Dr. Thomas Koller
Professor an der Universität Bern

Marc André Mauerhofer
MLaw, Rechtsanwalt, Bern

Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2007

Nicht im Handel

Sonderdruck aus
«Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins»
Band 145 · 2009 · Heft 11

Stämpfli Verlag AG Bern

Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2007

Veröffentlicht im Band 133

sowie ausgewählte nicht amtlich publizierte Entscheide

Von Prof. Dr. Thomas Koller und Marc André Mauerhofer, MLaw/Rechtsanwalt, Bern[1, 2]

Übersicht

1.	Der blosse Hinweis auf die Auflistung von Nebenkosten in AGB genügt nicht	4P.323/2006 und 4A_397/2007
2.	Keine Anwendung von Art. 261 OR auf einen mit dem Mietvertrag verbundenen Geschäftsübernahmevertrag	4C.84/2007
3.	Nichtigkeit der Kündigung einer (angeblichen) Familienwohnung (Art. 266n OR); Tragweite der sozialen Untersuchungsmaxime nach Art. 274d Abs. 3 OR	4C.441/2006
4.	Gilt die Kündigungssperrfrist gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. e OR auch dann, wenn das erste Verfahren eine formungültige Kündigung zum Gegenstand hatte?	4C.432/2006
5.	Vertraglicher Ausschluss des Hypothekarzinssatzes als Bemessungsfaktor für den Mietzins ist nichtig	BGE 133 III 61
6.	Anwendung der relativen oder der absoluten Methode bei einem Mietzinsherabsetzungsverfahren nach Art. 270a OR?	4C.34/2007
7.	Auch eine i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB offensichtlich rechtsmissbräuchliche Kündigung muss angefochten werden	BGE 133 III 175
8.	Hat der Mieter auch dann Suchbemühungen nachzuweisen, wenn er primär eine Kündigung als missbräuchlich anficht und nur subsidiär eine Erstreckung verlangt?	4C.365/2006
9.	Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung: Der Aberkennungsklage muss (de lege lata) ein Schlichtungsverfahren vorausgehen	BGE 133 III 645

1 Das Manuskript wurde am 28. Juli 2009 abgeschlossen.

2 In dieser Rechtsprechungsübersicht werden die allgemeinen Kommentare zum schweizerischen Privatrecht mit den üblichen Abkürzungen (ZK = Zürcher Kommentar; BSK = Basler Kommentar; CR = Commentaire romand; CHK = Handkommentar zum Schweizer Privatrecht) und bezogen auf die neusten Auflagen zitiert. Im Weitern werden als Standardliteratur folgende Werke abgekürzt zitiert: David Lachat et al., Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl., Zürich 2009; Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, hrsg. vom Schweizerischen Verband der Immobilien-Treuhänder SVIT (SVIT-Kommentar), 3. Aufl., Zürich 2008.

10. Keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung: Anforderungen an die besondere Vereinbarung über die Nebenkosten gemäss Art. 257a Abs. 2 OR BGE 133 III 493
11. Weitere publizierte Entscheide mit Bezug zum Mietrecht (Hinweise)

1. Der blosse Hinweis auf die Auflistung von Nebenkosten in AGB genügt nicht

Urteil 4P.323/2006 vom 21. März 2007 = mp 2007, 87 ff. = DdB 2008, 19 f. und Urteil 4A_397/2007 vom 6. Dezember 2007

Gemäss Art. 257a Abs. 2 OR muss der Mieter Nebenkosten nur bezahlen, wenn er dies mit dem Vermieter besonders vereinbart hat. Diese Bestimmung statuiert – wie das Bundesgericht einmal mehr (unter Berufung auf seine ständige Rechtsprechung und die einhellige Lehre) festgehalten hat – *eine besondere Auslegungsregel, nach der alle Nebenkosten, die nicht eindeutig als vom Mieter zu tragen vereinbart worden sind, vom Vermieter getragen werden* (Urteil 4P.323/2006 vom 21. März 2007 E. 2.1, m.Nw.). Dementsprechend hat der Mieter nur für diejenigen Nebenkosten aufzukommen, *die im Vertrag eindeutig und genau bezeichnet werden* (BGE 121 III 460 E. 2a aa S. 462; Urteil 4A_397/2007 vom 6. Dezember 2007 E. 2.1; Urteil 4P.323/2006 vom 27. März 2007 E. 2.1, je m.Nw.). Gemäss ebenso konstanter Rechtsprechung *genügt der Hinweis auf einen standardisierten Vertragszusatz wie z.B. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) den Anforderungen an eine solche besondere Vereinbarung nach Art. 257a Abs. 2 OR grundsätzlich nicht* (vgl. dazu einlässlich ANDREAS BÉGUIN, Klare Ausscheidung von Nebenkosten und Höhe der Akontozahlungen im Mietvertrag, mp 2004, 167 ff., spez. 170 ff.; BEAT ROHRER, Die «besondere Vereinbarung» von Nebenkosten [Art. 257a Abs. 2 OR], MRA 2006, 87 ff.; knapper THOMAS GABATHULER/PETER NIDERÖST, plädoyer 3/2007, 42 f.). Auf eine Übernahme durch den Mieter kann nur geschlossen werden, wenn die Kosten im Vertrag bereits ausgeschieden sind und die AGB bloss der Konkretisierung dienen. Dies alles hat das Bundesgericht in den zwei hier erwähnten Urteilen deutlich zum Ausdruck gebracht (je E. 2.1, m.Nw.; vgl. dazu

nun auch das zur Publikation bestimmte Urteil 4A_134/2009 vom 10. Juni 2009, in der ZBJV später zu besprechen).

In beiden hier besprochenen Fällen bestand der Mietvertrag aus zwei verschiedenen Dokumenten: zum einen aus dem «individuellen» Mietvertrag selber und zum andern aus AGB, auf welche jeweils im individuellen Vertrag verwiesen wurde. Daraus wurde in der Literatur abgeleitet, alle Nebenkostenpositionen, die der Vermieter auf den Mieter abwälzen wolle, müssten einzeln im «Hauptteil des Vertragsdokumentes, welches von den Parteien unterzeichnet wird, detailliert aufgeführt werden» (BEAT ROHRER, Nebenkosten, MRA 2008, 101 ff., spez. 105). Ob die Parteien das Dokument unterzeichnen, ist für die «besondere Vereinbarung» nach Art. 257a Abs. 2 OR jedoch nicht relevant, denn sonst könnte der Vermieter bei Vertragsschluss vom Mieter ein einziges Dokument unterzeichnen lassen, welches sowohl die individuellen als auch sämtliche allgemeinen Vertragsbestimmungen enthält. Wesentlich ist, dass *dem Mieter gemäss ausdrücklicher Aussage des Bundesgerichts eine sorgfältige Konsultation von umfassenden Vertragsbedingungen, welche mehrere Ermittlungsschritte erfordert, nicht zumutbar ist* (Urteil 4A_397/2007 vom 6. Dezember 2007 E. 2.4; ähnlich auch LACHAT et al., S. 240 Rz. 14/1.8). Der Mieter muss bei Vertragsschluss leicht erkennen können, welche Nebenkosten er zusätzlich zum Mietzins zu bezahlen hat (zur Publikation bestimmtes Urteil 4A_134/2009 vom 10. Juni 2009 E. 4.3.1, in der ZBJV später zu besprechen). Ob unter diesen Umständen für die Bezeichnung der vom Mieter zu tragenden Nebenkosten überhaupt standardisierte Vertragsformulare verwendet werden können, ist fraglich; den Vermietern ist jedenfalls vorsichtshalber zu empfehlen, die Nebenkostenpositionen im Vertragsdokument individuell und für den Mieter grafisch klar ins Auge springend (z.B. mit einer andern Schrift, einer andern Farbe etc.) aufzuführen. Praktikabel scheint auch der Vorschlag, bei einer vorformulierten Liste von Nebenkostenposten diejenigen anzukreuzen, welche für den jeweiligen Mietvertrag zutreffen (ROHRER, MRA 2008, 105). Durch die Kreuze ist für den Mieter sofort ersichtlich, welche Kosten er zu tragen hat.

ROHRER hat früher die Auffassung vertreten, wenn sich Aufzählungen von Nebenkosten in Formularverträgen fänden, die von grossen Verbänden herausgegeben und damit weit verbreitet seien, rechtfertige es sich im Interesse der Rechtssicherheit nicht, übertrie-

bene formalistische Anforderungen an die Auflistung der Nebenkosten zu erheben (MRA 2006, 92). Diese These würde bei von grossen Verbänden formulierten AGB (im Baubereich z.B. vom SIA, hier von Hauseigentümerverbänden) zu einer Art «Überprüfungshürde» führen und *widerspricht elementarsten AGB-Kontrollprinzipien.* Gerade «Verbands-AGB» sind im Einzelfall einer besonders kritischen Überprüfung zu unterziehen, da sie die Wirkung eines *faktischen Konditionenkartells* haben, oft nicht ausgewogen sind und letztlich bewirken, dass im betroffenen Bereich *die Rechtssetzung nicht durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber, sondern durch einen Verband erfolgt.* Aufgrund der gefestigten Bundesgerichtspraxis dürfte klar sein, dass die skizzierte Auffassung jedenfalls im Bereich der Nebenkostenvereinbarung nicht haltbar ist. Auch ROHRER ist im Übrigen heute zumindest der Meinung, die bundesgerichtliche Praxis erschwere die Verwendung von standardisierten Vertragsformularen (MRA 2008, 105).

Die sachliche Richtigkeit der skizzierten Rechtsprechung ist nicht in Zweifel zu ziehen. Ob für die Geschäftsraummiete allenfalls weniger streng zu verfahren ist, mag diskutabel sein (so im Ansatz GIANMARIA MOSCA, DdB 2008, S. 20 Ziff. 8), ist aber nicht sicher. Aus allgemeiner schuldrechtlicher Sicht interessant ist die bundesgerichtliche Praxis, *weil damit im Grunde eine gleich strukturierte AGB-Kontrollregel geschaffen wurde, wie sie auch Art. 256 Abs. 2 lit. a OR* (für die Sachmängelgewährleistung bei allen Mietverträgen, welche nicht Wohn- oder Geschäftsräume zum Gegenstand haben) kennt: *Gewisse Punkte* (hier die Tragung der Nebenkosten, dort die Verschlechterung der Sachmängelrechte des Mieters) *sind zwar der vertraglichen Vereinbarung zugänglich, aber nur individuell und nicht in AGB.* Der an sich schon komplizierte Flickenteppich der AGB-Kontrolle im schweizerischen Schuldrecht (vgl. dazu etwa THOMAS KOLLER, Einmal mehr: das Bundesgericht und die verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, AJP 2008, 943 ff.) wird dadurch um einen weiteren Farbtupfer «bereichert».

2. Keine Anwendung von Art. 261 OR auf einen mit dem Mietvertrag verbundenen Geschäftsübernahmevertrag

Urteil 4C.84/2007 vom 5. Juli 2007 = mp 2007, 233 ff. = DdB 2008, 17 ff. = CdB 2007, 109 ff.

Innominatkontrakte sowie zusammengesetzte Verträge bieten im Mietrecht aufgrund der zahlreichen zwingenden Bestimmungen immer wieder Probleme (vgl. als Beispiele etwa BGE 131 III 528 [«Hotelmanagementvertrag»] sowie 131 III 566 [«Hauswartvertrag»] und dazu THOMAS KOLLER, ZBJV 2006, 405 ff. und 410 ff.).

Im vorliegenden Fall übernahm der Mieter im Jahre 1991 ein Café-Restaurant in Lausanne (und zwar dem Vernehmen nach «l'un des plus anciens bistrots de Lausanne» [PHILIPPE CONOD, CdB 2007, 113]). Zu diesem Zweck schloss er mit dem damaligen Restaurantinhaber und Eigentümer der Liegenschaft einen *Mietvertrag* über die Räumlichkeiten und einen *Kauf- bzw. Geschäftsübernahmevertrag* über die gesamte Restauranteinrichtung und den Goodwill. Die Parteien schlossen dabei ausdrücklich die «dispositions complémentaires pour établissements publics» (Ausgabe 1973) in den Geschäftsübernahmevertrag ein. Diese ergänzenden Bestimmungen sehen unter anderem vor, dass bei Auflösung des Mietvertrags durch den Vermieter dieser dem Mieter die Restauranteinrichtung wieder abkaufen und die Goodwill-Entschädigung zurückzahlen muss. Im Jahr 1998 verkaufte der Vermieter die Liegenschaft einem Dritten, der in der Folge das Mietverhältnis auf den 1. Juli 2003 kündigte, um das Restaurant anschliessend selber weiterzuführen. Daraufhin verlangte der Mieter vom neuen Eigentümer, nachdem man sich über die Übernahme der Restauranteinrichtung hatte einigen können, gestützt auf Art. 261 OR die Rückzahlung der Goodwill-Entschädigung im Betrag von Fr. 226 195.–. Mit diesem Begehren obsiegte der Mieter vor erster Instanz, blieb indessen sowohl vor dem Kantonsgericht Waadt als auch vor dem Bundesgericht ohne Erfolg.

