Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2008

Veröffentlicht im Band 134

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

Übersicht

I.	Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen gilt auch für Genossenschaftswohnungen	BGE 134 III 159
II.	Mietvertrag als Rechtsöffnungstitel bei vorzeitiger Rückgabe des Mietobjekts	BGE 134 III 267
III.	Missbräuchliche Untervermietung als ausserordentlicher Kündidgungsgrund	BGE 134 III 300
IV.	Ewige Untervermietung als ausserordentlicher Kündigungsgrund	BGE 134 III 446
V.	Ertragsoptimierungskündigung; Beweislastverteilung	4A_472/2007
VI.	Gerichtsstand bei Mietstreitigkeiten über unbewegliche Sachen im internationalen Verhältnis	BGE 134 III 475

I. Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen gilt auch für Genossenschaftswohnungen

BGE 134 III 159 (4A_421/2007) = Pra 2008 Nr. 104 S. 663 ff. = MRA 2008, 72 ff. = mp 2008, 108 ff.

Eine Wohngenossenschaft vermietete eine 4-Zimmer-Neubauwohnung im Kanton Genf für Fr. 1850.– monatlich (zuzüglich Nebenkosten). Die Mieterin zeichnete Genossenschaftsanteile im Gesamtbetrag von Fr. 24000.– und focht in der Folge den Anfangsmietzins

1 Das Manuskript wurde am 8. Dezember 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 (SVIT-Kommentar), 3. Aufl., Zürich 2008; Richard Permann, Mietrecht, 2. Aufl., Zürich 2007.

als missbräuchlich an. Die kantonalen Gerichte entsprachen dem Begehren und setzten den Mietzins in zweiter Instanz auf Fr. 1480.– fest. Die Wohngenossenschaft gelangte ans Bundesgericht und bestritt die Anwendbarkeit der Bestimmungen über den Schutz gegen missbräuchliche Mietzinse. Ihre Mieter seien gleichzeitig ihre Genossenschafter und könnten die interne Willensbildung und damit die Festsetzung der Mietzinse beeinflussen. Sie seien somit keine schwachen und schutzwürdigen Parteien. Auch habe das Bundesgericht bereits entschieden, dass bei Kündigung des Mietverhältnisses die genossenschaftsrechtlichen Bestimmungen den mietrechtlichen Bestimmungen vorgingen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

Dieser Entscheid führt zu einem erstaunlichen Ergebnis (ebenso LUKAS POLIVKA, MRA 2008, 72 ff., 79 Bemerkung 4): Kann es wirklich zutreffen, dass ein Mietzins von mehr als Fr. 1480.– für eine neu erstellte 4-Zimmer-Wohnung im Kanton Genf missbräuchlich ist? Allerdings hatte das Bundesgericht darüber nicht zu urteilen, weil die Beschwerde führende Genossenschaft die Mietzinsberechnung der Vorinstanz selbst nicht beanstandet hatte (BGE 134 III 159 E. 3 S. 160 f.). Vielmehr konnte es nur die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Rechtsfrage beantworten, ob die Bestimmungen über missbräuchliche Mietzinse *fälschlicherweise* angewandt wurden. Aus dem höchstrichterlichen Entscheid geht deshalb nicht hervor, mit welchen Zahlen die Vorinstanz gerechnet hat. Auch ist offen, wie der Fall entschieden worden wäre, wenn sich die Wohngenossenschaft im kantonalen Verfahren darauf berufen hätte, der Mietzins bewege sich im Rahmen des Orts- oder Quartierüblichen (Art. 269a lit. a OR).

Dass aber die Bestimmungen über missbräuchliche Mietzinse für Wohngenossenschaften grundsätzlich gelten, auch wenn deren Mietzinse selten missbräuchlich hoch sein dürften, steht ausser Zweifel (ebenfalls zustimmend zum Urteil POLIVKA, a.a.O., 78 f., sowie THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/2008 37 ff., 43). Dies entsprach bereits vor dem Entscheid des Bundesgerichts der weitaus herrschenden Lehre (vgl. die Literaturhinweise in E. 5.2.6 S. 165 f. des hier besprochenen Entscheids) und folgt aus dem Umkehrschluss aus Art. 253 Abs. 3 OR, wonach die Missbrauchsgesetzgebung nicht für Wohnräume gilt, *deren Bereitstellung von der öffentlichen Hand gefördert wurde und deren Mietzinse der Kontrolle durch eine Behörde unterliegen* (E. 5.2.5 S. 165). Ausserdem ist auch der Mieter einer Genossenschaftswohnung schutzbedürftig, da er als Einzelner die Willensbildung der Genossenschaft nicht hinreichend bestimmen kann (E. 5.2.1 S. 162). Unbehelflich ist schliesslich das Argument, für die Kündigung der Wohnung gelte das Genossenschaftsrecht, weshalb dies für die Festsetzung des Mietzinses ebenfalls der Fall sein müsse: Der Mietvertrag und die Mitgliedschaft des Mieters in der Genossenschaft sind als zwei unterschiedliche Rechtsbeziehungen auseinanderzuhalten (E. 5.2.3 S. 163 f.). Wenn jedoch beide tangiert werden, wie dies bei einer Kündigung der Wohnung, welche praktisch dem Ausschluss aus der Genossenschaft gleichkommt, der Fall ist, gelten für denselben Sachverhalt die Vorschriften aus beiden Rechtsgebieten, *womit sich im Ergebnis die strengeren Bestimmungen durchsetzen* (vgl. BGE 118 II 168 E. 3b S. 171 f. = Pra 1993 Nr. 112 S. 442 ff.; POLIVKA, a.a.O., 79). Bei der Kündigung ist dies teilweise das Genossenschaftsrecht (anders etwa bei vorzeitiger Rückgabe der Mietsache nach Art. 264 OR; dazu PERMANN, Art. 264 N 16 ff.), bei der Mietzinsgestaltung das Mietrecht mit seiner Missbrauchsgesetzgebung.

Anders würde es sich verhalten, wenn Mietwohnungen dem Bundesgesetz über die Förderung von preisgünstigem Wohnraum vom 21. März 2003 (WFG; SR 842) unterstehen, was bei Mietobjekten von Wohn(bau)genossenschaft in der Praxis oft der Fall ist. Solche Wohnungen unterliegen der Mietzinskontrolle durch das Bundesamt für Wohnungswesen (Art. 54 Abs. 1 WFG) und sind damit gestützt auf Art. 253b Abs. 3 OR von der Missbrauchskontrolle nach Obligationenrecht ausgenommen (POLIVKA, a.a.O., 78). Diesfalls sind einzig für die Überprüfung von Nebenkosten die Schlichtungsstellen und damit wohl auch die Zivilgerichte zuständig (Art. 54 Abs. 4 WFG; kritisch dazu BSK OR I-WEBER, Art. 253b N 9 in fine).

