zahlungsverzugs des Mieters – ein Schlichtungsverfahren zwingend voranzugehen hat. Indessen hatte das Bundesgericht genau diese Frage in seinem Urteil ausdrücklich offengelassen, in welchem es das Schlichtungsverfahren bei einer Mieterausweisung nach einer ordentlichen Kündigung als obligatorisch erklärte (Urteil des Bundesgerichts 4C.17/2004 vom 2. Juni 2004, E. 3.3.1). Diese Lücke hat es nun geschlossen.

Auf den ersten Blick könnte das hier besprochene Urteil als systemwidrig erscheinen. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich indessen, dass dem nicht so ist. Das Gesetz selbst sieht in Art. 274g OR eine Kompetenzattraktion beim Ausweisungsrichter vor, wenn der Mieter eine ausserordentliche Kündigung anficht und ein Ausweisungsverfahren hängig ist. Dabei spielt es keine Rolle, ob zuerst der Vermieter ein Ausweisungsbegehren oder der Mieter ein Kündigungsschutzbegehren stellt (BGE 117 II 554; BSK OR I-WEBER, Art. 274g N 3; CR CO I-LACHAT, Art. 274g N 2). Einer der Zwecke dieser Kompetenzattraktion ist *die beförderliche Erledigung mietrechtlicher*

Auseinandersetzungen bei ausserordentlichen Kündigungen (BGE 118 II 302 E. 4a S. 306; 117 II 554 E. 2c S. 557; BSK OR I-WEBER, Art. 274g N 1; SVIT-Kommentar, Art. 274g N 2; daneben sollen auch widersprüchliche Urteile verhindert werden [BGE 119 II 141 E. 4a S. 143; 118 II 302 E. 4a S. 306; ZK-HIGI, Art. 274g N 26]). Ist aber ein vom Mieter eingeleitetes Schlichtungsverfahren mit dem Ausweisungsverfahren zu vereinigen (Art. 274g Abs. 3 OR), so wäre es ein Widerspruch, vom Vermieter seinerseits zwingend die Einleitung eines dem Ausweisungsverfahren vorgeschalteten Schlichtungsverfahrens zu verlangen (ähnlich auch BÄTTIG, MRA 2006, 148 und MRA 2005, 24). Der hier besprochene Entscheid ist daher konsequent.

Nicht überzeugend ist vielmehr die erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung, die vor einem Ausweisungsverfahren nach einer ordentlichen Kündigung zwingend ein Schlichtungsverfahren verlangt, und zwar aus folgenden Überlegungen:

a) *Der Mieter, der sich mit einer Kündigung nicht abfinden will, hat stets seinerseits die Möglichkeit, die Schlichtungsbehörde anzurufen.* Macht er Treuewidrigkeit der Kündigung geltend oder will er eine Mieterstreckung, so muss er ohnehin fristgerecht, d.h. innert der Verwirkungsfrist von 30 Tagen nach Empfang der Kündigung, an die Schlichtungsbehörde gelangen (Art. 273 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a OR); unterlässt er dies, so kann er im Ausweisungsverfahren weder widerklageweise eine Erstreckung verlangen noch sich einwendungsweise auf die Treuewidrigkeit nach Art. 271 ff. OR (BGE 122 III 92 E. 2d S. 95; 121 III 156 E. 1 c/aa S. 161) oder auf die offensichtliche Rechtsmissbräuchlichkeit nach Art. 2 Abs. 2 ZGB berufen (BGE 133 III 175 ff., in der ZBJV zu besprechen im nächsten Jahr). Ist er der Auffassung, die Kündigung sei unwirksam oder nichtig, so ist er zur Anrufung der Schlichtungsstelle berechtigt, aber nicht verpflichtet, kann also grundsätzlich – unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs – mit dem Einwand der Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit bis zum Ausweisungsverfahren zuwarten (BGE 122 III 92 E. 2d S. 95; 121 III 156 E. 1c/bb S. 161 f.; THOMAS KOLLER, AJP 1996, 767 ff., spez. 769 f.; vgl. auch BSK OR I-WEBER, Art. 273 N 6; SVIT-Kommentar, Art. 273 N 7). Von seiner Funktion her hat das letztere Verfahren die Bedeutung einer *negativen Feststellungsklage,* auf die einzutreten ist, weil der Mieter von Bundesrechts wegen ein schützenswertes Interesse an rechtzeitiger Klärung der Rechtslage hat (TH. KOLLER, a.a.O., 770). *Gelangt der Mieter mit einem Anfechtungs-, Mieterstreckungs- oder Feststellungsbegehren an die Schlichtungsstelle, so hat er aber kein schützenswertes Interesse, dass im Gegenzug der Vermieter im Ausweisungsverfahren nochmals dieselbe Behörde anrufen muss.* Das Bundesgericht hat in seinem Urteil vom 2. Juni 2004 denn auch zu Recht erklärt, es wäre ein *überspitzter Formalismus,* vom Vermieter die Anrufung der Schlichtungsbehörde zu verlangen, wenn der Mieter seinerseits ein Schlichtungsverfahren eingeleitet hat (a.a.O., E. 3.3.2).