Das Bundesgericht geht in seiner Begründung im Wesentlichen von *zwei zusammengesetzten Verträgen* zwischen Mieter und früherem Eigentümer aus (un «contrat composé ou complexe»), d.h. von zwei an sich unterscheidbaren Verträgen, die aber gegenseitig so voneinander abhängig seien, dass sie nicht getrennt werden könnten (vgl. dazu den Ansatz in E. 3.1 und v.a. in E. 3.3.2: «Quoique constituant des

contrats distincts, la convention de remise de commerce et le contrat de bail à loyer sont manifestement en lien l'un avec l'autre»). In der Folge unterscheidet es dann aber doch die beiden Verträge deutlich. Bei einem handle es sich um einen einfachen Vertrag («contrat simple»), beim andern um einen Dauervertrag («contrat de durée»), und aus dieser (*formalen*) Unterscheidung leitet es gleichsam ab, der Mietvertrag als Dauervertrag gehe bei einem Verkauf der Liegenschaft gemäss Art. 261 OR auf den neuen Eigentümer über, der Geschäftsübernahmevertrag als «contrat simple» aber nicht (E. 3.3.4). Zugegeben: Das Bundesgericht stützt seinen Entscheid auch mit *materiellen Argumenten*, und die sind letztlich von grösserem Interesse. Es stellt sich nämlich klar auf den Standpunkt, *Art. 261 OR wolle den Mieter im Gebrauch der Sache schützen und nicht den Investor im Rahmen eines Geschäftsübernahmevertrages* (E. 3.3.4 in fine). Dabei lässt sich das Bundesgericht offensichtlich von DENIS PIOTET leiten, welcher Art. 261 OR im Hinblick auf die Prinzipien der Vertragsfreiheit und der Relativität der Schuldverhältnisse einen exorbitanten Charakter zugeschrieben und daraus abgeleitet hat, diese Bestimmung dürfe nicht auf gemischte und zusammengesetzte Verträge übertragen werden (DENIS PIOTET, Le principe «la vente ne rompt pas le bail» et le système général des droits réels, Bern 1993, S. 32 Rz. 29; vgl. dazu den Nachweis in E. 3.2.2 des hier besprochenen Entscheids).

Das Urteil hinterlässt einen ambivalenten Eindruck. In redaktioneller Hinsicht ist es nicht in jeder Beziehung geglückt. Die Ausführungen des Bundesgerichts über die Rechtsanwendung bei gemischten Verträgen und bei zusammengesetzten Verträgen (E. 3.1) wirken hier (anders als im «Hotelmanagement-Fall» [BGE 131 III 528]) ein wenig hilflos und sind nicht weiterführend (a.M. BRUNO HEDIGER, SJZ 2008, 318, der die entsprechenden Ausführungen als lesenswert bezeichnet). Wenn schon vom Bundesgericht die Rechtsfigur der zusammengesetzten Verträge in den Erwägungen herangezogen wird, so würde man eigentlich eher einen gegenteiligen Entscheid erwarten. TERCIER/FAVRE haben zusammengesetzte Verträge treffend wie folgt charakterisiert: «La particularité tient au fait que les parties entendent lier le sort de ces deux contrats» (PIERRE TERCIER/PASCAL G. FAVRE, Les contrats spéciaux, 4. Aufl. Zürich 2009, Rz. 328). Mit seinem Urteil aber hat das Bundesgericht das Schicksal der beiden Verträge gerade getrennt (im Ansatz ähnlich FRANÇOIS KNOEPFLER, DdB 2008, S. 18 Ziff. 11, der in diesem Zusammenhang

von einem «sentiment d'insatisfaction» spricht). Materiell ist der Entscheid natürlich «systemkonform». *Verträge wirken grundsätzlich nur inter partes.* Art. 261 OR, der bei einem Eigentümerwechsel für Mietverhältnisse einen Vertragsübergang ex lege vorsieht, bildet eine *Ausnahmenorm* zu diesem vertragsrechtlichen Grundprinzip. Daher ist es an sich sinnvoll, diese Ausnahmenorm *restriktiv zu interpretieren* und bei zusammengesetzten Verträgen nur auf den Mietvertrag, nicht aber auf mit diesem verbundene Verträge, wie z.B. einen Geschäftsübernahmevertrag, anzuwenden. Dafür sprechen neben dogmatisch-systematischen Aspekten auch praktische Überlegungen: Art. 261 OR findet selbst dann Anwendung, wenn der Erwerber der Liegenschaft vom Mietvertrag, der auf ihn übergeht, keine Kenntnis hat. Unter *Publizitätsgesichtspunkten* ist das – theoretisch – problematisch. Die Praxis kann damit aber leben, weil der Umstand, dass die zu erwerbende Liegenschaft durch einen Mieter benützt wird, in den meisten Fällen evident ist (zumal Art. 261 OR nach wohl h.L. erst nach Mietantritt Anwendung findet [dazu BSK OR I-WEBER, Art. 261 N 2, m.Hw. auch auf die gegenteilige Ansicht]). Für mit den Mietverträgen verbundene Verträge trifft dies im Allgemeinen nicht zu. Gerade im vorliegenden Fall dürfte die Situation allerdings anders sein: Die «dispositions complémentaires pour établissements publics», in denen die umstrittene Goodwill-Rückzahlungsklausel enthalten war, werden von der Chambre vaudoise immobilière herausgegeben (http://www.cvi.ch/publications-formules/formules-et-imprimes/index.html) und bilden offenbar im Kanton Waadt seit Jahrzehnten regelmässig einen Bestandteil entsprechender Miet- und Geschäftsübernahmeverträge (so jedenfalls die Behauptung des Mieters [vgl. E. 2.2]). Das Wissen um die (mögliche) Existenz eines solchen Vertrages dürfte somit bei Erwerbern einer Liegenschaft, in der ein Mieter ein Restaurant betreibt, in der Waadt in der Regel vorhanden sein. All dies ändert aber nichts daran, *dass das Prinzip der Relativität der Schuldverhältnisse im schweizerischen Schuldrecht einen hohen Stellenwert hat* und es daher in der Sache grundsätzlich richtig ist, Art. 261 OR bei zusammengesetzten Verträgen nur auf den Mietvertrag anzuwenden (zustimmend zum Urteil aus diesem Grund auch KNOEPFLER, a.a.O., S. 18 Ziff. 11; ähnlich CONOD, a.a.O., 114).

Für Geschäftsmieter, die dem Vermieter für die Geschäftsübernahme eine Goodwill-Entschädigung bezahlen, führt dies allerdings zu einer heiklen Sachlage. Grundsätzlich kann sich zwar der Be-

triebsübernehmer in einer Situation wie der vorliegenden an den Betriebsveräusserer halten. Damit sind aber verschiedene Probleme verbunden. So kann die Mietvertragsauflösung durch den Erwerber erst einige Zeit nach Eigentumsübergang erfolgen. Es mag dann fraglich sein, ob der vormalige Vermieter noch «greifbar» ist (so auch KNOEPFLER, a.a.O., S. 18 f. Ziff. 12). Zudem ist nicht sicher, dass der vormalige Vermieter rechtlich zur Rückzahlung der Goodwill-Entschädigung verpflichtet ist, wenn der neue Vermieter den Mietvertrag kündigt. Die entsprechende Klausel hat den folgenden Wortlaut: «Si la résiliation du contrat est le fait du propriétaire ... Le propriétaire s'engage à reprendre le commerce ...» (vgl. dazu den Sachverhaltsteil des hier besprochenen Entscheids). Dass diese Klausel im Verhältnis zum vormaligen Betriebsinhaber auch dann Anwendung findet, wenn der neue Liegenschafteneigentümer kündigt, ist – zumindest gestützt auf diesen Wortlaut allein – nicht zwingend (zweifelnd offenbar auch KNOEPFLER, a.a.O., S. 18 Ziff. 12). Im Geschäftsübernahmevertrag sollte daher der ursprüngliche Vermieter von Anfang an vertraglich verpflichtet werden, die Verpflichtung zur Rückzahlung der Goodwill-Entschädigung auf einen allfälligen Erwerber der Liegenschaft zu überbinden (kritisch dazu allerdings KNOEPFLER, a.a.O., S. 19 Ziff. 12).

Obwohl der hier besprochene Entscheid dem Grundsatz nach richtig ist, hinterlässt der konkrete Fall ein ungutes Gefühl. Das Waadtländer «Betriebsübernahmekonzept» war auf einen angemessenen Interessenausgleich zwischen Betriebsveräusserer/Vermieter einerseits und Betriebsübernehmer/Mieter andererseits ausgerichtet und scheint sich offenbar während Jahrzehnten bewährt zu haben. Mit dem vorliegenden Urteil erweist es sich im Grunde aber als untauglich, da der Betriebserwerber nicht darauf vertrauen kann, die Goodwill-Entschädigung zurückzuerhalten. Den betroffenen Wirten bleibt nun wohl nichts anderes übrig, als den bezahlten Goodwill in ihrer Betriebsrechnung während der Mietdauer abzuschreiben (KNOEPFLER, a.a.O., S. 19 Ziff. 12).

3. Nichtigkeit der Kündigung einer (angeblichen) Familienwohnung (Art. 266n OR); Tragweite der sozialen Untersuchungsmaxime nach Art. 274d Abs. 3 OR

Urteil 4C.441/2006 vom 23. März 2007 = mp 2007, 155 ff.

Gemäss Art. 274d Abs. 3 OR haben Schlichtungsstellen und Richter den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen und die Beweise nach freiem Ermessen zu würdigen; die Parteien müssen ihnen (allerdings) alle für die Beurteilung des Streitfalls notwendigen Unterlagen vorlegen. Dieser im Mietrechtsverfahren zentrale Grundsatz wird auch als *soziale Untersuchungsmaxime* oder als *gemilderte Verhandlungsmaxime* bezeichnet (vgl. dazu statt aller etwa BGE 125 III 231 E. 4a S. 238; SVIT-KOMMENTAR, Art. 274d OR N 18a, m.Nw.; LACHAT et al., S. 83 Rz. 5/2.5.5; BSK OR I-WEBER, Art. 274d N 5).