II. Mietvertrag als Rechtsöffnungstitel bei vorzeitiger Rückgabe des Mietobjekts

BGE 134 III 267 (5A_234/2007)

Die Mieterin hatte das Mietobjekt vor Ablauf des befristeten Mietvertrages sowie ohne Stellung eines Nachmieters verlassen und die Schlüssel retourniert. Gestützt auf den Mietvertrag verlangte die Vermieterin Rechtsöffnung für einen Teil des Mietzinses, und zwar

für den Betrag von Fr. 11 208.50. Das Bezirksgericht Zürich lehnte das Begehren weitgehend ab, weil bei Rückgabe des Mietobjekts das Mietverhältnis ende. Der Anspruch des Vermieters auf den Mietzins nach Art. 264 Abs. 2 und 3 OR sei ein Schadenersatzanspruch und kein Anspruch auf Vertragserfüllung. Deshalb könne nicht gestützt auf das unterschriebene Vertragsdokument Rechtsöffnung verlangt werden. Gegen diesen Entscheid erhob die Vermieterin zunächst Nichtigkeitsbeschwerde beim Zürcher Obergericht, welches im Nichtigkeitsverfahren nur die *Verletzung klaren Rechts* prüfen kann und die Beschwerde ablehnte. Daraufhin focht die Vermieterin sowohl den erst- wie auch den zweitinstanzlichen Entscheid mit Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht an und brachte vor, die sich stellende Rechtsfrage sei von grundsätzlicher Bedeutung. Das Bundesgericht stimmte dem zu, weshalb es gestützt auf Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG auf die Beschwerde eintrat und mit *voller Kognition* prüfte, ob der Mietvertrag bei vorzeitiger Rückgabe des Mietobjekts einen Rechtsöffnungstitel darstellt (zum eigentümlichen Instanzenzug siehe MARC ANDRÉ MAUERHOFER, Unter welchen Voraussetzungen ist die Beschwerde in Zivilsachen gegen Urteile unterer Gerichte möglich?, Jusletter vom 1. September 2008).

Diese Frage bejahte das Bundesgericht und wies den Entscheid an das Bezirksgericht Zürich zurück. Zur Begründung führte das Bundesgericht aus, *der Mietvertrag sei bei blosser Rückgabe des Mietobjekts nicht beendet.* Da der Mieter mit Unterzeichnung des Mietvertrages die Pflicht zur Mietzinszahlung für die gesamte Vertragsdauer anerkenne, ohne dass diese Anerkennung auf die Dauer seines Besitzes beschränkt sei, könne offenbleiben, ob der Anspruch nach Art. 264 Abs. 2 OR als Erfüllungsanspruch oder als Ersatzpflicht zu qualifizieren sei.

Dem bundesgerichtlichen Entscheid ist beizupflichten (ebenso MONIKA SOMMER, MRA 2008, 98 ff. – BRUNO HEDIGER, SJZ 2009, 316 ff., 318, spricht von einer «überzeugende[n] Begründung»). *Demgegenüber ist die Ansicht der Vorinstanzen, ein Mieter könne mit Rückgabe des Mietobjekts das Mietverhältnis beenden, nicht haltbar.* Sie widerspricht dem Wortlaut von Art. 264 Abs. 2 OR und wurde in der Lehre nur ganz vereinzelt vertreten (zu einer Übersicht über die in der Literatur vertretenen Meinungen siehe BASIL HUBER, Die vorzeitige Rückgabe der Mietwohnung, Diss. St. Gallen 2000, S. 128 Fn. 564; unzutreffend THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/2008 37 ff., 46, die behaupten, nach herrschender Lehre würde das Mietverhältnis mit vollständiger Rückgabe der Mietsache enden). Im Wesentlichen hat bloss HIGI – ohne nähere Begründung – die Auffassung geäussert, Art. 264 Abs. 2 OR statuiere eine Ersatzpflicht des Mieters statt der vertraglichen Erfüllungspflicht (ZK-HIGI, Art. 264 N 71; anders demgegenüber die bei HUBER, a.a.O., zitierte Literatur sowie seither etwa BSK OR I-WEBER, Art. 264 N 7; CHK-P. HEINRICH, Art. 264 N 8; SVIT-KOMMENTAR, Art. 264 N 21; LACHAT et al., Kap. 28/6.5.4 f., S. 590; MICHAEL BUDLIGER, MRA 2003, 140 ff., 142).

Ein Dauerschuldverhältnis endet erst mit Ablauf der vereinbarten Dauer oder nach Kündigung auf einen bestimmten Termin (INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009, N 3.27 und 82.04). Möglich ist ausserdem eine Vereinbarung zwischen den beiden Vertragsparteien und einem Dritten, wonach der Dritte anstelle einer der Parteien den Vertrag übernehme (SCHWENZER, a.a.O., N 92.04). Nach h.L. regelt die Bestimmung von Art. 264 Abs. 1 OR einen gesetzlichen Anwendungsfall einer solchen Vertragsübernahme und zwingt den Vermieter, entweder die Vertragsübernahme oder stattdessen die ausserterminliche Kündigung durch den Mieter zu akzeptieren (vgl. BSK OR I-WEBER, Art. 264 N 6; ZK-HIGI, Art. 264 N 40; LACHAT et al., Kap. 28/6.7.1 ff. S. 592 f.; SVIT-KOMMENTAR, Art. 264 N 11a; CR CO I-LACHAT, 264 N 8; allerdings spricht BGE 117 II 156 E. 3a S. 159 von einem «Aufhebungsvertrag» zwischen Vermieter und bisherigem Mieter). Unseres Erachtens findet jedoch, entgegen dem Gesetzeswortlaut und der h.L., keine Vertragsübernahme durch den Nachmieter statt, die zur Folge hätte, dass der Nachmieter für die Schulden des Vormieters haften würde und sich dessen Verhalten anrechnen lassen müsste (ZK-HIGI, Art. 264 N 40, schränkt jedoch ein, der Nachmieter hafte nur für «ab dem Zeitpunkt der Übernahme der Mietsache entstehenden Mieterpflichten»). Vielmehr ermöglicht Art. 264 OR dem Mieter, ausserterminlich zu kündigen. Die Kündigung des Mieters ist jedoch erst wirksam, wenn die Voraussetzungen von Art. 264 OR erfüllt sind, d.h. sobald er einen zahlungsfähigen Nachmieter vorgeschlagen *und* die Sache zurückgegeben hat. Sodann gilt sie auf den Zeitpunkt, in dem mit dem vorgeschlagenen Nachmieter ein Mietvertrag hätte abgeschlossen werden können. Dies ist ebenfalls der Zeitpunkt, ab welchem die h.L. von einer Beendigung des Mietvertrags ausgeht, falls es zu keiner oder einer verspäteten Vertragsübernahme durch

den Nachmieter kommt (ZK-HIGI, Art. 264 N 65; LACHAT et al., Kap. 28/6.5.1 ff. S. 588 f.; SVIT-KOMMENTAR Art. 264 N 8).