b) Verzichtet der Mieter nach einer ordentlichen Kündigung auf den Gang zur Schlichtungsbehörde – womit er im Ausweisungsverfahren einwendungsweise nur noch die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit der Kündigung geltend machen kann –, so ist nicht einzusehen, weshalb dem Vermieter anders als bei einer ausserordentlichen Kündigung ein dem Ausweisungsverfahren vorgeschaltetes Schlichtungsverfahren aufgezwungen werden soll (ähnlich BÄTTIG, MRA 2006, 150). Dem Interesse des Vermieters an einer beförderlichen Durchführung des Ausweisungsverfahrens kommt gegenüber einem Mieter, der seinerseits das Schlichtungsverfahren nicht in Anspruch genommen hat, auch bei einer ordentlichen Kündigung Vorrang zu.

Die hier diskutierte Rechtsprechung zeigt einmal mehr, wie unnötig kompliziert die Rechtslage bei mietrechtlichen Ausweisungsverfahren unter dem geltenden Recht ist (so bereits auch THOMAS KOLLER, ZBJV 2006, 426 f. im Zusammenhang mit der Unterscheidung zwischen bundesrechtlichem und kantonalrechtlichem Ausweisungsverfahren). Die künftige Schweizerische ZPO (vgl. dazu den Entwurf in BBl 2006, 7413 ff. und die Botschaft vom 28. Juni 2006 in BBl 2006, 7221 ff.) sollte hier eigentlich einiges zur Klärung und Vereinfachung beitragen. Ob der Entwurf (E-ZPO) dem gerecht wird, ist allerdings fraglich.

Künftig wird der Vermieter, welcher die Ausweisung des Mieters verlangt, die Wahl zwischen dem *ordentlichen Verfahren* nach Art. 216 E-ZPO (bzw. bei einem Streitwert unter Fr. 30 000.– dem vereinfachten Verfahren nach Art. 239 Abs. 1 E-ZPO) und dem *summarischen Verfahren* nach Art. 244 lit. b i.V.m. Art. 253 E-ZPO *bei liquider Sach- und Rechtslage* haben (vgl. dazu auch die Botschaft, a.a.O., 7352, die als ein Beispiel für ein Summarverfahren die Ausweisung eines Mieters nach einer Zahlungsverzugskündigung erwähnt; ebenso Votum BR BLOCHER, AB 2007 StR, 521). Wählt der Vermieter das ordentliche Verfahren (oder das vereinfachte Verfah-