Im Urteil 4C.441/2006 hatte das Bundesgericht einmal mehr Gelegenheit, die Tragweite dieses Grundsatzes herauszuarbeiten (FRANÇOIS BOHNET, DdB 2008, 50 Ziff. 5: «Voici un arrêt qui illustre parfaitement la portée de la maxime inquisitoire sociale»). Mit Vertrag vom 13. November 2002 hatte in casu die Vermieterin dem Mieter eine Zweizimmerwohnung in Genf vermietet. Am 24. August 2004 verheiratete sich der Mieter im Kosovo mit einer damals dort lebenden Frau. *Ob er die Vermieterin über diesen Zivilstandswechsel und die Ankunft seiner Ehefrau in der Schweiz informierte, war im Prozess nicht erstellt.* Am 1. Juli 2005 setzte die Vermieterin dem Mieter eine dreissigtägige Frist zur Zahlung rückständiger Mietzinsen unter Androhung der Kündigung an. Der Mieter leistete einen Teil der Zahlungen erst am 17. August 2005. Am 15. August 2005 kündigte die Vermieterin gegenüber dem Mieter das Mietverhältnis wegen Zahlungsverzugs auf den 30. September 2005. Im anschliessenden Ausweisungsverfahren ordneten die Genfer Instanzen die Exmission des Mieters an. Den Einwand des Mieters, die Kündigung sei gemäss Art. 266n und Art. 266o OR nichtig, weil die Vermieterin die Formalitäten der *Kündigung einer Familienwohnung* nicht eingehalten hätte, verwarfen die Genfer Gerichte, weil der Mieter nicht bewiesen habe, dass es sich bei der fraglichen Wohnung um eine Familienwohnung handle und dass die Vermieterin von seinem Zivilstand Kenntnis gehabt habe. Zudem nahm die obere kantonale Instanz an, die Berufung des Mieters auf den Schutz der Familienwohnung sei *rechtsmissbräuchlich.*

Das Bundesgericht sah beide Punkte anders. Zur Rüge des Mieters, die Genfer Gerichte hätten Art. 274d Abs. 3 OR verletzt, führte es in Anlehnung an seine bisherige Rechtsprechung aus: «Le principe d'instruction ainsi posé n'est pas une maxime officielle absolue, mais une maxime inquisitoire sociale dont le but est de protéger la partie réputée la plus faible et d'assurer l'égalité des parties, ainsi que d'accélérer la procédure. C'est dire que le juge ne doit pas instruire d'office le litige lorsqu'une partie renonce à expliquer sa position. En revanche, il doit interroger les parties et les informer de leur devoir de collaboration et de production des pièces; il n'est tenu de s'assurer que les allégations et offres de preuve sont complètes que s'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point» (E. 4.3.1). Im vorliegenden Fall habe der Mieter zu beweisen, dass seine Ehefrau zusammen mit ihm in der fraglichen Mietwohnung gelebt habe, als ihm die Vermieterin eine Nachfrist zur Zahlung rückständiger Mietzinsen ansetzte (1. Juli 2005) und als ihm die Vermieterin kündigte (15. August 2005). Die in den Akten vorhandenen Dokumente würden zu diesem Beweis zweifelsohne nicht genügen. In der Berufungsschrift («mémoire d'appel») habe der Mieter aber behauptet, seine Frau und er würden seit ihrer Verheiratung zusammen in der fraglichen Wohnung leben, und subsidiär habe er verlangt, Gelegenheit zu erhalten, mit allen nützlichen Mitteln die Wahrheit seiner Behauptungen beweisen zu dürfen. Zudem habe die Anwältin des Mieters in der mündlichen Verhandlung vor der oberen Instanz ausdrücklich die Behauptung bestätigt, dass der Mieter und seine Ehefrau seit der Verheiratung in der fraglichen Mietwohnung leben würden. *Unter diesen Umständen* – so das Bundesgericht – *habe sich die Vorinstanz nicht darauf beschränken dürfen, die Beweislosigkeit der umstrittenen Behauptung festzustellen.* Die Vorinstanz hätte den Mieter zumindest darauf aufmerksam machen müssen, dass sie sich mit seinen von der Gegenpartei bestrittenen und von ihm nicht bewiesenen Behauptungen nicht begnügen werde, und sie hätte ihm zudem gestatten müssen, Beweise zur Frage der Familienwohnung vorzubringen. Der Mieter habe mit einer solchen Vorgehensweise umso mehr rechnen dürfen, als im Allgemeinen eine *natürliche Vermutung* dafür spreche, dass Eheleute zusammenleben (E. 4.3.2).

Im Weitern führte das Bundesgericht aus, die Berufung des Mieters auf die Nichtigkeit der Kündigung sei *nicht deshalb rechtsmissbräuchlich, weil er die Vermieterin über den Zivilstandswechsel nicht orientiert habe.* Diese Unterlassung könne allenfalls zu einer *Schadenersatzpflicht des Mieters* führen, beseitige («efface») aber – für sich genommen – die Nichtigkeit der Kündigung nicht. Rechtsmissbrauch könne dagegen dann vorliegen, wenn der Mieter gegenüber dem Vermieter die Verheiratung verschweige, um daraus einen Vorteil zu ziehen, so etwa wenn der säumige Mieter den Zivilstandswechsel nicht melde, um sich nach einer Zahlungsverzugskündigung auf deren Nichtigkeit berufen und so länger ohne Mietzinszahlung in der Wohnung bleiben zu können. In casu gebe es aber nicht den geringsten Anhaltspunkt für ein solches Verhalten des Mieters. Es sei nicht erwiesen, dass der Mieter seine Verheiratung dem Vermieter bewusst verschwiegen habe. Man müsse im vorliegenden Fall davon ausgehen, dass der Mieter erst im Verlauf des Verfahrens von der eventuellen Nichtigkeit der Kündigung erfahren habe, zu einem Zeitpunkt, als kein Zahlungsrückstand mehr bestand (E. 5).

Dieser Entscheid ist in mehrfacher Hinsicht von erheblicher Bedeutung:

a) Soweit ersichtlich hat das Bundesgericht erstmals ausdrücklich – in Anlehnung an die herrschende Lehre (LACHAT et al., S. 515 Rz. 25/3.6; SVIT-KOMMENTAR, Art. 266l–266o OR N 13 f.; CHK-P. HEINRICH, Art. 266o–l OR N 10) – festgehalten, *dass eine Verletzung der Formvorschriften bei der Kündigung einer Familienwohnung durch den Vermieter auch dann die Nichtigkeit der Kündigung zur Folge hat, wenn der Vermieter keine Kenntnis vom Umstand hat, dass es sich um eine Familienwohnung handelt.* Diese Aussage war entscheidrelevant und hat daher für die Zukunft wegweisende Bedeutung. Für den Vermieter bringt dies natürlich Probleme mit sich. Ihm ist daher zu empfehlen, sich in «kritischen Fällen» beim Mieter über dessen Zivilstand zu informieren oder vorsichtshalber eine zweite Ausfertigung seiner Schreiben (Mahnungen, Kündigungen etc.) pro forma auch an einen «Ehegatten von X» zu senden.

b) Beim Hinweis, der Mieter, welcher dem Vermieter den Zivilstandswechsel nicht mitteile, könne diesem gegenüber *schadenersatzpflichtig* werden, handelt es sich um ein obiter dictum, da eine Schadenersatzpflicht des Mieters nicht Gegenstand des Verfahrens war. Wie es sich mit einer allfälligen Schadenersatzpflicht des Mieters effektiv verhält, bleibt somit weiterhin offen. In der Literatur wird eine solche Schadenersatzpflicht überwiegend befürwortet, vereinzelt aber auch *als Aushöhlung zwingenden Rechts* abgelehnt (BSK

OR I-WEBER, Art. 266n N 7). Grundsätzlich liesse sich wohl eine solche Pflicht durchaus bejahen. *Im Einzelfall wird man aber nicht ohne Weiteres annehmen dürfen, der Mieter sei sich bewusst gewesen, dass er dem Vermieter eine Zivilstandsänderung mitteilen müsse.* Ebenso wird man nicht leichthin davon ausgehen können, der Mieter hätte von dieser Pflicht Kenntnis haben müssen, wenn sie im Mietvertrag – dort in aller Regel in einer AGB-Klausel – festgehalten ist, und zwar nicht nur dann, wenn sie wie in casu nicht sehr exakt formuliert ist (E. 5). An das «Wissenmüssen» sind hier hohe Anforderungen zu stellen, und fehlendes Wissenmüssen führt grundsätzlich zur Exkulpation des Mieters i.S.v. Art. 97 OR (in diesem Sinne wohl auch BOHNET, a.a.O., 51 [«en cas de faute du locataire»]). Anders verhält es sich, wenn der Mieter auf Nachfrage des Vermieters seinen Zivilstand falsch angibt.

c) Sachgerecht ist sodann, dass das Bundesgericht bei der hier interessierenden Frage des Schutzes der Familienwohnung die *Rechtsmissbrauchsschranke hoch ansetzt.* Die im Mietrecht vom Gesetzgeber zugunsten des Mieters stipulierten Schutzvorschriften würden weitgehend ausgehöhlt, wenn dem Mieter, der sich auf eine entsprechende Norm beruft, leichthin Rechtsmissbrauch vorgehalten werden könnte (vgl. zur ähnlich gelagerten Problematik des Rechtsmissbrauchs bei der Rückforderung zu Unrecht bezahlter Mietzinsen nach einer nichtigen Mietzinserhöhung das Urteil des Bundesgerichts 4C.59/2003 vom 26. Mai 2003 einerseits und das Urteil des Bundesgerichts 4C.96/2005 vom 20. Juni 2005 andererseits sowie dazu THOMAS KOLLER, ZBJV 2004, 496 ff. und ZBJV 2006, 414 ff.). Es verhält sich in dieser Hinsicht im Mietrecht nicht anders als im Arbeitsrecht (siehe etwa BGE 131 III 439 und dazu THOMAS KOLLER, ZBJV 2006, 436 ff.).

Noch restriktiver wird man im Übrigen mit dem Rechtsmissbrauchseinwand umgehen müssen, wenn sich nicht bloss – wie in casu – der Mieterehegatte gegen eine Kündigung zur Wehr setzt, sondern auch oder gar ausschliesslich der Nichtmieterehegatte (vgl. zu diesem Recht Art. 273a OR). Will man dessen Schutz, den Art. 266n OR bezweckt, nicht ins Leere laufen lassen, so darf man ihm einen allfälligen Rechtsmissbrauch des Mieterehegatten nicht entgegenhalten. Nur wenn sich der Nichtmieterehegatte selber rechtsmissbräuchlich verhält, kann ihm die Berufung auf die Nichtigkeit der Kündigung verwehrt werden.

d) Der diskutierte Entscheid ist schliesslich wichtig, weil das Bundesgericht einmal mehr die Tragweite der sozialen Untersuchungsmaxime – die mit dem Begriff «gemilderte Verhandlungsmaxime» im Grunde präziser umschrieben wird – darlegt und verdeutlicht. Art. 274d Abs. 3 OR verpflichtet die Schlichtungsstelle und die Gerichte nicht zu einer eigentlichen Inquisition. Auch im Mietprozess tragen in erster Linie die Parteien die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung (BGE 125 III 231 E. 4a S. 238; JÜRGEN BRÖNNIMANN, ZBJV 1990, 329 ff., spez. 347; LACHAT et al., S. 84 Rz. 5/2.5.6). Daher muss das Gericht strittige Punkte nicht von Amtes wegen abklären, wenn es eine Partei unterlässt, ihren Standpunkt darzulegen. Aber es muss immerhin bei unklaren Sachverhaltsbehauptungen (von Bundesrechts wegen) die Parteien befragen und gegebenenfalls auffordern, weitere Beweismittel einzureichen. Insbesondere Letzteres ist – wie der vorliegende Fall zeigt – von grosser Bedeutung: Bringt der Mieter eine relevante Sachverhaltsbehauptung vor, so darf das Gericht nicht einfach annehmen, diese Behauptung sei nicht bewiesen; vielmehr hat es dem Mieter, auch wenn dieser wie in casu durch eine Rechtsanwältin vertreten wird, Gelegenheit zu bieten, weitere Beweismittel vorzulegen.

Auch nach dem Inkrafttreten der Schweizerischen ZPO wird die soziale Untersuchungsmaxime im Mietrecht bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000.– generell und bei höheren Streitwerten für alle Streitigkeiten über die Hinterlegung von Mietzinsen, über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen, über den Kündigungsschutz und über die Erstreckung des Mietverhältnisses gelten (Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 und Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO). Der Text von Art. 247 Abs. 2 ZPO suggeriert zwar im Gegensatz zum heute geltenden Art. 274d Abs. 3 OR eine unbeschränkte Untersuchungsmaxime; vom Gesetzgeber gewollt ist aber, wie sich der Botschaft zur ZPO entnehmen lässt, «nur» die soziale Untersuchungsmaxime (BBl 2006, 7221 ff., spez. 7348). Das Gericht solle gemäss der Botschaft erst noch Zurückhaltung üben, wenn sich zwei anwaltlich vertretene Parteien gegenüberstehen (a.a.O., 7348). Letzteres wäre zwar sachgerecht, stünde für Mietprozesse jedoch in einem gewissen Gegensatz zum hier diskutierten Entscheid.

e) Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass aus der Streitwertberechnung, wie sie das Bundesgericht in casu vorgenommen hat (E. 2.2), geschlossen werden könnte, ein Rechtsstreit

über die Formnichtigkeit der Kündigung löse eine dreijährige Kündigungssperrfrist nach Art. 271a Abs. 1 lit. e OR aus (so THOMAS GABATHULER/PETER NIDERÖST, plädoyer 3/2007, 44; dazu unten Ziff. 4). Der Vermieter könnte allerdings auch in einer allfälligen Sperrfrist künden, wenn der Mieter die Zahlungsrückstände nicht ausgleicht oder weitere Mietzinse nicht bezahlt (Art. 271 Abs. 3 lit. b OR).

4. Gilt die Kündigungssperrfrist gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. e OR auch dann, wenn das erste Verfahren eine formungültige Kündigung zum Gegenstand hatte?

Urteil 4C.432/2006 vom 8. Mai 2007 = MRA 2007, 85 ff.

Gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. e OR ist eine durch den Vermieter ausgesprochene Kündigung anfechtbar, wenn sie vor Ablauf von drei Jahren nach Abschluss eines mit dem Mietverhältnis zusammenhängenden Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens ausgesprochen wird, in dem der Vermieter zu einem erheblichen Teil unterlegen ist (Ziff. 1), seine Forderung oder Klage zurückgezogen oder erheblich eingeschränkt (Ziff. 2), auf die Anrufung des Richters verzichtet (Ziff. 3) oder mit dem Mieter einen Vergleich geschlossen oder sich sonst wie geeinigt hat (Ziff. 4).

Ungeklärt war bis anhin die Frage, ob diese Kündigungssperrfrist auch dann zum Tragen kommt, wenn das vorangegangene Schlichtungs- oder Gerichtsverfahren eine Kündigung zum Gegenstand hatte, die sich als *formungültig* herausstellte (THOMAS KOLLER, ZBJV 2006, 423 f.; a.M. BRUNO HEDIGER, SJZ 2008, 320, dem zufolge es konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts entsprechen soll, dass die wiederholte Kündigung gültig sei). In der Literatur wird überwiegend die Auffassung vertreten, ein solches Verfahren dürfe die Sperrfrist von Art. 271a Abs. 1 lit. e OR – und auch die Sperrwirkung von Art. 271a Abs. 1 lit. d OR – nicht auslösen (vgl. etwa LACHAT et al., S. 620, Rz. 29/5.4.6; SVIT-KOMMENTAR, Art. 271a OR N 31; CHK-P. HEINRICH, Art. 271–271a OR N 10; ZK-HIGI, Art. 271a N 262; differenzierend BSK OR I-WEBER, Art. 271/271a N 27). Dem Vermieter müsse, so wird im Wesentlichen geltend gemacht, die Möglichkeit zustehen, einen allfälligen Formfehler einer ersten Kündigung durch eine zweite formgültige Kündigung zu korrigieren, ohne damit bis drei Jahre nach Abschluss des Verfahrens, in dem sich der Streit um die Formgültigkeit der ersten Kündigung drehte, zuwarten zu müssen. BGE 131 III 31 hatte eine ähnliche, aber eben doch nicht die gleiche Frage zum Gegenstand. Dort hatte das Bundesgericht nur (aber immerhin) darüber zu befinden, ob die Sperrwirkung von Art. 271a Abs. 1 lit. d OR – die mit der Sperrwirkung von Art. 271a Abs. 1 lit. e OR vergleichbar ist – zum Tragen kommt, wenn im früheren Verfahren die *materielle Wirksamkeit* einer Kündigung umstritten war, und diese Frage hat es bejaht. Daher wurde es dem Vermieter verwehrt, eine umstrittene Kündigung aus wichtigem Grund gemäss Art. 266g OR binnen der Sperrfrist (bei Art. 271a Abs 1 lit. d OR also während des noch hängigen ersten Verfahrens) durch eine ordentliche Kündigung zu ersetzen. *Eine Prüfung der Frage, ob die zweite Kündigung des Vermieters im Einzelfall tatsächlich missbräuchlich sei, schloss das Bundesgericht für diesen Fall ausdrücklich aus* (BGE 131 III 31 E. 3.5 S. 37). Im Ergebnis gestand es somit dem Tatbestand von Art. 271a Abs. 1 lit. d OR (und damit auch Art. 271 Abs. 1 lit. e OR) die *Fiktion einer treuewidrigen Kündigung* zu (TH. KOLLER, a.a.O., 422).

Im hier zu besprechenden Urteil 4C.432/2006 hatte das Bundesgericht über einen anders gelagerten Fall zu befinden. In einem früheren Mieterausweisungsverfahren war die Vermieterin unterlegen, weil das Tribunale d'appello des Kantons Tessin angenommen hatte, die Parteien hätten nach der Kündigung durch konkludentes Verhalten einen neuen Mietvertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen und dieser neue Vertrag sei nicht gekündigt worden. Rund elf Monate nach rechtskräftigem Abschluss dieses Verfahrens sprach die Vermieterin eine erneute Kündigung aus. Das Bundesgericht schützte den Standpunkt des Tribunale d'appello des Kantons Tessin, welches in diesem Fall Art. 271a Abs. 1 lit. e OR nicht angewandt hatte. Zur Begründung führte das Bundesgericht aus, bei einer Kündigung während der Sperrfrist von Art. 271a Abs. 1 lit. e OR müsse der Mieter die Kausalität zwischen der (zweiten) Kündigung und dem früheren Verfahren nicht beweisen; die Missbräuchlichkeit der zweiten Kündigung werde diesfalls vermutet. Diese Vermutung entfalle aber (unter anderem), wenn sich der Vermieter mit der Kündigung nicht am Mieter habe rächen wollen, sondern die in einem vorangehenden Verfahren aus formellen Gründen als nichtig oder unwirksam erkannte Kündigung erneut ausspreche (E. 4.4). In einem Fall wie dem vorliegenden

beruhe der Kündigungsentschluss auf vor dem ersten Verfahren liegenden Gründen; im zweiten Verfahren werde die Kündigung lediglich auf korrekte Weise wiederholt. Das bedeute, dass die (zweite) Kündigung nicht vom Wunsch auf Rache («vendetta») am Mieter geprägt sei. In einem solchen Fall Art. 271a Abs. 1 lit. e OR anzuwenden, würde Sinn und Zweck dieser Norm («il senso e lo scopo di questa norma») widersprechen (E. 4.5).

In der mietrechtlichen Literatur ist dieser Entscheid im Grundsatz auf Zustimmung gestossen (RAOUL FUTTERLIEB, MRA 2007, 88 f. [der von einer Relativierung der Tragweite von BGE 131 III 33 spricht]; MARINO MONTINI, DdB 2008, 46 [«utile précision de la jurisprudence»]), auch wenn gewisse Überlegungen des Bundesgerichts im konkreten Fall nicht in jeder Hinsicht zu überzeugen vermögen (FUTTERLIEB, a.a.O., 89; HEDIGER, a.a.O., 320). Fraglich ist allerdings noch, welche Tragweite ihm genau zukommt. Im Wesentlichen Einigkeit besteht soweit ersichtlich darüber (vgl. SVIT-KOMMENTAR, Art. 271a OR N 31; LACHAT et al., S. 620 Ziff. 29/5.4.6; FUTTERLIEB, a.a.O., 89; früher schon CHK-P. HEINRICH, Art. 271–271a OR N 10; ähnlich, aber etwas differenzierter BSK OR I-WEBER, Art. 271/271a N 27), dass die Sperrwirkung von Art. 271a Abs. 1 lit. d und e OR greift, wenn das erste Verfahren eine Kündigung betraf, die *missbräuchlich oder aus materiellrechtlichen Gründen unwirksam* war (z. B. wegen Fehlens einer schweren Pflichtverletzung i.S.v. Art. 257f Abs. 3 OR), und dass sie im Gegenzug nicht zum Tragen kommt, wenn die Kündigung, um welche sich das frühere Verfahren drehte, sich als *formnichtig* erwies (z.B. weil die Kündigung einer Familienwohnung nicht beiden Ehegatten mit separatem Schreiben eröffnet worden war).

Letzteres steht aber nach wie vor nicht mit Sicherheit fest. Im Urteil 4C.441/2006 vom 23. März 2007 (vgl. zu diesem Entscheid einlässlich oben Ziff. 3) drehte sich der Streit um die Gültigkeit der Kündigung einer Familienwohnung. Bei der Beurteilung der Frage, ob die Sache berufungsfähig sei, nahm das Bundesgericht an, der Mieter komme im Falle des Obsiegens in den Genuss der dreijährigen Sperrfrist von Art. 271a Abs. 1 lit. e OR, weshalb der Streitwert das 36-Fache des Monatsmietzinses betrage (a.a.O. E. 2.2). Daraus wurde in der Literatur zum Teil der Schluss gezogen, dass ein Rechtsstreit über die Formnichtigkeit der Kündigung eine dreijährige Sperrfrist auslöst, wenn der Mieter den Prozess gewinnt (THOMAS GABATHULER/PETER NIDERÖST, plädoyer 3/2007, 44). Ein solcher Schluss aus einer *prozessrechtlichen* Erwägung auf das *materielle* Recht ist zwar nicht zwingend, aber immerhin naheliegend. Problematisch wäre eine solche Sperrfrist allerdings dann, wenn der Vermieter nicht um die Benutzung des Mietobjekts als Familienwohnung gewusst hat.

Keineswegs sicher ist im Weitern, ob die Sperrwirkung auch dann entfällt, wenn – wie dies in der Literatur z.T. geltend gemacht wird – die erste Kündigung «formell fehlerhaft» war, weil z.B. vorgängig eine zu kurze Zahlungsfrist nach Art. 257d Abs. 1 OR angesetzt worden war oder keine schriftliche Abmahnung nach Art. 257f Abs. 3 OR erfolgte (SVIT-KOMMENTAR, Art. 271a OR N 31; FUTTERLIEB, a.a.O., 89; früher schon CHK-P. HEINRICH, Art. 271–271a OR N 10). Eine solche Kündigung leidet *nicht an einem Formmangel* i.S.v. Art. 266l ff. OR (wie z.B. eine Kündigung durch den Vermieter ohne Verwendung des vom Kanton genehmigten Formulars), sondern es fehlt eine *Kündigungsvoraussetzung*. Unseres Erachtens muss in solchen Fällen der Vermieter eine neue (korrekte, d.h. bei einer Wohn- oder Geschäftsraummiete mindestens dreissigtägige) Nachfrist für die Zahlung des Mietzinses ansetzen (Art. 257d Abs. 1 Satz 2 OR) bzw. den Mieter schriftlich auf seine Pflicht zur Sorgfalt und Rücksichtsnahme hinweisen (Art. 257f Abs. 3 OR). Wenn der Mieter seiner Zahlungspflicht oder seiner Pflicht zum sorgfältigen Gebrauch der Mietsache anschliessend weiterhin nicht nachkommt, kann der Vermieter von seinem entsprechenden ausserordentlichen Kündigungsrecht erneut Gebrauch machen. Im folgenden Rechtsstreit sind dann Art. 271a Abs. 1 lit. d oder e OR wegen Art. 271a Abs. 3 lit. b und c OR nicht anwendbar (ähnlich auch CR CO I-LACHAT, Art. 266o N 4; a.M. dagegen etwa CHK-P. HEINRICH, Art. 266–266f OR N 7, der z.B. bei einer Zahlungsverzugskündigung keine Wiederholung der Mahnung, sondern nur eine Wiederholung der Kündigung verlangt).

Im Übrigen ist daran zu erinnern, dass unter Umständen auch – wie es WEBER ausdrückt – *ein Formfehler Ausdruck einer Treuwidrigkeit sein kann*, so etwa wenn der Vermieter absichtlich ohne Formular in der Hoffnung kündigt, der sprachunkundige Mieter werde sich nicht über seine Rechte informieren können und ausziehen (BSK OR I-WEBER, Art. 271/271a N 27). Ein solches Verhalten bei der ersten Kündigung müsste dann zumindest berücksichtigt werden, wenn der Vermieter eine zweite (formgültige) Kündigung ausspricht, indem diese zweite Kündigung als missbräuchlich qualifiziert wird. Diese

Frage stellt sich natürlich nur, wenn man mit der h. L. annimmt, die dreijährige Sperrfrist komme nicht zum Tragen, wenn die umstrittene erste Kündigung bloss an einem Formfehler litt.

Kurz: Ein wichtiger mietrechtlicher Problemkreis ist weiterhin nicht geklärt, auch wenn dies in der Literatur überwiegend anders gesehen wird. Auf die Fortsetzung der Geschichte darf man daher gespannt sein.

5. Vertraglicher Ausschluss des Hypothekarzinssatzes als Bemessungsfaktor für den Mietzins ist nichtig

BGE 133 III 61 (4C.203/2006) = Pra 2008 Nr. 4 S. 28 ff. = mp 2007, 26 ff. = MRA 2007, 7 ff. = CdB 2007, 46 ff. = DdB 2008, 34 ff.