Bis dahin stellt der in Art. 264 Abs. 2 OR erwähnte Anspruch des Vermieters auf den Mietzins einen *Erfüllungsanspruch* und nicht etwa einen Schadenersatzanspruch dar. Das Bundesgericht hat Letzteres im hier besprochenen Entscheid in E. 3 S. 272 allerdings offengelassen und ausgeführt, selbst wenn der Anspruch des Vermieters als *Ersatzanspruch* betrachtet würde, liesse sich daraus für die Frage der Qualifikation des Mietvertrages als Rechtsöffnungstitel nichts ableiten, da der Mieter mit der Unterzeichnung des Mietvertrages die *Pflicht zur Mietzinszahlung* nicht nur für die Dauer des Besitzes der Mietsache, sondern für die gesamte Vertragsdauer anerkenne. Diese Argumentation ist schon in sich selbst widersprüchlich und zudem auch nicht folgerichtig: Wer als Mieter – wie üblich – ein schriftliches Schuldbekenntnis über die Pflicht zur Mietzinszahlung im Sinne von Art. 82 SchKG abgibt, stellt damit noch keinen provisorischen Rechtsöffnungstitel über einen an die Stelle des Mietzinses tretenden Schadenersatzanspruch aus. Sinnvoller und überzeugender wäre es daher gewesen, wenn das Bundesgericht schlicht von der Fortdauer der Erfüllungspflicht bis zum Ende der Vertragsdauer ausgegangen wäre.

Die bisherige gegenteilige Rechtsprechung einiger kantonaler Rechtsöffnungsgerichte ist nicht nur in der Begründung unhaltbar, sondern auch im Ergebnis nicht überzeugend, denn sie ermöglichte dem Mieter, durch einseitiges Verhalten dem Vermieter den Betreibungsweg zu verbauen (SYLVAIN MARCHAND, DdB 2008, 33). Einem Schuldner eine derart weitreichende (nicht unproblematische, weil einen «Einbruch in den Grundsatz der Vertragstreue» bildende) Befugnis einräumen kann nur *eine ausdrückliche Gesetzesnorm*, wie etwa im Werkvertragsrecht der Art. 377 OR, welcher dem Besteller vor der Werkvollendung ein jederzeitiges *Kündigungsrecht* einräumt (vgl. dazu BGE 117 II 273, spez. E. 4b S. 276). Für den noch nicht vollendeten Teil des Werkes hat der Unternehmer *keinen Vergütungsanspruch* mehr, sondern *nur einen Anspruch auf Schadloshaltung im Umfang des positiven Interesses* (dazu ausführlich etwa PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl. Zürich 1996, N 542 ff.; BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 377 N 11 ff.). Für diesen Schadenersatzanspruch dürfte wohl die Unterschrift des Bestellers in einer Werkvertragsurkunde, mit der er sich zur Bezahlung der Vergütung verpflichtet, keinen Rechtsöffnungstitel bilden (so jedenfalls ein Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 19. Juni 2006 i.S. L. AG gegen N. [APH 06 218/BFR/LOP]). *Im Mietrecht findet sich ein entsprechendes Recht des Mieters auf vorzeitige Vertragsauflösung (ohne Stellung eines Nachmieters) im Gesetz nicht.* Dass das Obergericht des Kantons Zürich unter diesen Umständen eine Verletzung klaren Rechts verneinte, obwohl sich das Bezirksgericht Zürich nur auf die Lehrmeinung von HIGI stützte, erstaunt. Es steht damit allerdings nicht alleine da, hat doch z.B. auch der Präsident der III. Zivilkammer des Kantonsgerichts St. Gallen mit Entscheid vom 4. Juli 2007 mit der gleichen Begründung eine Rechtsverweigerungsbeschwerde gegen das Kreisgerichtspräsidium abgewiesen (VZ.2007.13). Manchmal wundert man sich, wie eine vereinzelte Kommentarstelle ohne weitere Begründung aus klarem Recht unklares Recht zu schaffen vermag.

Anders ist die betreibungsrechtliche Situation bei einer ordentlichen Beendigung des Mietverhältnisses: Bei dieser endigt das Mietverhältnis auch *ohne Rückgabe der Mietsache,* womit für den Ersatzanspruch des Vermieters im Fall einer weiteren Nutzung durch den Mieter nicht gestützt auf den Mietvertrag Rechtsöffnung erteilt werden kann (vgl. SJ 1984, 389 f.).

Bemerkenswert ist schliesslich noch ein prozessrechtlicher Aspekt. Es handelt sich hier um einen der (bisher) wenigen Fälle, in denen das Bundesgericht eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG bejaht hat. Es dürfte kaum ein Zufall sein, dass das Bundesgericht *vor allem in den sozial besonders sensiblen Bereichen des Privatrechts,* nämlich im Mietrecht und im Arbeitsrecht, am ehesten Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung verortet (dazu bereits THOMAS KOLLER/MARC ANDRÉ MAUERHOFER, ZBJV 2009, 821 ff., 850 f.). Gleichzeitig zeigt dieser Fall, dass das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung in diesen Bereichen richtigerweise *nicht nur zugunsten, sondern gegebenenfalls auch zulasten der (präsumtiv) schwächeren Partei bejaht werden kann.* Am Prozessausgang hätte sich unseres Erachtens allerdings nichts ändern müssen, wenn die hier interessierende Frage bloss im Rahmen einer subsidiären Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 BGG geprüft worden wäre, da die Auffassung der Vorinstanzen offensichtlich unhaltbar und damit willkürlich (Art. 9 BV) war.

III. Missbräuchliche Untervermietung als ausserordentlicher Kündigungsgrund

BGE 134 III 300 (4A_516/2007) = Pra 2008 Nr. 130 S. 822 ff. = MRA 2008, 171 ff. = mp 2008, 89 ff.

Die Eheleute X. mieteten eine 8-Zimmer-Wohnung in Genf zum Preis von Fr. 4220.– monatlich. Gemäss Mietvertrag durften die Eheleute die Wohnung während des Sommers nach Belieben untervermieten. Dies taten sie mehrmals, so auch im Sommer 2001 zu einem monatlichen Mietzins von Fr. 12 000.–. Ebenfalls schlossen sie einen Untermietvertrag für die Monate Januar und Februar 2002 zum selben Mietzins ab. Gegen diese Untervermietung protestierte der Vermieter, worauf die Mieter durch ihren Anwalt wahrheitswidrig bestreiten liessen, dass die Wohnung gerade untervermietet sei. Daraufhin kündigte der Vermieter das Mietverhältnis ausserordentlich und unter Berufung auf Art. 257f Abs. 3 OR.