ren), so ist ein vorgängiger Schlichtungsversuch zwingend (Art. 194 E-ZPO; zum Schlichtungsversuch beim vereinfachten Verfahren siehe Botschaft, BBl 2006, 7345), während beim Summarverfahren das Schlichtungsverfahren entfällt (Art. 195 lit. a E-ZPO). In beiden Fällen spielt es keine Rolle, ob das Ausweisungsbegehren auf einer ordentlichen oder einer ausserordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses beruht. Der Vermieter hat es daher mit der Wahl des Verfahrens in der Hand, zu bestimmen, ob ein Schlichtungsversuch erforderlich ist oder nicht. Allerdings ist die Wahl des Summarverfahrens für ihn nicht risikolos; denn erachtet das Gericht die Sach- oder die Rechtslage nicht als liquid, so tritt es auf das Gesuch nicht ein (Art. 253 Abs. 3 E-ZPO). Insoweit scheint die Regelung im Entwurf klar zu sein.

Was nach meiner Beurteilung indessen fehlt, *ist eine hinreichende Klärung des Verhältnisses zwischen einem Ausweisungsverfahren des Vermieters und einem Anfechtungs-, Erstreckungs- oder Feststellungsverfahren des Mieters* (welches unabhängig vom Streitwert im vereinfachten Verfahren nach Art. 239 ff. E-ZPO durchzuführen ist [Art. 239 Abs. 2 lit. c E-ZPO]). In den eidgenössischen Räten gab dieser Problemkreis denn auch schon zu reden und wird weiter zu reden geben (AB 2007 StR, 517 ff.). Ist das Verfahren des Mieters vor Einleitung des Ausweisungsverfahrens definitiv abgeschlossen und ist der Mieter in diesem Verfahren unterlegen, so dürfte die Sachlage einfach sein: Der Vermieter wird für die Ausweisung das Summarverfahren wählen, weil die Rechtslage aufgrund des vorangegangenen Verfahrens klar ist, und kann so ein erneutes Schlichtungsverfahren vermeiden. Ist das vom Mieter eingeleitete Verfahren dagegen im Zeitpunkt der Einleitung des Ausweisungsverfahrens noch nicht endgültig abgeschlossen, so dürfte für Letzteres ein Summarprozess kaum in Frage kommen (a.M., aber meines Erachtens nicht haltbar, BR Blocher, AB 2007 StR, 521, der meint, das Anfechtungsverfahren sei zu sistieren, bis der schnelle Rechtsschutz abgeschlossen sei); in einem ordentlichen Ausweisungsprozess aber wäre zumindest nach dem Buchstaben des Gesetzes der Vermieter nicht vom obligatorischen Schlichtungsverfahren entbunden, weil Art. 195 E-ZPO keine entsprechende Ausnahme vorsieht. Im Interesse sämtlicher Mietparteien sollte diese Frage im zurzeit hängigen Gesetzgebungsverfahren geklärt werden. In diesem Zusammenhang muss unbedingt auch geprüft werden, ob der Verzicht auf eine Regelung, wie sie sich heute im Art. 274g OR findet, sachgerecht ist (zur Aufhebung von Art. 274g OR siehe BBl 2006, 7514). Im Ständerat wurde ein Antrag auf Einfügung einer entsprechenden Bestimmung in Art. 195 E-ZPO eingebracht, dann aber wieder zurückgezogen (AB 2007 StR, 517 ff.; Antrag StR Hofmann). Im Nationalrat wird – wie angekündigt wurde – über eine solche Norm nach genaueren Vorabklärungen erneut zu diskutieren und zu befinden sein. *Zu hoffen bleibt, dass dabei nicht bloss der Text von Art. 274g OR in die ZPO überführt wird, sondern dass die gesamte bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 274g OR in der Kodifikation des Zivilprozessrechts seinen Niederschlag findet* (so z.B. auch die Pflicht des Ausweisungsrichters, in Fällen der Kompetenzattraktion mit voller und nicht bloss mit beschränkter Kognition zu entscheiden [vgl. dazu oben die Besprechung von BGE 132 III 65]).