Eine Pensionskasse, deren Liegenschaften alle eigenmittelfinanziert sind, schloss seit 20 Jahren in ihren Mietverträgen die Entwicklung des Hypothekarzinssatzes als Bemessungsfaktor für den Mietzins ausdrücklich aus. A und B sind seit 2001 bzw. 1994 Mieter je einer Dreizimmerwohnung in Lausanne. Im April 2002 teilte die Vermieterin mit, der Mietzins werde für A von Fr. 1085.– auf neu Fr. 1208.– (netto) und für B von Fr. 1180.– auf neu Fr. 1387.– (netto) erhöht. Sie begründete dies mit wertvermehrenden Investitionen sowie der Teuerung. A und B fochten den bestehenden Mietzins sowie die Mietzinserhöhung an und verlangten, der Mietzins sei aufgrund des gesunkenen Hypothekarzinssatzes zu reduzieren. Nach dem gescheiterten Schlichtungsversuch entsprach das Mietgericht den Begehren der Mieter weitgehend und passte den Mietzins dem gesunkenen Hypothekarzinssatz an. Die zweite kantonale Instanz sowie das Bundesgericht schützten diesen Entscheid.

Das Bundesgericht kommt in seinem Urteil zum Schluss, die Parteien hätten zwar den übereinstimmenden Willen gehabt, eine Anpassung des Mietzinses im Falle von Schwankungen des Hypothekarzinssatzes auszuschliessen, doch sei eine solche Vereinbarung nichtig (BGE 133 III 61 E. 2 und E. 3 S. 66 ff.). Gemäss dem zwingenden Art. 270a OR könne der Mieter eine Herabsetzung des Mietzinses verlangen, wenn der Vermieter wegen einer wesentlichen Änderung der Berechnungsgrundlagen, vor allem wegen einer Kostensenkung, einen nach den Artikeln 269 und 269a OR übersetzten Ertrag aus der Mietsache erziele. Ob eine *Änderung der Berechnungsgrundlage* vorliege, bestimme sich nach den in Art. 269a OR genannten Kriterien, die selbstverständlich auch die Entwicklung des Hypothekarzinssatzes umfassten (mit Verweis auf Art. 13 VMWG). Es würde der zwingenden Natur von Art. 270a OR widersprechen, wenn die Parteien selbst die Kriterien auswählen oder festlegen könnten, nach denen sich eine Änderung der Berechnungsgrundlage bemesse. Andernfalls würde es genügen, die in Art. 269a OR genannten Faktoren auszuschliessen und stattdessen eine Berechnungsgrösse in den Mietvertrag aufzunehmen, die sich voraussichtlich nur nach oben verändern oder konstant bleiben würde, um Mietzinsherabsetzungen zu verunmöglichen (BGE 133 III 61 E. 3.2.3 S. 74).

Noch in BGE 120 II 302 E. 7b S. 306 hatte das Bundesgericht in einem *obiter dictum* die Frage offengelassen, ob die Parteien eines Mietvertrages im Hinblick auf künftige Mietzinsänderungen die Anwendbarkeit einer individuellen Kostenstruktur vereinbaren könnten, was es mit dem vorliegenden Urteil nun verneint. Dies überrascht angesichts der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Hypothekarzins im Mietrecht allerdings kaum. Nach dieser sind bei der Berechnung einer Mietzinsänderung nicht die konkreten Finanzierungsverhältnisse beim jeweiligen Mietobjekt, sondern verallgemeinerte Werte massgebend. Abzustellen ist auf einen standardisierten Leitzinssatz (bzw. neu gemäss Art. 12a VMWG [in Kraft seit dem 1. Januar 2008] auf den vom Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement bekannt gegebenen *Referenzzinssatz*) sowie auf ein Verhältnis von 60% Fremd- zu 40% Eigenkapital (welches Verhältnis Art. 13 VMWG zugrunde liegt). Unerheblich ist dabei, ob der vom Vermieter effektiv geschuldete Hypothekarzinssatz über oder unter dem Leitzinssatz liegt, ob seine Immobilie zu mehr oder weniger als 60% fremdfinanziert ist oder ob er überhaupt je einen Hypothekarkredit in Anspruch genommen hat (vgl. BGE 101 II 333 E. 2 S. 335 ff., BGE 103 II 258 E. 5 S. 263 f., BGE 118 II 45 E. 2a S. 47 f. = Pra 1993 Nr. 57 sowie auch BGE 120 II 302 E. 6 f. S. 304 ff.). Geht man von diesen Prämissen aus, ist das hier besprochene Urteil nicht zu beanstanden (ähnlich wohl auch SVIT-KOMMENTAR, Art. 269a OR N 48). Es liegt auf der Hand und entspricht beinahe einhelliger Lehre, dass die zum Schutz vor missbräuchlichen Mieten aufgestellten Art. 270a, 269a und 269 OR zugunsten des Mieters zwingend sind (vgl. die

Nachweise in BGE 133 III 61 E. 3.2 S. 71 ff.). Ist nun – gemäss Art. 13 VMWG und der erwähnten bundesgerichtlichen Praxis – der Leitzinssatz für alle Mietobjekte ein Kostenfaktor nach Art. 269a OR, so kann dem Mieter nicht vertraglich untersagt werden, sich auf eine Senkung dieses Kostenfaktors zu berufen (zustimmend zu diesem Urteil auch DAVID LACHAT, DdB 2008, S. 36 Ziff. 5). Dem Vermieter steht es aber selbstverständlich frei, gegen ein Mietzinsherabsetzungsbegehren einzuwenden, der Ertrag aus der Mietsache sei nicht übersetzt (BGE 121 III 163), die Miete entspreche dem Quartierüblichen (BGE 122 III 257 E. 4 S. 260 ff.) oder er habe seinerseits bei Hypothekarzinserhöhungen in ähnlichem Ausmass keine Mietzinserhöhung verlangt (vgl. Art. 13 Abs. 4 VMWG; vgl. zum Recht des Vermieters, sich gegen ein Herabsetzungsbegehren mit dem Einwand nach der *absoluten Methode* zur Wehr zu setzen, er erziele auch ohne Reduktion keinen übersetzten Ertrag, unten Ziff. 6).

Die Kritik, welche dem Entscheid des Bundesgerichts erwachsen ist, richtet sich denn auch weniger gegen dessen Erwägungen als im Grunde mehr gegen die bisherige höchstrichterliche Praxis, die alle Mietzinse an einen Leitzinssatz koppelt und die Berücksichtigung der realen Finanzierungsverhältnisse verunmöglicht (vgl. THOMAS WETZEL, MRA 2007, 14 ff.; SVIT-KOMMENTAR Art. 269a OR N 48 ff.; PHILIPPE RICHARD, CdB 2007, 37 ff.). Dass die Anbindung an den Hypothekarzinssatz in der Politik auf breite Ablehnung stösst (vgl. NICOLAS SAVIAUX, AJP 2007, 424 ff., 428), berücksichtigt das Bundesgericht *de lege lata* jedoch zu Recht nicht (BGE 133 III 61 E. 3.2.3 S. 75). Es wäre Sache des Gesetzgebers, das allenfalls unerwünschte Junktim zwischen Hypothekarzins und Mietzins zu brechen. Ob dies in nächster Zeit geschehen wird, ist zurzeit offen. Der Bundesrat hat eine entsprechende Änderung des Mietrechts dem Parlament vorgelegt (Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts [Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen] vom 12. Dezember 2008, BBl 2009, 347 ff. und 395 ff.). Der Nationalrat als Erstrat hat aber am 25. Mai 2009 beschlossen, auf die Vorlage nicht einzutreten (AB 2009 N 793).

Obwohl mit dem vorliegenden Urteil die bisherige Rechtsprechung zum Hypothekarzinssatz im Mietrecht konsequent fortgesetzt wird, wirft der Entscheid einige Fragen zum Umgang mit bestehenden Mietverträgen auf: a) Wie hat nun ein Vermieter vorzugehen, der in seinen Mietverträgen die Koppelung an den Hypothekarzinssatz wegbedungen hat? Kann auch er sich auf die Nichtigkeit dieser Bestimmung berufen und den Mietzins bei Ansteigen des Hypothekarzinssatzes ohne Weiteres *erhöhen*? Oder gilt die Nichtigkeit nur für Mietzins*herabsetzungen*? b) Wie ist die Rechtslage, wenn die Klausel im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs vereinbart wurde, was in einigen Kantonen offenbar häufig der Fall war? c) Und wie verhält es sich mit der Gültigkeit der Umsatzmiete, die zwar nicht explizit, aber im Ergebnis den Hypothekarzinssatz als Berechnungsfaktor ausschliesst?

a) Gemäss dem hier besprochenen Urteil ist eine Klausel, welche die Berücksichtigung von Hypothekarzinssatzänderungen bei der Feststellung und Anpassung der Miete ausschliesst, *nichtig* im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR (BGE 133 III 61 E. 3.2.3 S. 75). Das Bundesgericht musste jedoch nur entscheiden, ob sich die Mieter trotz einer solchen Klausel auf den gesunkenen Hypothekarzinssatz berufen und eine Mietzinsherabsetzung verlangen können. Die Frage, ob die zugunsten des Mieters nichtige Klausel auch bei einer durch den Vermieter beabsichtigten Mietzinserhöhung unbeachtlich sei, war im vorliegenden Fall nicht zu beantworten. Da die Art. 269 ff. OR lediglich einseitig zwingend sind, können sie nur verletzt sein, wenn eine Vertragsklausel eine *Mietzinsherabsetzung* trotz gesunkenen Kostenfaktoren ausschliesst. Wird umgekehrt eine *Mietzinserhöhung* verunmöglicht, verletzt dies die Bestimmungen zum Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen offensichtlich nicht. Von der Nichtigkeitsfolge des Art. 20 Abs. 1 OR ist daher nur die Situation mit sinkenden, nicht jedoch jene mit steigenden Hypothekarzinssätzen erfasst. Allerdings hätten die Parteien bei Kenntnis der einseitigen Nichtigkeit die Klausel über die Unbeachtlichkeit der Hypothekarzinsentwicklung höchstwahrscheinlich vollständig weggelassen. Dieser hypothetische Parteiwille ist zu beachten und führt nach Art. 20 Abs. 2 OR zur gänzlichen Nichtigkeit der Vertragsklausel, da auch der Schutzzweck von Art. 269 ff. OR eine teilweise Aufrechterhaltung nicht verlangt (vgl. BSK OR I-HUGUENIN, Art. 19/20 N 62 f.). Diese Bestimmungen wollen missbräuchliche Mietzinse verhindern, nicht jedoch den Mieter gegenüber dem Vermieter grundsätzlich besserstellen. Im Ergebnis kann sich daher ein Vermieter auf die Nichtigkeit der Klausel berufen, wonach Hypothekarzinsänderungen bei der Anpassung der Miete unbeachtlich seien, und bei der nächsten Hypothekarzinserhöhung ohne Weiteres den Mietzins erhöhen. Dem Mieter steht aber gegen eine Mietzinserhöhung aufgrund gestiegenen Hypothekarzinssatzes stets der Einwand offen, dass bei früheren Hypothekarzinssen-

kungen keine Senkung des Mietzinses stattgefunden habe (vgl. Art. 13 Abs. 4 VMWG). Ungemütlicher ist die Rechtslage dagegen für denjenigen Vermieter, der in seine Mietverträge eine *salvatorische Klausel* aufgenommen hat, d.h. eine Bestimmung, nach welcher bei Nichtigkeit eines Teils des Vertrags der ganze übrige Vertrag gültig bleiben soll. Eine salvatorische Klausel geht Art. 20 Abs. 2 OR vor (INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006, N 32.41), weshalb die Klausel zum Hypothekarzinsausschluss im Hinblick auf eine Mietzinserhöhung gültig bleibt.

b) SAVIAUX weist in seiner Urteilsbesprechung darauf hin, dass im Kanton Waadt in der Vergangenheit gerichtliche Vergleiche geschlossen wurden, welche die Anwendung des Hypothekarzinssatzes für die Zukunft ausschlossen. Er geht davon aus, dass diese Vergleiche weiterhin gültig seien, weil ein gerichtlicher Vergleich rechtskräftig werde (SAVIAUX, a.a.O., 426 und 430 ff.). Diese Ansicht überzeugt jedoch nicht.