Wie die Vorinstanzen schützte auch das Bundesgericht die ausserordentliche Kündigung. Es führte aus, der Vermieter sei *bei einer Untervermietung in zwei Fällen zur ausserordentlichen Kündigung berechtigt:* Erstens, wenn der Mieter die Sache untervermiete, obwohl der Vermieter berechtigterweise seine Zustimmung verweigert habe. Allerdings müsse der Vermieter nach der Vorschrift von Art. 257f Abs. 3 OR den Mieter zunächst auffordern, die unzulässige Untervermietung zu beenden. Zweitens, wenn der Mieter nicht um die Zustimmung ersucht habe und sich nach Aufforderung durch den Vermieter weigere, die Bestimmungen der Untermiete bekannt zu geben. Dabei komme der in Art. 257f Abs. 3 OR ebenfalls vorgesehenen Voraussetzung der Unzumutbarkeit einer Fortsetzung des Mietverhältnisses *keine selbstständige Bedeutung* zu, da eine anhaltende unzulässige Untervermietung für den Vermieter stets unzumutbar sei (E. 3.1 S. 302 ff.). Dies gelte auch im vorliegenden Fall: Die Untervermietung zum dreifachen Mietzins sei missbräuchlich im Sinne von Art. 262 Abs. 2 lit. b OR. Dass dieser Mietzins bereits zuvor in den Sommermonaten von einem Untermieter verlangt worden sei, ohne dass der Vermieter deshalb ausserordentlich gekündigt hatte, könne nicht als Zustimmung des Vermieters gewertet werden, weil gemäss Mietvertrag die Mieter im Sommer nach Belieben untervermieten konnten. Ausserdem hätten sich die Mieter geweigert, gemäss Art. 262 Abs. 2 lit. a OR über die Bedingungen Auskunft zu geben, indem sie die Untermiete für Januar und Februar abstritten. Somit sei der Vermieter zur ausserordentlichen Kündigung berechtigt gewesen (E. 3.2 S. 304 ff.).

Dem Bundesgericht ist zunächst insoweit zuzustimmen, als es die *ausserordentliche Kündigung* nach der Vorschrift von Art. 257f OR beurteilt, obwohl sich eine Untervermietung nur mit weitherziger Interpretation als *unsorgfältigen Gebrauch der Mietsache* verstehen lässt (daher favorisiert ALFRED KOLLER, AJP 2009, 371 f., eine Anwendung der Vorschrift im Rahmen einer *Gesamtanalogie*). Stattdessen wäre theoretisch auch ein Rückgriff auf das Institut der *positiven Vertragsverletzung gemäss Allgemeinem Teil des Obligationenrechts* (Art. 97 OR) denkbar gewesen, doch ist der Rechtssicherheit besser gedient, wenn alle ausserordentlichen Kündigungen den mietrechtlichen Erfordernissen zu genügen haben (siehe dazu THOMAS KOLLER, ZBJV 2007, 831 ff., 840 ff.). Somit sind ausserordentliche Kündigungen durch den Vermieter (abgesehen von der Kündigung aus wichtigem Grund nach Art. 266g und der Kündigung im Konkurs des Mieters nach Art. 266h OR) in zwei Konstellationen zulässig: Einerseits *bei Zahlungsrückstand des Mieters* (Art. 257d OR) und andererseits *bei anhaltender Pflichtverletzung des Mieters* trotz schriftlicher Mahnung, sodass dem Vermieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht mehr zumutbar ist (Art. 257f Abs. 3 OR).

Der hier besprochene Entscheid ist in der Literatur teilweise auf Kritik gestossen, weil das Bundesgericht auf die Voraussetzung der Unzumutbarkeit nach Art. 257f OR verzichtet habe (THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/2008 45), zum Teil aber gerade aus diesem Grund auch auf Zustimmung (PIERRE WESSNER, DdB 2008, 23 f.). Er verbessere die Position des Vermieters, der vom oft schwer zu erbringenden Beweis dispensiert werde, dass die Fortsetzung des Mietverhältnisses im Sinne von Art. 257f Abs. 3 OR unzumutbar sei. Dabei sei zu unterstreichen, dass das Bundesgericht die Bresche («la brèche touchant l'application de cette dernière disposition») bereits in BGE 132 III 109 geschlagen habe (WESSNER, a.a.O.). Unseres Erachtens beruhen indessen beide Standpunkte auf einer Überinterpretation der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. In BGE 132 III 109 hat das Bundesgericht zwar für den Fall der *vertragswidrigen Nutzung des Mietobjekts* ausgeführt, der Vermieter müsse die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht nachweisen. Doch geschah dies seinerzeit ohne Notwendigkeit, weil das vertragswidrige

Nutzen von Büroräumlichkeiten für erotische Massagen die Weiterführung des Mietverhältnisses für den Vermieter offenkundig unzumutbar machte (dazu einlässlich TH. KOLLER, a.a.O., 838 ff.). In casu ist die Sachlage noch eindeutiger: Das Bundesgericht hält lediglich fest, *dass eine trotz Mahnung anhaltende, unzulässige Untervermietung die Fortführung des Mietvertrags für den Vermieter unzumutbar mache* (MICHAEL BUDLIGER, MRA 2008, 171 ff., 176 f.; MARTIN SOHM, MRA 2008, 121 ff., 131). Zwar könnte auch im Einzelfall geprüft werden, ob Unzumutbarkeit vorliegt (so noch das Bundesgerichtsurteil 4A_217/2007 vom 4. September 2007 E. 3), doch ist dem Bundesgericht in seiner generalisierten Sichtweise zuzustimmen, da auch eine einzelfallweise Prüfung kaum zu anderen Ergebnissen führen würde. So liegt auf der Hand, dass eine Untermiete, die für den Vermieter *wesentliche Nachteile* zur Folge hat, unzumutbar ist (Art. 262 Abs. 2 lit. c OR). Gleiches gilt für eine Untervermietung, deren Bedingungen im Vergleich zu denjenigen des Hauptmietvertrags *missbräuchlich* sind (Art. 262 Abs. 2 lit. b OR). Schliesslich erschüttert auch die Weigerung des Mieters, die Bedingungen der Untermiete bekannt zu geben (Art. 262 Abs. 2 lit. a OR), das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien, da der Vermieter diesfalls nicht abschätzen kann, ob die Untermiete zu missbräuchlichen Bedingungen abgeschlossen wurde oder ihm aus der Nutzung durch den Untermieter wesentliche Nachteile erwachsen können. Daher ist eine nach Art. 262 Abs. 2 OR unzulässige Untervermietung für den Vermieter stets unzumutbar im Sinne von Art. 257f Abs. 3 OR, sodass er nach erfolgloser Mahnung den Mietvertrag ausserordentlich kündigen kann. Dem Bundesgericht ist somit zuzustimmen, dass das Kriterium der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses in solchen Konstellationen keine eigenständige Bedeutung hat. Ein genereller Verzicht auf dieses Tatbestandsmerkmal kann darin aber nicht erblickt werden.

Entgegen Äusserungen in der Literatur (BUDLIGER, a.a.O., 178) hat das Bundesgericht die Möglichkeit der ausserordentlichen Kündigung ausdrücklich auch für den Fall von Art. 262 Abs. 2 lit. a OR zur Verfügung gestellt, also wenn der Mieter nach Aufforderung im Sinne von Art. 262 Abs. 2 lit. a OR (die zusammen mit der Mahnung nach Art. 257f Abs. 3 OR erfolgen kann) die Bedingungen der Untermiete nicht bekannt gibt. Es wurde lediglich die Frage offengelassen, ob eine ausserordentliche Kündigung möglich sei, wenn der Vermieter nur nach Art. 257f Abs. 3 OR den Mieter mahnt, die Untermiete zu beenden, ohne nach deren Bedingungen zu fragen (E. 3.2 S. 305; nach unzutreffender Ansicht des SVIT-KOMMENTARS, Art. 262 N 32, soll nicht einmal eine Mahnung nötig sein; gegen diese Meinung, die Art. 257f Abs. 3 OR ignoriert, wendet sich auch BUDLIGER, a.a.O., 177 f.). Für eine solche Konstellation muss der Grundsatz gelten, dass eine ausserordentliche Kündigung stets nur bei der *unzulässigen* Untermiete möglich ist (diesbezüglich zu wenig eindeutig der nachfolgend noch anderweitig zu besprechende BGE 134 III 446 E. 2.2 S. 449, der die einschränkende Wendung «en tout cas» enthält; deutlicher jedoch Bundesgerichtsurteil 4A_127/2008 vom 2. Juni 2008 E. 4 = MRA 2008, 121 ff.). Daher vermag eine unbeantwortete Mahnung nach Art. 257f Abs. 3 OR, ohne dass damit nach den Bedingungen der Untermiete gefragt worden wäre, als Voraussetzung für eine ausserordentliche Kündigung nicht zu genügen.

Kurz: Die Unzumutbarkeit der Fortführung des Mietverhältnisses muss stets eine Voraussetzung für die ausserordentliche Kündigung darstellen (vgl. TH. KOLLER, a.a.O., 842 ff.; a.A. SOHM, a.a.O., 131), da ansonsten der Mieter *bei jeder Vertragsverletzung* eine vorzeitige Vertragsauflösung riskieren würde. Dies wäre ein Ergebnis, welches selbst bei Ausblendung des Sozialschutzes im Mietrecht (auf diesen verweisen GABATHULER/SPIRIG, a.a.O., 45) der Vertragsgerechtigkeit nicht entsprechen würde. *Auch bei anderen Dauerverträgen ist eine ausserordentliche Kündigung nur aus wichtigen Gründen möglich, die das weitere Festhalten am Vertrag unzumutbar machen* (ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2009, 438 ff. und 991). Dasselbe gilt für *Nebenpflichtverletzungen* im Sinne von Art. 97 OR, wo gemäss einhelliger Lehre *nur im Falle einer schwerwiegenden Pflichtverletzung* eine Vertragsauflösung in Frage kommt (TH. KOLLER, a.a.O., 841, m.Nw.). *Es wäre eine klare Wertungsinkongruenz, wenn im Mietrecht für eine ausserordentliche Vertragsauflösung wegen einer Vertragsverletzung des Mieters grundsätzlich weniger strenge Voraussetzungen gelten sollten.* Zu hoffen bleibt, dass das Bundesgericht hier bei nächster Gelegenheit für Klarstellung sorgt.

IV. Ewige Untervermietung als ausserordentlicher Kündigungsgrund

BGE 134 III 446 (4A_181/2008) = Pra 2009 Nr. 21 S. 122 ff. = MRA 2008, 125 ff. = mp 2008, 162 ff.

Wie der soeben besprochene Entscheid handelt auch BGE 134 III 446 von einer ausserordentlichen Kündigung aufgrund einer unzulässigen Untervermietung. Allerdings sind die höchstrichterlichen Erwägungen in diesem Urteil weit weniger überzeugend. Die Mieterin wohnte zusammen mit ihrem volljährigen Sohn in einer 3-Zimmer-Wohnung in Genf. Im April 1999 zog sie aus und überliess die Wohnung ihrem Sohn zur Untermiete, deren Konditionen weitgehend denjenigen des Hauptmietverhältnisses entsprachen. Nach unbewiesener Sachverhaltsdarstellung der Mieterin hatte sie im Frühling 1999 bei der Hausverwaltung vergeblich um Übertragung des Mietverhältnisses auf ihren Sohn ersucht. Im Juli 2003 verheiratete sich der Sohn, woraufhin das Ehepaar die Wohnung bis zur Trennung im Dezember 2004 gemeinsam benutzte. Im Mai 2005 wies das zuständige Gericht die Wohnung der Schwiegertochter der Mieterin im Rahmen von Eheschutzmassnahmen zur ausschliesslichen Benutzung zu. Anschliessend orientierte der Anwalt der Schwiegertochter die Verwaltung über diesen Gerichtsentscheid.

Mit Brief vom 19. August 2005 erklärte die Verwaltung, sie sei erstaunt, dass die Mieterin das Mietobjekt nicht selber bewohne, und forderte diese auf, die Sachlage zu erläutern. Am 28. August 2005 bestätigte die Mieterin, dass sie nicht mehr im Mietobjekt wohnhaft sei und das Mietverhältnis übertragen wolle. Mit Schreiben vom 7. Oktober 2005 setzte die Vermieterin der Mieterin unter Androhung einer ausserordentlichen Kündigung Frist bis zum 15. November 2005 an, wieder in die Wohnung einzuziehen. Mit Datum vom 23. März 2006 kündigte die Vermieterin vorzeitig auf den 31. Mai 2006. Das Bundesgericht schützte diese Kündigung, weil sich die Mieterin rechtsmissbräuchlich verhalten habe. Da die Mieterin jeden Willen aufgegeben habe, wieder in die Wohnung zurückzukehren, habe kein Untermietverhältnis, sondern die faktische Einsetzung eines Nachmieters vorgelegen. Dies habe die weitere Vertragserfüllung für die Vermieterin unzumutbar gemacht, weshalb sie nach Art. 257f Abs. 3 OR ausserordentlich habe kündigen dürfen.