aa) Unhaltbar ist zunächst einmal schon seine Auffassung, man könne auch weiterhin in gerichtlichen oder gar aussergerichtlichen Vergleichen den Hypothekarzinssatz *für die Zukunft* als Bemessungsfaktor abwählen (vgl. SAVIAUX, a.a.O., 430 f.). Derartiges lässt sich aus dem hier besprochenen Urteil beim besten Willen nicht ableiten, im Gegenteil! *Für die von ihm getroffene Unterscheidung, der Mieter könne nur bei Vertragsschluss nicht auf die Berücksichtigung des Hypothekarzinssatzes als Bemessungsfaktor für den Mietzins verzichten, im laufenden Mietverhältnis* (gleichsam über eine Vertragsänderung) *aber schon* (a.a.O., 432), *bietet der Entscheid keine Stütze.*

bb) Ist aber die Berücksichtigung des Hypothekarzinssatzes als Bemessungsfaktor des Mietzinses im laufenden Mietverhältnis ebenfalls zwingendes Recht, so kann der Mieter auch in einem gerichtlichen Vergleich nicht wirksam *pro futuro* darauf verzichten. *Ganz generell kann bei einem Dauerschuldverhältnis der Schutz zwingender Normen für die Zukunft nicht rechtswirksam wegbedungen werden; dem Betroffenen fehlt insoweit die Dispositionsbefugnis, die für einen Vergleich erforderlich wäre.* Das gilt selbstredend auch für das Mietrecht. Unproblematisch im Rahmen eines Mietzinsherabsetzungsprozesses nach Art. 270a OR ist nur eine Vereinbarung über die Höhe des im Streit stehenden Mietzinses, die dann wirksam bleibt, bis sich die Berechnungsgrundlagen (und dazu gehört auch der Hypothekarzinssatz) wieder wesentlich ändern. Ein gerichtlicher Vergleich

dagegen, der es dem Mieter verunmöglichen würde, bei einer späteren Änderung des massgebenden Hypothekarzinssatzes eine Mietzinsherabsetzung nach Art. 270a OR zu verlangen, *hätte einen widerrechtlichen Inhalt und wäre daher insoweit (teil)nichtig.*

cc) Dies wirft die Frage auf, wie zu verfahren ist, wenn trotzdem eine entsprechende Regelung in einen gerichtlichen Vergleich aufgenommen worden ist. Unseres Erachtens ist dem Mieter zu gestatten, bei einer späteren wesentlichen Änderung der Berechnungsgrundlagen erneut eine Mietzinsherabsetzung nach Art. 270a OR zu verlangen, wobei *vorfrageweise die teilweise Unverbindlichkeit des vormaligen Vergleichs festzustellen ist.* Dies muss insbesondere für Vergleiche aus jenen Kantonen gelten, nach deren Zivilprozessordnungen ein Vergleich zu einer Prozessbeendigung *ipso iure* führt und kein Erledigungsentscheid ergeht (so namentlich im Kanton Waadt, vgl. OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006, Kap. 9 N 63 ff.; ebenso in Zukunft Art. 241 der Schweizerischen ZPO [vgl. dazu die Ausführungen in der bundesrätlichen Botschaft zu Art. 237 E-ZPO, BBl 2006, 7345]).

c) Das Gesetz sieht mit der Index- und der Staffelmiete (Art. 269b und 269c OR) Mietverhältnisse vor, bei denen Hypothekarzinsänderungen keinen Einfluss auf den Mietzins haben. Die Praxis hat mit der *umsatzabhängigen* und der *lohnabhängigen* Miete zwei weitere solche Modelle geschaffen. Gemäss der Rechtsprechung (BGE 116 II 184 E. 3 S. 186 ff.) sowie verbreiteter Auffassung in der Lehre (CHK-P. HEINRICH, Art. 269b OR N 25; LACHAT et al., S. 400 f. Rz. 19/10.2; BSK OR I-WEBER, Art. 269b N 10) unterliegt die lohnabhängige Wohnraumiete, wie sie beispielsweise für Immobilien der öffentlichen Hand in Genf oder für Pfarrhäuser üblich ist, der Missbrauchsgesetzgebung von Art. 269 ff. OR. Ein vollständiger Ausschluss des Hypothekarzinssatzes als Kostenfaktor für den Mietzins ist somit auch mit der lohnabhängigen Miete nicht zu erreichen. Andererseits besteht Einigkeit darüber, dass für Umsatzmieten die Kriterien von Art. 269a ff. OR nicht gelten (BGE 116 II 587 E. 2 f. S. 590 ff.; für die beinahe einhellige Auffassung in der Literatur vgl. statt vieler BSK OR I-WEBER, Art. 269b N 10 m.w.Hw.). Auch im nun vorliegenden Urteil erwähnt das Bundesgericht die Möglichkeit, den Mietzins von Geschäftsräumen an den Umsatz zu koppeln, und geht offenbar davon aus, dies sei trotz der damit verbundenen Ausschaltung des Hypothekarzinssatzes weiterhin zulässig (BGE 133 III 61

E. 3.2.3 S. 74). Weshalb aber ausgerechnet bei der Umsatzmiete der Verzicht auf ein – gemäss Bundesgericht – zwingendes Bemessungskriterium möglich sein soll, leuchtet streng logisch betrachtet nicht ein. Über diesen Widerspruch in der höchstrichterlichen Urteilsbegründung mag man sich wundern, doch steht ausser Frage, dass die in der Praxis der Geschäftsraummiete verbreitete Umsatzmiete einem breiten Bedürfnis entspricht und – zumal keine Bedenken des Sozialschutzes entgegenstehen – auch künftig gültig sein muss.

6. Anwendung der relativen oder der absoluten Methode bei einem Mietzinsherabsetzungsbegehren nach Art. 270a OR?

Urteil 4C.34/2007 vom 15. Mai 2007 = mp 2007, 165 ff. = CdB 2007, 75 ff.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts beurteilt sich ein Mietzinsherabsetzungsbegehren des Mieters gemäss Art. 270a OR nach der sogenannten *relativen Methode,* d.h. massgebend sind nur diejenigen Veränderungen der Berechnungsgrundlagen (z.B. Hypothekarzinssatz; Landesindex der Konsumentenpreise etc.), welche seit der letzten Mietzinsfestsetzung eingetreten sind (BGE 133 III 61 E. 3.2.2.2 S. 72, m.Nw.; siehe zu diesem Urteil auch oben Ziff. 5). Im Gegenzug kann sich aber der Vermieter gegen das Herabsetzungsbegehren mit dem Einwand nach der *absoluten Methode* zur Wehr setzen, er erziele auch ohne Reduktion des Mietzinses keinen übersetzten Ertrag (BGE 121 III 163; SVIT-Kommentar, Art. 270a OR N 20; kritisch dazu BSK OR I-Weber, Art. 269 N 18). Eine Ausnahme vom Grundsatz, wonach sich der Mieter im Herabsetzungsverfahren nur auf die relative Methode berufen kann, will das Bundesgericht bloss unter ganz besonders aussergewöhnlichen Umständen erlauben, so wenn seit der letzten Mietzinsfestsetzung eine sehr lange Zeit verstrichen ist (vgl. dazu das Urteil 4C.291/2001 vom 9. Juli 2002 E. 2b gg und E. 2c, in welchem aber das Bundesgericht solche Umstände verneinte).

Auch im hier erwähnten Fall *bestätigte das Bundesgericht den Grundsatz,* dass sich der Mieter im Mietzinsherabsetzungsverfahren nur ganz ausnahmsweise auf die absolute Methode berufen kann. In casu liess es eine Frist von etwas mehr als acht Jahren zwischen der letzten – in einem gerichtlichen Vergleich enthaltenen – Mietzinsfestsetzung und dem Herabsetzungsbegehren nicht genügen, um entsprechende aussergewöhnliche Umstände zu bejahen. Würde man – so das Bundesgericht – diese Zeitspanne allein genügen lassen, so hätte dies zur Folge, dass die relative Methode nur während einiger Jahre und anschliessend regelmässig die absolute Methode anwendbar wäre. *Aussergewöhnliche Umstände seien nur gegeben, wenn sich die Entwicklung seit der letzten Mietzinsfestsetzung so präsentiere, dass die blosse Berücksichtigung der seither eingetretenen Veränderungen nicht zu einem angemessenen Resultat führen würde.* Im vorliegenden Fall sei das weder behauptet noch belegt (E. 3.1.2).

Was man unter besonderen Umständen verstehen könnte, welche eine Durchbrechung des oben erwähnten Grundsatzes rechtfertigen würden, bleibt damit weiterhin unklar. Die Zukunft wird weisen, ob das Bundesgericht je Gelegenheit haben wird, anhand eines konkreten Beispiels zu illustrieren, wann sich der Mieter im Herabsetzungsverfahren ausnahmsweise auf die absolute Methode berufen kann.

7. Auch eine i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB offensichtlich rechtsmissbräuchliche Kündigung muss angefochten werden

BGE 133 III 175 (4C.372/2006) = mp 2007, 177 ff. = SJZ 103 (2007), 233 f. = DdB 2008, 38 ff.

Mit Mängeln behaftete Kündigungen von Wohn- und Geschäftsräumen können nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und h.L. entweder *unwirksam (inefficace), nichtig (nul)* oder *anfechtbar (annulable)* sein. Von unwirksamen Kündigungen wird beispielsweise gesprochen, wenn ausserordentlich gekündigt wird, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür nicht erfüllt sind, wenn die Kündigung im Widerspruch zu einer vertraglichen Verpflichtung steht oder wenn sie nicht von einer Vertragspartei ausgeht. Nichtige Kündigungen sind solche, die gegen die Formvorschriften der Art. 266l ff. OR verstossen (vgl. zur Unwirksamkeit und Nichtigkeit bspw. BGE 122 III 92 E. 2d S. 95 f.; 121 III 156 ff.; SVIT-Kommentar, Art. 266l–266o OR N 24 ff.; Lachat et al., S. 598 ff. Rz. 29/2.1 ff.; Peter Higi, AJP 2007, 784 ff.). Unwirksamkeit und Nichtigkeit sind in jedem Verfahrensstadium von Amtes wegen zu berücksichtigen, d.h. insbesondere auch im Ausweisungsverfahren (vgl. dazu ausführ-

lich THOMAS KOLLER, AJP 1996, 767 ff.). Die Unterscheidung zwischen Unwirksamkeit und Nichtigkeit ist praktisch bedeutungslos und nicht sinnvoll (ähnlich BSK OR I-WEBER, Art. 266o N 2); die beiden Begriffe sind letztlich Synonyme (CR CO I-LACHAT, Art 266o N 2; BSK OR I-WEBER, Art. 266o N 4; ähnlich CHK-P. HEINRICH, Art. 257d OR N 12 [«Eine unwirksame ausserordentliche Kündigung ist nichtig.»]). Grundlegend anders verhält es sich im Gegensatz zu nichtigen/unwirksamen Kündigungen mit bloss anfechtbaren Kündigungen: Auf solche muss innerhalb der 30-tägigen Frist von Art. 273 OR mit einem Anfechtungsbegehren bei der Schlichtungsbehörde reagiert werden, ansonsten die Kündigung gültig bleibt. Dementsprechend kann die Anfechtung als (fristgebundene) *Gestaltungsklage* aufgefasst werden (BSK OR I-WEBER, Art. 271/271a N 1a).

Eine Kündigung ist nach Art. 271 ff. OR anfechtbar, wenn sie gegen Treu und Glauben verstösst, sowie in den in Art. 271a Abs. 2 OR ausdrücklich aufgeführten Fällen. In BGE 133 III 175 hatte das Bundesgericht zu entscheiden, ob Art. 271 OR eine selbstständige Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB im Bereich der Kündigung eines Wohn- oder Geschäftsraummietvertrages ausschliesse. Diese Frage ist deshalb von Bedeutung, *weil nach allgemeinen Prinzipien eine offensichtlich rechtsmissbräuchliche Rechtsausübung i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB an sich Nichtigkeit zur Folge hätte und von Amtes wegen berücksichtigt werden müsste* (BGE 95 II 109 E. 4 S. 115), eine Anfechtung also nicht erforderlich wäre. In der Lehre ist die Frage umstritten; überwiegend wird aber geltend gemacht, auch eine offensichtlich rechtsmissbräuchliche Kündigung sei bei der Wohn- und Geschäftsraummiete bloss anfechtbar (siehe die umfassenden Literaturnachweise in BGE 133 III 175 E. 3 S. 176 f.). Das Bundesgericht setzt sich in seinem Entscheid nur kurz mit den divergierenden Lehrmeinungen auseinander und geht in E. 3.3 zu einer historischen Auslegung von Art. 271 OR über. Der Wille des Gesetzgebers ergebe sich klar aus den Materialien. So habe der Bundesrat ursprünglich vorgeschlagen, dass eine Kündigung, die gegen Treu und Glauben verstosse, unwirksam sei. Erst das Parlament habe die Rechtsfolge der Unwirksamkeit durch jene der Anfechtbarkeit ersetzt und dabei bewusst in Kauf genommen, dass der Mieter auch eine offensichtlich rechtsmissbräuchliche Kündigung anfechten müsse. Da sich aus den parlamentarischen Voten der Wille des Gesetzgebers klar ergebe, wonach Art. 271 OR sowohl für den Tatbestand als auch für die Rechtsfolge eine *lex specialis* zu Art. 2 Abs. 2 ZGB darstelle, könne der Mieter den Einwand des Rechtsmissbrauchs im Ausweisungsverfahren nicht mehr erheben.