Zu diesem Entscheid ist zunächst festzuhalten, dass die Untermiete *in casu* nicht unzulässig war. *Die Mieterin benötigt kein schutzwürdiges Interesse für eine Untermiete* (so aber – unzutreffend – MARTIN SOHM, MRA 2008, 121 ff., 133). Vielmehr ist die Untermiete gemäss der Regelung von Art. 262 Abs. 2 OR generell zulässig und nur unter bestimmten, im Gesetz abschliessend aufgezählten Ausnahmen unzulässig. Diese Ausnahmen waren vorliegend jedoch allesamt nicht einschlägig. Weder weigerte sich die Mieterin, über die Bedingungen der Untermiete Auskunft zu geben, noch waren diese im Vergleich zum Hauptmietverhältnis missbräuchlich. Ebenfalls ist nicht ersichtlich, inwiefern aus der «ewigen Untervermietung» der Wohnung an den Sohn der Mieterin der Hauptvermieterin wesentliche Nachteile erwachsen sind. Dass aber die Hauptmieterin jede Absicht aufgegeben hat, in die Wohnung zurückzukehren, ist nach Art. 262 OR kein Grund, eine Untervermietung zu verweigern (worauf auch SOHM, a.a.O., 133, hinweist). Es kann daher, anders als beim vorgängig besprochenen BGE 134 III 300, nicht gesagt werden, wegen der Unzulässigkeit der Untermiete nach Art. 262 OR habe eine für die Vermieterin unzumutbare Situation vorgelegen. Das Bundesgericht weicht deshalb auf das Argument aus, *die Mieterin habe sich rechtsmissbräuchlich verhalten*, indem sie unter dem Titel der Untermiete einen eigentlichen Nachmieter installiert habe. Die Mieterin könne sich deshalb nicht auf ihr Recht zur Untervermietung berufen (E. 2.4 und 2.5 S. 450 f., u.a. mit Verweis auf das Bundesgerichtsurteil 4C.155/2000 vom 30. August 2000). Es ist aber nicht ersichtlich, was daran rechtsmissbräuchlich sein soll, wenn eine Mieterin die Wohnung verlässt und mit jener Person, mit der sie bisher in dieser Wohnung zusammen gewohnt hat, ein Untermietverhältnis eingeht, insbesondere wenn sie mit dieser Person verwandt ist. Auf jeden Fall ist zu verneinen, dass eine Fortsetzung des Mietverhältnisses in einer solchen Situation *per se* für den Vermieter unzumutbar im Sinne von Art. 257f Abs. 3 OR ist (THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/2009 49). Die Unzumutbarkeit der Fortführung des Mietverhältnisses müsste sich aus einem andern Grund ergeben, so etwa wenn der (Dauer-)Untermieter seine Pflicht zur Sorgfalt oder Rücksichtnahme verletzt oder wenn aus der Zuweisung der Wohnung durch den Eheschutzrichter an den Ehegatten des Untermieters für den Vermieter wesentliche Nachteile gemäss Art 262 Abs. 2 lit. c OR entstehen sollten. In casu wurde ein solcher Grund indessen nicht

vorgebracht und das Bundesgericht argumentiert seinerseits nicht, eine «ewige Untervermietung» erfülle per se den Tatbestand von Art. 262 Abs. 2 lit. c OR (vgl. E. 2.4 und E. 2.5 S. 450 f. des hier besprochenen Entscheids; unzutreffend insoweit SOHM, a.a.O. 132, sowie die Verweisung im Bundesgerichtsurteil 4A_265/2009 vom 5. August 2009 E. 2.5).

Interessanterweise musste das Bundesgericht in einem andern Fall kürzlich entscheiden, dass einem Ehepaar, welches seit 18 Jahren in einem Eigenheim wohnte und seine Mietwohnung kostenlos an die Mutter eines der Eheleute und ihren Ehemann überlassen hatte, nicht ausserordentlich gekündigt werden darf. Dieses Urteil kam aber nur zustande, weil gemäss Sachverhaltserstellung der Vorinstanz die Mieter ihre Absicht nicht aufgegeben hatten, eines Tages in die gemietete Wohnung zurückzukehren, und diese Sachverhaltswürdigung vom Vermieter nicht korrekt als willkürlich gerügt worden war (Bundesgerichtsurteil 4A_265/2009 vom 5. August 2009, insb. E. 2.5). Gleichwohl zeigt ein Vergleich mit diesem Entscheid, dass mit der Annahme eines Rechtsmissbrauchs im hier besprochenen Fall über das Ziel hinausgeschossen wurde. Zudem zeigt das letztgenannte Urteil deutlich: *BGE 134 III 446 hat kaum praktische Relevanz, wenn der Mieter behauptet, er schliesse eine spätere Rückkehr in die untervermietete Wohnung nicht aus* (so auch SOHM, a.a.O., 134). Denn es genügt, wenn die Vorstellungen des Mieters über die Rückkehr in das Mietobjekt auch nur vage sind (« ... il suffit que le sous-bailleur n'ait pas perdu toute idée de reprendre l'usage de l'appartement en cause, même si ses intentions ne sont que vagues» [Bundesgerichtsurteil 4C.155/2000 vom 30. August 2000, m.Hw.]). Der hier besprochene Entscheid wird damit letztlich nur für den prozessual ungeschickt agierenden Mieter zur Fallgrube.

Selbstredend steht ein Vermieter einer «ewigen Untermiete» nicht wehrlos gegenüber. *Vielmehr kann er das Mietverhältnis ordentlich kündigen.* Im Rahmen eines allfälligen Anfechtungs- oder Erstreckungsverfahrens müsste dann berücksichtigt werden, dass die Mieterin selber gar nicht mehr in die Wohnung will. So hat das Bundesgericht eine ordentliche Kündigung wegen einer zeitlich nicht begrenzten Untermiete in einem nicht amtlich publizierten Entscheid geschützt (Bundesgerichtsurteil 4A_487/2008 vom 10. März 2009). Zwar hatte der Mieter in diesem Fall den (im Vergleich zu Art. 262 OR strengeren) allgemeinverbindlichen Rahmenmietvertrag für den Kanton Waadt verletzt, doch muss generell gelten, dass ein Vermieter nicht missbräuchlich kündigt, wenn er lediglich einer «ewigen Untermiete» ein Ende setzen will, da er als Eigentümer ein Interesse daran hat, zu bestimmen, wer definitiv in seiner Wohnung lebt. Missbräuchlich kann eine solche Kündigung aber dann sein, wenn entgegen den Behauptungen des Vermieters keine «ewige Untermiete» besteht (vgl. Bundesgerichtsurteil 4A_570/2008 vom 19. Mai 2009).

Im hier besprochenen Fall wäre eine ordentliche Kündigung mit dreimonatiger Frist per Ende März 2006 (und dann wieder per Ende März 2007) möglich gewesen. Die Verwaltung hatte es jedoch nicht eilig und liess zwischen Kenntnis der Situation (28. August 2005) sowie der ausserordentlichen Kündigung (23. März 2006) sieben Monate verstreichen. Dies hätte sie kaum getan, hätte sich die Vermieterin während dieser Zeit ständig in einer unzumutbaren Situation befunden. Schon nur weil zwischen dem Ablauf des Ultimatums an die Mieterin am 15. November 2005 und der Kündigung vom 23. März 2006 vier Monate vergingen, hätte die ausserordentliche Kündigung nicht geschützt werden dürfen (vgl. dazu BSK OR I-WEBER, Art. 257f N 6).

V. Ertragsoptimierungskündigung; Beweislastverteilung

4A_472/2007 vom 11. März 2008 = MRA 2008, 113 ff. = mp 2008, 171 ff.