Führt man sich die Entstehungsgeschichte der Art. 271 ff. OR und die vom Bundesgericht angeführten Voten in den parlamentarischen Beratungen vor Augen (AB 1989 N 536 und AB 1988 S 173 ff.), fragt sich, weshalb die hier diskutierte Rechtsfrage in der Literatur überhaupt umstritten war. HIGI weist in seiner Urteilsbesprechung denn auch pointiert nach, dass kurz nach Inkrafttreten des aktuellen Rechts am 1. Juli 1990 noch keine Zweifel am Vorrang von Art. 271 OR bestanden habe (HIGI, a.a.O., 785 ff.). Schon bald aber wurde in der Literatur das Argument vorgebracht, der offensichtliche Rechtsmissbrauch müsse zur Nichtigkeit einer Kündigung führen. Allerdings setzten sich diese Stimmen nicht mit der wenige Jahre zuvor im Parlament geführten Diskussion auseinander (siehe etwa DAVID LACHAT/DANIEL STOLL, Das neue Mietrecht, Zürich 1991, 340). Der bundesgerichtliche Entscheid überrascht vor diesem Hintergrund kaum. Gleichzeitig steht das Urteil im Einklang mit der Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Arbeitsrecht. Missbräuchliche Kündigungen eines Arbeitsverhältnisses sind nicht nichtig, sondern wirksam und ziehen als spezielle Rechtsfolge eine Entschädigungspflicht nach sich (Art. 336a OR); dies gilt auch bei Kündigungen, deren Rechtsmissbräuchlichkeit nicht auf einem der Sondertatbestände von Art. 336 OR, sondern auf dem Grundtatbestand von Art. 2 Abs. 2 ZGB beruht, und deren Bedeutung in den letzten Jahren zugenommen hat (vgl. etwa BGE 132 III 115 sowie 132 III 257 und einlässlich dazu THOMAS KOLLER, ZBJV 2008, 338 ff.).

Unter rechtstheoretischen Gesichtpunkten mag man bedauern, dass ein offensichtlicher Rechtsmissbrauch innerhalb einer dreissigtägigen Frist vor Gericht geltend gemacht werden muss, ansonsten er geschützt wird. Insofern haben die kritischen Stimmen die besseren Argumente für sich (kritisch zum hier besprochenen Urteil LACHAT et al., S. 599 Rz. 29/2.5, sowie PASCAL PICHONNAZ, DdB 2008, S. 39 f. Rz. 7 ff.; vorher z.B. schon gegen die nunmehrige Lösung BSK OR I-WEBER, Art. 266o N 4 und Art. 271/271a N 29; PETER ZIHLMANN, Das Mietrecht, 2. Aufl., Zürich 1995, 207). Da sich jedoch der Gesetzgeber bewusst für die nun vom Bundesgericht bestätigte Lösung entschieden hat, nützt dies nichts. Zudem ist die Situation im Mietrecht wesentlich weniger problematisch als im Arbeitsrecht. Dem

Arbeitnehmer, dem offensichtlich missbräuchlich gekündigt wird, steht keine Möglichkeit offen, die Weiterdauer des Vertragsverhältnisses zu bewirken, dem Mieter immerhin schon. Dass dazu die Untätigkeit nicht genügt, wird dem Mieter hinreichend bewusst gemacht, weil die Kündigung mit einem amtlich genehmigten Formular erfolgen muss, das gemäss Art. 266l Abs. 2 OR zwingend auf die Anfechtungsmöglichkeit und die dreissigtägige Frist hinzuweisen hat (so zu Recht auch BGE 133 III 175 E. 3.3.3 S. 179).

8. Hat der Mieter auch dann Suchbemühungen nachzuweisen, wenn er primär eine Kündigung als missbräuchlich anficht und nur subsidiär eine Erstreckung verlangt?

Urteil 4C.365/2006 vom 16. Januar 2007 = MRA 2006, 171 ff. = mp 2007, 186 ff.

Nach Art. 272 Abs. 2 lit. e OR sind bei der Interessenabwägung im Rahmen einer Ersterstreckung die Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Wohn- und Geschäftsräume mitzuberücksichtigen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind dabei auch die Anstrengungen des Mieters um Suche eines Ersatzraumes in die Beurteilung einzubeziehen; *der Mieter hat sich grundsätzlich bereits im ersten Erstreckungsverfahren ernsthaft um Ersatzraum zu bemühen* (E. 4.4 des hier besprochenen Urteils; dazu statt aller auch BSK OR I-Weber, Art. 272 N 13, m.Nw.).

Fraglich ist aber, ob dies auch gilt, wenn der Mieter primär die Kündigung als missbräuchlich anficht und nur subsidiär eine Erstreckung verlangt (oder wenn die Schlichtungsstelle von Amtes wegen gestützt auf Art. 274e Abs. 3 OR im Anfechtungsverfahren eine Erstreckung des Mietverhältnisses prüft). Ein Mieter, der die Kündigung anficht und die Anfechtung ernst meint, kann ja im Grunde gar nicht ernsthaft nach einem Ersatzobjekt Ausschau halten (so auch BSK OR I-Weber, Art. 272 N 13; Irène Spirig, Grundsätze im Erstreckungsverfahren, mp 2008, 199, spez. 210 f.). Tut er es trotzdem und ist die Suche erfolgreich, so gerät er in ein Dilemma: Entscheidet er sich für das Ersatzobjekt, so wird die Kündigungsanfechtung (die vielleicht erfolgreich gewesen wäre) gegenstandslos. Schlägt er das Ersatzobjekt aus (in der Hoffnung, den Anfechtungsprozess zu gewinnen), so riskiert er, sowohl mit dem Anfechtungsbegehren als auch mit dem Erstreckungsbegehren zu unterliegen, falls man von ihm grundsätzlich Suchbemühungen verlangt. Ebenso ergeht es ihm, wenn er Suchbemühungen unterlässt, mit dem Anfechtungsbegehren aber nicht durchdringt (Thomas Gabathuler/Peter Nideröst, plädoyer 3/2007, 44; Lachat et al., S. 648 f. Rz. 30/6.24).

Das Bundesgericht hat diese Frage im hier besprochenen Urteil zwar beiläufig, aber scheinbar klar beantwortet: Dem Mieter, der mit dem Anfechtungsbegehren unterlag, wurde von der Vorinstanz auch die Mieterstreckung verweigert, weil er keine Suchbemühungen unternommen hatte. *Damit aber wird für den Mieter ein Anfechtungsprozess ausserordentlich riskant, wird ihm doch ein ganz beträchtliches Prognoserisiko aufgebürdet.* In der Literatur wurde daher geltend gemacht, dem Mieter, dessen Kündigungsanfechtung nicht offensichtlich aussichtslos sei, müsse das Recht zugestanden werden, mit seinen Suchbemühungen zumindest bis zu einem ersten Entscheid der Schlichtungsbehörde zu warten, ohne dass ihm dies in einem allfälligen Erstreckungsverfahren als Nachteil angerechnet werde (Spirig, a.a.O., 211; BSK OR I-Weber, Art. 272 N 13). Zum Teil wird gar – noch weiter gehend – moniert, Suchbemühungen könnten (somit wohl auch *nach* einem ersten Entscheid der Schlichtungsbehörde) nicht erwartet werden, wenn die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Kündigung ernstlich in Frage stehe (so SVIT-Kommentar, Art. 272 OR N 35; CHK-P. Heinrich, Art. 272 OR N 4; Lachat et al., S. 648 Rz. 30/6.24). Auch das Bundesgericht hat früher schon zumindest im erstgenannten Sinn entschieden (Urteil 4C.343/2004 vom 22. Dezember 2004 E. 4.2: «En l'espèce, à la décharge de la locataire, il convient toutefois de tenir compte du fait que la Commission de conciliation avait annulé la résiliation du 30 juin 2000, ce qui était de nature à dissuader la défenderesse d'entreprendre sans délai des recherches en vue de trouver d'autres locaux»; siehe auch den Hinweis im Urteil 4C.155/ 2003 vom 3. November 2003 E. 4.1 in fine). Damit wird deutlich: Der hier besprochene Entscheid schafft nicht grundsätzliche Klarheit, im Gegenteil. Er mag für sich betrachtet richtig sein, weil der Mieter auch dann keine Suchbemühungen unternahm, als die Schlichtungsstelle die Kündigung als gültig erachtete und eine Erstreckung gewährte, und weil (zumindest nach Auffassung sämtlicher Gerichtsinstanzen) die Kündigung offensichtlich nicht missbräuchlich war. Eine über den Einzelfall hinausgehende Tragweite kann ihm wohl nicht beigemessen werden.

In der Literatur wurde der Entscheid z. T. überinterpretiert. FUTTERLIEB hat im Anschluss an dieses Urteil geltend gemacht, eine Härte i.S.v. Art. 272 OR sei erst dann zu bejahen, wenn mit der Kündigung für den Mieter oder seine Familie verbundene besondere Schwierigkeiten und aussergewöhnliche Probleme es ihm verunmöglichen oder zumindest erschweren, bis zum Kündigungszeitpunkt ein Ersatzobjekt zu finden. Deshalb sei von zentraler Bedeutung, dass der Mieter durch ausreichende, erfolglose Suchbemühungen belegen könne, dass ihn die Kündigung ohne Erstreckung hart treffen würde (RAUL FUTTERLIEB, MRA 2006, 175). Das geht aber offenkundig zu weit (so auch GABATHULER/NIDERÖST, a.a.O., 44; ähnlich SPIRIG, a.a.O., 213). *Die unterlassene Suche des Mieters nach einem Ersatzobjekt stellt keinen absoluten Grund dar, eine erste Erstreckung zu verweigern* (Urteil 4C.146/2006 vom 24. August 2006 E. 2.2; BRUNO HEDIGER, SJZ 2008, 318 f.; ähnlich BSK OR I-WEBER, Art. 272 N 13). *Keine oder ungenügende Suchbemühungen führen in der Regel nur zu einer Reduktion der Erstreckungsdauer* (vgl. dazu als Beispiele BGE 125 III 226 E. 4c S. 230 f. und Urteil 4A_130/2008 vom 26. Mai 2008 E. 3.2 [zu letzterem auch BRUNO HEDIGER, SJZ 2009, 319]). Der gänzliche Ausschluss der Erstreckung wie im hier besprochenen Urteil bildet die Ausnahme.

9. Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung: Der Aberkennungsklage muss (de lege lata) ein Schlichtungsverfahren vorausgehen

BGE 133 III 645 (4A_237/2007) = mp 2007, 241 ff. = SJZ 103 (2007), 70 ff.

Das Bundesgerichtsgesetz kennt in Art. 74 Abs. 1 einen für miet- und arbeitsrechtliche Fälle um die Hälfte reduzierten Mindeststreitwert (Fr. 15 000.– statt Fr. 30 000.–). Wird der erforderliche Streitwert nicht erreicht, ist nach Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG die Beschwerde in Zivilsachen nur zulässig, wenn sich eine *Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung* stellt. Diese Hürde wird in der Praxis des Bundesgerichts sehr hoch angesetzt. Das Bundesgericht hat seit Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes in Dutzenden von Fällen das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung verneint und im Zivilrecht (inklusive SchKG) erst in einer Handvoll Fällen bejaht. Zwei davon stammen – trotz der reduzierten Streitwertgrenze! – aus dem Miet- und Arbeitsrecht (BGE 133 III 645 und 134 III 354). Zwei weitere Entscheide betrafen Rechtsöffnungen, eine für Mietzinse und die andere für Beiträge an die berufliche Vorsorge (BGE 134 III 267 und 134 III 115), und ein Urteil hatte eine wichtige AGB-Frage zum Thema (BGE 135 III 1). Offenbar scheint insbesondere in Bezug auf das Wohnen und das Arbeiten, mithin Grundlagen des menschlichen Daseins, das Bedürfnis nach höchstrichterlichem Schutz besonders ausgeprägt zu sein. Im Miet- und Arbeitsrecht stellen sich nicht selten auch bei tiefen Streitwerten Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung. Die bisherige Praxis *demonstriert eindrücklich die Daseinsberechtigung der Zulassungsbeschwerde* nach Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG.