Das Bundesgerichtsurteil 4A_472/2007 vom 11. März 2008 hatte eine *Ertragsoptimierungskündigung* zum Gegenstand. Der Vermieter hatte der Mieterin den Mietvertrag über eine 4-Zimmer-Wohnung im Kanton Genf mit der Begründung gekündigt, er wolle (mit einer Neuvermietung) den Mietertrag verbessern, der wesentlich unter dem Orts- und Quartierüblichen liege. Die Mieterin focht die Kündigung gestützt auf Art. 271 Abs. 1 OR als gegen Treu und Glauben verstossend an und löste damit einen eigentlichen «Justiz-Slalom» aus: Sie unterlag vor der Schlichtungsstelle, obsiegte vor der ersten Instanz in Genf, verlor wieder vor den zweiten kantonalen Instanz und ging schliesslich als Siegerin aus dem bundesgerichtlichen Verfahren hervor.

In einem ersten Schritt bestätigte das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung: *Ertragsoptimierungskündigungen,* d.h. Kündigungen, die vom Vermieter ausschliesslich deshalb ausgesprochen

werden, weil er das Mietobjekt einem neuen Mieter zu einem höheren Mietzins vermieten will, *verstossen grundsätzlich nicht gegen Treu und Glauben und sind zulässig.* Allerdings darf das Motiv der Ertragsoptimierung nicht blosser Vorwand für eine Kündigung sein, die aus einem andern Grund erfolgt. Daher muss der Vermieter in der Lage sein, von einem neuen Mieter einen höheren Mietzins zu verlangen, als ihn der bisherige Mieter zahlt, und dieser höhere Mietzins darf nicht missbräuchlich sein. *Die Kündigung ist anfechtbar, wenn eine Mietzinsberechnung nach der absoluten Methode ergibt, dass der Vermieter den Mietzins – gegenüber einem neuen Mieter – nicht legal erhöhen kann* (E. 2.1 des hier besprochenen Urteils, unter Verweisung auf BGE 120 II 105; siehe ebenso das Bundesgerichtsurteil 4C.61/2005 vom 27. Mai 2005 und dazu THOMAS KOLLER, ZBJV 2006, 404 ff., 417 ff.).

Schon verschiedentlich wurde darauf hingewiesen, dass diese Praxis in einem *Wertungswiderspruch* zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung steht, *die dem Vermieter im laufenden Mietverhältnis Mietzinserhöhungen nur nach der relativen Berechnungsmethode erlaubt,* weil damit der rücksichtslose Vermieter im Vergleich zum Vermieter, der mit den Mietern schonend umgeht, bevorzugt und ein Anreiz für Kündigungen geschaffen wird (einlässlich dazu THOMAS KOLLER/MONIKA BÜHLER, ZBJV 1995, 412 ff.; TH. KOLLER, a.a.O., 418; BSK OR I-WEBER, Art. 271/271a N 16; LACHAT et al., Kap 29/4.7 S. 609; CR CO I-LACHAT, Art. 271 N 8 Anm. 13; nur zögerlich kritisch PERMANN, Art. 271a N 11; der bundesgerichtlichen Praxis zustimmend dagegen ZK-HIGI, Art. 271 N 60, und wohl auch SVIT-KOMMENTAR, Art. 271a N 17, sowie HANS BÄTTIG, MRA 2005, 120 ff.). Mit einer Praxisänderung ist indessen kaum mehr zu rechnen, da das Bundesgericht seine Rechtsprechung in diesem Bereich nunmehr mehrfach bestätigt und gefestigt hat (so bereits TH. KOLLER, a.a.O., 418).

Die *praktischen Auswirkungen* der höchstrichterlichen Rechtsprechung werden allerdings durch verschiedene Umstände gemildert. Einer *überbordenden Ertragsoptimierungsstrategie* der Vermieter stehen zum einen die *mit jedem Mieterwechsel verbundenen Kosten sowie die Möglichkeit einer eventuell sehr lange dauernden Mieterstreckung* entgegen (TH. KOLLER, a.a.O., 418). Zum andern können einem optimierungswilligen Vermieter aber auch *Beweisprobleme im Kündigungsanfechtungsprozess* in die Quere kommen. Das hier zu besprechende Urteil ist ein schönes Beispiel dafür.

Zwar bestätigt das Bundesgericht einmal mehr den «unverrückbaren» Grundsatz («le principe intangible»), *wonach diejenige Partei (in aller Regel also der Mieter) die Beweislast trage, welche die Kündigung anfechte.* Weiter führt es dann aber (unter Berufung auf das Bundesgerichtsurteil 4C.61/2005 vom 27. März 2005) aus, die Vertragspartei, welche kündige, habe die Pflicht, loyal bei der Wahrheitssuche mitzuwirken, indem sie alle notwendigen Angaben aus ihrem Herrschaftsbereich liefere (E. 2.1 des hier besprochenen Urteils). In der Folge prüft das Bundesgericht einlässlich, ob der Vermieter in casu bei der Neuvermietung in Anwendung der absoluten Berechnungsmethode – konkret in Anwendung des Kriteriums der *Orts- und Quartierüblichkeit* gemäss Art. 269a lit. a OR – einen nicht missbräuchlichen Mietzins erzielen könnte, und kommt zum Schluss, dass dies nicht der Fall sei (E. 2.2. bis E. 2.5). Auf die Einzelheiten dieser Überprüfung ist hier nicht einzugehen. Entscheidend sind die Aussagen des Bundesgerichts am Schluss seiner Erwägungen: Im vorliegenden Fall habe nicht festgestellt werden können, dass eine Mietzinserhöhung in Anwendung der absoluten Methode, unter dem Gesichtspunkt der Marktmiete, zulässig wäre («...il n'a en l'occurrence pas pu être établi qu'une augmentation de loyer était possible en application de la méthode absolue, sous l'angle du critère des loyers du marché»). *Es sei nicht bewiesen, dass der Vermieter von einem neuen Mieter einen höheren, nicht missbräuchlichen Mietzins fordern könnte* («En définitive, il n'a donc pas été démontré, aux regards des exigences légales et jurisprudentielles en la matière, que le bailleur pouvait obtenir un loyer non abusif plus élevé d'un nouveau locataire»). Konsequenterweise müsse sich der Vermieter das Fehlen von Beweisen über das von ihm geltend gemachte Kündigungsmotiv entgegenhalten lassen (E. 2.4 in fine).

Man kann es drehen und wenden, wie man will: *Letztlich läuft dies* – auch wenn es das Bundesgericht nicht ausdrücklich sagt – *auf eine Beweislastumkehr hinaus*, wenn der Mieter im Kündigungsanfechtungsprozess bestreitet, dass ein höherer Mietzins orts- und quartierüblich sei (gl.M. RAOUL FUTTERLIEB, MRA 2008, 113 ff., 120; ähnlich ders., MRA 2008, 158 ff., 162 f.). Vorgespurt wurde dies im Grunde bereits im Bundesgerichtsurteil 4C.61/2005 vom 27. Mai 2005 (TH. KOLLER, a.a.O., 420 f.). Mit FUTTERLIEB (MRA 2008, 119) kann man daher festhalten: Der kündigende Vermieter hat zu beweisen, dass der höhere Mietzins, den er von einem Dritten verlangen will, nicht missbräuchlich ist. Sachlich ist eine solche Beweis-

lastumkehr sinnvoll (a.M. wohl FUTTERLIEB, a.a.O.), weil so wenigstens die Auswirkungen einer Ertragsoptimierungskündigung für den Mieter etwas gemildert werden (TH. KOLLER, a.a.O., 421).

VI. Gerichtsstand bei Mietstreitigkeiten über unbewegliche Sachen im internationalen Verhältnis

BGE 134 III 475 (4A_133/2008)

Das Bundesgericht sah sich in BGE 134 III 475 mit der Frage konfrontiert, welcher Gerichtsstand im euro-internationalen Verhältnis gilt, wenn der ausländische Vermieter gegen den schweizerischen Mieter klagt, dieser jedoch im Zeitpunkt der Klageeinleitung nicht am Ort der vermieteten Sache, sondern an einem andern Ort in der Schweiz seinen Wohnsitz oder Sitz hat. Nach Art. 16 Ziff. 1 lit. a LugÜ (entspricht Art. 22 Ziff. 1 Abs. 1 revidiertes LugÜ) sind die *schweizerischen Gerichte ausschliesslich zuständig.* Das Lugano-Übereinkommen regelt indessen nur die internationale Zuständigkeit, nicht aber die Frage, welches Gericht innerhalb der Schweiz für solche Klagen örtlich zuständig ist (BALZ GROSS, Art. 23 GestG N 114, in: Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, hrsg. von Thomas Müller/Markus Wirth, Zürich 2001; ähnlich auch FRIDOLIN WALTHER, Art. 23 GestG N 17, in: Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, hrsg. von Franz Kellerhals/Nicolas von Werdt/Andreas Güngerich, 2. Aufl. Bern 2005; SVIT-KOMMENTAR, Vorbemerkungen Art. 253–274g N 49; ZK-HIGI, Vorbemerkungen zu Art. 253–274g N 266 ff.). Diese Frage beurteilt sich nach dem IPRG, nach dessen Art. 112 Abs. 1 die Klage am *Wohnsitz des Beklagten* anzubringen ist (GROSS, a.a.O. Art. 23 N 116). Anders als im Binnenverhältnis (siehe Art. 23 GestG bzw. Art. 33 ZPO) *fehlt im IPRG ein Gerichtsstand am Ort der unbeweglichen Mietsache.* Dies ist unbefriedigend (gl.M. GROSS, a.a.O. Art. 23 GestG N 115 in fine), weshalb ein Teil der Lehre fordert, die Bestimmung von Art. 23 GestG analog auch im internationalen Verhältnis anzuwenden, wenn die schweizerische Zuständigkeit nach Lugano-Übereinkommen gegeben ist (WALTHER, a.a.O., Art. 23 GestG N 17; SVIT-KOMMENTAR, Vorbemerkungen Art. 253–274g N 49; ZK-HIGI, Vorbemerkungen zu Art. 253–274g N 268 zum seinerzeit noch geltenden Art. 274b OR).

Das Bundesgericht erteilt dem im hier zu besprechenden Fall jedoch eine Absage (E. 4.2.1 S. 479; zustimmend zum Entscheid PETER REETZ, BR 2008, 181 f.), weil das Gerichtsstandsgesetz nach ausdrücklicher Anordnung in Art. 1 Abs. 1 nicht auf internationale Verhältnisse anwendbar ist. Dasselbe wird wohl künftig – trotz des weniger eindeutigen Vorbehalts in Art. 2 ZPO – auch für die örtlichen Zuständigkeitsvorschriften der Schweizerischen Zivilprozessordnung gelten. Somit war das Bezirksgericht Surselva nicht zuständig für die Klage von 29 Vermietern mit Wohnsitz in Deutschland, Österreich und Spanien gegen einen Mieter mit schweizerischem Sitz ausserhalb der Surselva, obwohl sich die vermieteten Wohnungen in der Surselva befanden (wohl aber ist es gestützt auf Art. 23 GestG zuständig für die Klagen der sieben Vermieter mit Wohnsitz in der Schweiz [sic!]). Das Bundesgericht weist in seinem Entscheid ausdrücklich darauf hin, der Gesetzgeber müsse aktiv werden, um eine Zuständigkeit am Ort der Mietsache einzuführen.

Der Gesetzgeber scheint dem Ruf des höchsten Gerichts bereits Folge zu leisten. Voraussichtlich auf den 1. Januar 2011 soll im Zusammenhang mit der Ratifizierung des revidierten Lugano-Übereinkommens Art. 113 IPRG geändert werden. Neu wird aus Vertrag stets *am Erfüllungsort der charakteristischen Leistung,* mithin auch am Ort einer unbeweglichen Mietsache, geklagt werden können, und zwar selbst wenn Ansprüche – wie z.B. der Anspruch des Vermieters auf Zahlung des Mietzinses – im Streit stehen, die an einem andern Ort zu erfüllen sind (BBl 2009, 1835 ff., 1840; vgl. dazu die Botschaft zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des revidierten Übereinkommens von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 18. Februar 2009, BBl 2009, 1777 ff. [http://www.admin.ch/ch/d/ff/2009/1777.pdf]; dem entsprechenden Bundesbeschluss haben der Ständerat am 23. September 2009 [http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/s/4811/310365/d_s_4811_310365_310405.htm] und der Nationalrat am 26. November 2009 [http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/n/4812/313116/d_n_4812_313116_313322.htm] zugestimmt). Dieser Gerichtsstand wird neu wahlweise neben dem Wohnsitz- oder Sitzgerichtsstand des Beklagten zur Verfügung stehen.

Nach dem Gesagten ist unter noch geltendem Recht denkbar, dass die schweizerischen Gerichte nach Art. 16 Ziff. 1 lit. a LugÜ zwar

zwingend zuständig sind, jedoch das IPRG keinen Gerichtsstand zur Verfügung stellt. Dies ist der Fall, wenn der Beklagte keinen Wohnsitz in der Schweiz hat und ein Anspruch streitig ist, der nicht am Ort der gelegenen Sache zu erfüllen ist (namentlich eine Geldschuld). In einer solchen Konstellation müsste über Art. 3 IPRG eine *Notzuständigkeit am Ort, mit dem der Sachverhalt einen genügenden Zusammenhang hat,* d.h. am Ort der vermieteten Immobilie, angenommen werden. Für Ansprüche, die am Ort der Mietsache zu erfüllen sind (was wohl für sämtliche Ansprüche des Mieters gegen den Vermieter zutreffen dürfte), ergäbe sich dieselbe Zuständigkeit auch aus Art. 113 IPRG in der noch geltenden Fassung (GROSS, a.a.O., Art. 23 GestG N 116).