Im hier zu besprechenden Fall (siehe dazu bereits kurz THOMAS KOLLER, recht 2007, 256) wurde ein Mieter für Mietzinsausstände sowie Heiz- und Nebenkosten betrieben. Im Rechtsöffnungsverfahren in Aarau wurde provisorische Rechtsöffnung für Fr. 2866.– nebst Zins erteilt. Daraufhin erhob der Mieter bei der Mietschlichtungsstelle Aberkennungsklage nach Art. 83 Abs. 2 SchKG und beantragte, es sei festzustellen, dass die betriebene Forderung nicht bestehe. Die Mietschlichtungsbehörde leitete die Eingabe an den Präsidenten des Bezirksgerichts weiter, weil sie und auch das Bezirksgericht der Meinung waren, Aberkennungsklagen seien direkt beim Gericht einzureichen. Zur Zuständigkeitsfrage folgte ein Verfahren vor dem Obergericht des Kantons Aargau, welches die Ansicht der beiden unteren Instanzen schützte. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte der Beschwerdeführer, das Urteil des Obergerichts aufzuheben und die Sache zur Entscheidung an die Mietschlichtungsbehörde zurückzuweisen.

Das Bundesgericht hielt zur Eintretensfrage fest, der erforderliche Streitwert werde nicht erreicht, doch sei die Frage, ob die Schlichtungsstelle in Mietangelegenheiten auch bei Aberkennungsklagen anzurufen ist, von grundsätzlicher Bedeutung. Die Praxis in den Kantonen hierzu divergiere, und die Meinungen in der Lehre seien geteilt. Daher müsse die sich häufig stellende Zuständigkeitsfrage höchstrichterlich entschieden werden, um die herrschende Rechtsunsicherheit zu beseitigen. Gestützt auf Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG trat das Bundesgericht auf die Beschwerde ein und hob das vorinstanzliche Urteil auf. Es stellte fest, dass die Mietschlichtungsbehörde in Aarau allein zuständig sei, und wies die Sache zur Durchführung des Schlichtungsverfahrens an sie zurück.

Das Bundesgericht setzt sich in Erwägung 5 seines Urteils ausführlich mit den gegensätzlichen Lehrmeinungen zur sachlichen Zuständigkeit bei der mietrechtlichen Aberkennungsklage auseinander. Der nunmehr unterlegene Teil der Autoren führt zwei Hauptargumente ins Feld, weshalb bei der Aberkennungsklage kein Schlichtungsverfahren durchzuführen sei: Erstens habe der Gesetzgeber in Kenntnis der mietverfahrensrechtlichen Problematik in Art. 83 Abs. 2 des revidierten SchKG bestimmt, die Aberkennungsklage sei «beim Gericht» des Betreibungsortes zu erheben. Zweitens seien wegen des bereits durchgeführten Rechtsöffnungsverfahrens Schlichtungsbemühungen sinnlos und würden das Verfahren nur verzögern (ZK-Higi, Art. 274a N 51 und Art. 274b N 15; SVIT-Kommentar, Art. 274a OR N 9a ff.). Wie das Bundesgericht diesen Argumenten überzeugend entgegenhält, untersteht die Aberkennungsklage als materiellrechtliche Klage denselben Prozessvoraussetzungen wie eine «normale» Klage, d. h. auch dem Erfordernis des durchgeführten Schlichtungsverfahrens (BGE 133 III 645 E. 5.2 S. 652). Aus dem Wortlaut der 1997 in Kraft getretenen revidierten Fassung von Art. 83 Abs. 2 SchKG etwas anderes ableiten zu wollen, unterstellt dem Gesetzgeber einen Willen, für den sich in den Materialien keinerlei Hinweise finden. Wahrscheinlich wurde bei der SchKG-Revision nicht einmal an die Aberkennungsklage gedacht (vgl. BGE 133 III 645 E. 5.5 S. 656 ff.). Das Rechtsöffnungsverfahren schliesslich ersetzt das Schlichtungsverfahren nicht, weil es betreibungsrechtlichen Charakter aufweist und nicht zum Ziel hat, eine Einigung zwischen den Parteien herbeizuführen (BGE 133 III 645 E. 5.3 S. 654 f.). Den Ausführungen des Bundesgerichts ist beizufügen, dass Rechtsöffnungsverfahren häufig schriftlich durchgeführt werden oder dass bei mündlichem Verfahren das Erscheinen des Gesuchstellers nicht erforderlich ist. Schon nur aus diesem Grund ist das Rechtsöffnungsverfahren nicht gleichwertig mit dem Mietschlichtungsverfahren.

Natürlich kann man dem vorliegenden Bundesgerichtsentscheid auch ablehnend gegenüberstehen, doch ist dieser sicherlich nicht *«krass contra legem»,* wie im SVIT-Kommentar (Art. 274a OR N 9c) zu lesen ist. Das durchaus berechtigte Ziel einer Beschleunigung mietrechtlicher Verfahren lässt sich nicht durch spitzfindige wörtliche Interpretationen erreichen, sondern bedarf *klarer Anpassungen im Gesetz.* Zu Recht weist das Bundesgericht darauf hin, dass der Gesetzgeber wohl eine ausdrückliche Regelung erlassen hätte, wenn er bei Aberkennungsklagen eine Ausnahme von der grundsätzlich bestehenden Pflicht zur Einleitung von mietrechtlichen Verfahren bei der Schlichtungsbehörde hätte statuieren wollen (BGE 133 III 645 E. 5.5 S. 656).

Mit Inkrafttreten der Schweizerischen ZPO erfolgt nun die geforderte klare Anpassung im Gesetz. Der bundesrätliche Entwurf sah zwar für Aberkennungsklagen noch keine Ausnahme vom Prinzip «Schlichten vor Richten» vor. Der Nationalrat als Zweitrat beschloss aber, dass bei Aberkennungsklagen generell – und somit auch in mietrechtlichen Streitigkeiten – das Schlichtungsverfahren entfällt; dem schloss sich in der Folge der Ständerat an (Art. 195 lit. e Ziff. 1 ZPO; AB 2008 N 947 ff.). Damit wird BGE 133 III 645 schon bald der Rechtsgeschichte angehören. Ob der Beschluss des Parlaments weise war, darf allerdings bezweifelt werden. Die *Aberkennungsklage* hat den gleichen Prozessgegenstand wie ihr Gegenstück, die *Anerkennungsklage* des Gläubigers nach Art 79 SchKG, die vom Schlichtungsverfahren nicht ausgenommen ist. In beiden Verfahren geht es um das Bestehen oder Nichtbestehen eines materiellrechtlichen Anspruchs. Die Aberkennungsklage ist denn auch nichts anderes als eine *negative Feststellungsklage,* die sich von der Anerkennungsklage nur durch den *Wechsel der Parteirollen* unterscheidet (BGE 95 II 617 E. 1 S. 620 und E. 2 S. 621; vgl. dazu auch Kurt Amonn/Fridolin Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Aufl., Bern 2008, § 19 Rz. 93 ff.). Warum die eine, nicht aber die andere Klage ohne vorgängigen Schlichtungsversuch über die Bühne gehen soll, ist trotz des bei der Aberkennungsklage vorangehenden Rechtsöffnungsverfahrens nicht einzusehen.

10. Keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung: Anforderungen an die besondere Vereinbarung über die Nebenkosten gemäss Art. 257a Abs. 2 OR

BGE 133 III 493 (4A_133/2007) = Pra 2008 Nr. 30, S. 219 ff. = DdB 2007, 39 ff.

Im Zuge des soeben besprochenen Urteils sollte jedoch nicht der Eindruck entstehen, in miet- und arbeitsrechtlichen Fällen sei die Streitwertgrenze eher theoretischer Natur und man könne immer gel-

tend machen, es liege eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor. Dies wird durch BGE 133 III 493 deutlich, dem folgender Sachverhalt zugrunde liegt: Die Mieter einer Wohnung weigerten sich, Fr. 245.10 Mietnebenkosten zu bezahlen, und verlangten Fr. 1191.30 bereits geleistete Akontozahlungen zurück. Sie machten geltend, die Pflicht zur Zahlung von Nebenkosten sei nicht «besonders vereinbart» worden, wie es Art. 257a Abs. 2 OR verlangt. Die Nebenkostenposten waren innerhalb von Allgemeinen Vertragsbedingungen geregelt, welche die Mieter separat unterschrieben hatten. Das Mietgericht und die Chambre des recours des Kantonsgerichts Waadt wiesen die Klage der Mieter weitestgehend ab, weil die Vereinbarung in den von den Mietern unterschriebenen Allgemeinen Vertragsbedingungen klar und genau sei.

Das Bundesgericht führte aus, zur sich stellenden Rechtsfrage gebe es eine reichhaltige höchstrichterliche Rechtsprechung, welche die geltenden Grundsätze festlege. *Die von den Beschwerdeführern aufgeworfene Frage betreffe nichts anderes als die Anwendung dieser Grundsätze auf den konkreten Fall.* Dass sich dieser Fall in der Praxis immer wieder ereignen könne und dass die Vorinstanz ihrerseits von einer Grundsatzfrage spreche, ändere daran nichts. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liege nicht vor (BGE 133 III 493 E. 1.2 S. 495 f.). Damit hat das Bundesgericht einen Grundsatzentscheid gefällt, der für das ganze Privatrecht gilt: *Die blosse (allenfalls unzutreffende) Anwendung einer vom Bundesgericht bereits entschiedenen Rechtsfrage auf den Einzelfall stellt keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung i.S.v. Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG dar.*

Prinzipiell ist diese Rechtsprechung zu begrüssen, da Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung richtigerweise nur sehr zurückhaltend bejaht werden sollten (ähnlich wohl auch MARINO MONTINI, DdB 2007, S. 40 Ziff. 5). Das Bundesgericht meinte dazu zutreffend, das Parlament habe anlässlich der Beratungen zum Bundesgerichtsgesetz die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nachträglich in den Gesetzestext aufgenommen. Da mit diesem Rechtsmittel die willkürliche Gesetzesanwendung streitwertunabhängig gerügt werden könne, müsse der Begriff der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung restriktiver ausgelegt werden, als dies in der bundesrätlichen Botschaft der Fall sei (BGE 133 III 493 E. 1.1 S. 495). Die Botschaft war noch davon ausgegangen, die Beschwerde in Zivilsachen wegen Vorliegens einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung sei möglich, wenn die Vorinstanz von der Bundesgerichtspraxis abweicht (BBl 2001 4310).

Für die Anwältinnen und Anwälte hat die bundesgerichtliche Praxis Konsequenzen bei der Wahl des Rechtsmittels: Das Bundesgericht hätte im vorliegenden Fall in der Sache wohl anders als die Vorinstanzen entschieden, wenn es auf die Beschwerde in Zivilsachen eingetreten wäre. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung genügen Nebenkostenvereinbarungen in Allgemeinen Vertragsbedingungen den Anforderungen von Art. 257a Abs. 2 OR nicht (vgl. dazu die oben in Ziff. 1 besprochenen Urteile sowie die Urteile 4C.250/2006 vom 3. Oktober 2006 E. 1.1 und 4C.24/2002 vom 29. April 2002 E. 2.4.2 f.). Ob die Allgemeinen Vertragsbedingungen separat unterschrieben wurden, kann kaum eine Rolle spielen. Die Mieter hätten dies im Rahmen einer *subsidiären Verfassungsbeschwerde* mit einer Rüge wegen Verletzung von Art. 9 BV (Willkürrüge) geltend machen müssen. Ob sie damit allerdings durchgedrungen wären (d.h. ob das angefochtene Urteil vom Bundesgericht als geradezu unhaltbar qualifiziert worden wäre), lässt sich aufgrund der knappen Sachverhaltsdarstellungen im bundesgerichtlichen Urteil jedoch nicht abschätzen.

11. Weitere publizierte Entscheide mit Bezug zum Mietrecht (Hinweise)

Das Bundesgericht hat im Band 133 noch zwei weitere Entscheide mit Bezug zum Mietrecht veröffentlicht. Bei beiden Fällen ist jedoch dieser Bezug nur marginal, sodass hier auf eine Besprechung verzichtet wird. BGE 133 III 43 (4C.172/2006) hat einen kombinierten Kaufrechts- und Mietvertrag zum Gegenstand; der Streit drehte sich zur Hauptsache um die Herabsetzung einer Konventionalstrafe aus dem kaufrechtlichen Teil des Vertrages. In BGE 133 III 539 (4A_107/2007) ging es um die Ausweisung von Mietern, welche sich als Angestellte der Weltgesundheitsorganisation auf ihre Immunität beriefen; das Urteil beschlägt praktisch ausschliesslich die Frage der Immunität.