Prof. Dr. Thomas Koller
Bern

Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2012

Nicht im Handel

Sonderdruck aus
«Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins»
Band 149 · 2013 · Heft 11

Stämpfli Verlag AG Bern

Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2012

Veröffentlicht in Band 138

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

Übersicht

I. Ausweisungsverfahren; Rechtsschutz in klaren Fällen; Zeugenbeweis; Formungültigkeit einer Gestaltungserklärung und Rechtsmissbrauch (Art. 2 ZGB; Art. 16 Abs. 1 OR; Art. 257 ZPO) BGE 138 III 123

II. Ausserordentliche Kündigung wegen fehlender Rücksichtnahme der Mieterin auf die andern Hausbewohner; Exmissionsklage; Verfahrensart (Art. 257f OR, Art. 56, Art. 32 Abs. 1, Art. 219 ff., Art. 243 ff. und Art. 257 ZPO) 4A_87/2012

III. Klagebewilligung; Fristenstillstand während der Gerichtsferien (Art. 145, Art. 209 Abs. 4 ZPO) BGE 138 III 615

IV. Kein Fristenstillstand für die Klageeinreichung nach einem altrechtlichen Schlichtungsverfahren; Übergangsrecht (Art. 273 Abs. 4 und Abs. 5 sowie Art. 274f Abs. 1 aOR; Art. 145, Art. 404 Abs. 1 und Art. 405 Abs. 1 ZPO) BGE 138 III 792

1 Das Manuskript wurde am 21. September 2013 abgeschlossen.
Ich danke meinen Assistentinnen Caroline von Graffenried, MLaw, und Eylem Demir, lic. iur., für die konstruktiv-kritische Durchsicht des Textes.

2 In dieser Rechtsprechungsübersicht werden die allgemeinen Kommentare zum schweizerischen Privatrecht mit den üblichen Abkürzungen (ZK = Zürcher Kommentar; BK = Berner Kommentar; BSK = Basler Kommentar) und bezogen auf die neusten Auflagen zitiert. Im Weiteren werden als Standardliteratur folgende Werke abgekürzt zitiert: David Lachat *et al.*, Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl., Zürich 2009 (zit.: Lachat/Autorin); Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, hrsg. vom Schweizerischen Verband der Immobilien-Treuhänder SVIT, 3. Aufl., Zürich 2008 (zit.: SVIT-Kommentar); François Bohnet/Marino Montini (éditeurs), Droit du bail à loyer, Commentaire pratique, Bâle 2010 (zit.: CPra Bail-Autorin); Maja Blumer, Gebrauchsüberlassungsverträge (Miete, Pacht), in: Schweizerisches Privatrecht, Band VII/3, hrsg. von Wolfgang Wiegand, Basel 2012 (zit.: SPR-Blumer); Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, hrsg. von Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander, Zürich/St. Gallen 2011 (zit.: Autorin, DIKE-Komm-ZPO).

V. Mietzinserhöhungsanzeige mit faksimilierter statt mit eigenhändiger Unterschrift; rechtsmissbräuchliche Anrufung des Formmangels (Art. 2 Abs. 2 ZGB; Art. 269d OR) BGE 138 III 401

VI. Untermiete; ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses; kein Verstoss gegen Treu und Glauben; Zeitpunkt der Begründung der Kündigung (Art. 262, Art. 271 und Art. 271a Abs. 1 lit. a OR) BGE 138 III 59

I. Ausweisungsverfahren; Rechtsschutz in klaren Fällen; Zeugenbeweis; Formungültigkeit einer Gestaltungserklärung und Rechtsmissbrauch (Art. 2 ZGB; Art. 16 Abs. 1 OR; Art. 257 ZPO)

BGE 138 III 123 (4A_601/2011) = mp 2012, 131 ff. = DB 2012, 50

Das Inkrafttreten der Schweizerischen ZPO am 1. Januar 2011 hat das Interesse der Mietrechtler an verfahrensrechtlichen Fragen in grossem Stil angefacht. Dies ist aus zwei Gründen sehr verständlich. Zunächst einmal versteht es sich von selbst, dass neue prozessrechtliche Bestimmungen von Spezialisten eines bestimmten Rechtsgebiets – hier des Mietrechts – in den ersten Jahren einer besonderen Beachtung bedürfen. Wesentlich stärker ins Gewicht fällt aber der Umstand, dass die neue ZPO aus der Sicht des Mietrechts konzeptionell alles andere als geglückt ist. *Das materielle Mietrecht weist im Vergleich zu andern Rechtsgebieten Besonderheiten auf, die sich verfahrensrechtlich stark auswirken.* Denn der Mieter hat sich bei *Mietzinserhöhungen* durch den Vermieter sowie bei *Kündigungen,* die er als *treuwidrig* erachtet, binnen einer bestimmten *Verwirkungsfrist* bei einer staatlichen Behörde, der Schlichtungsbehörde, durch *Anfechtung* zur Wehr zu setzen (Art. 270b und Art. 273 Abs. 1 OR). Ebenso muss er sich fristgerecht an die Schlichtungsbehörde wenden, wenn er nach einer Kündigung eine *Mieterstreckung* verlangen will (Art. 273 Abs. 2 und 3 OR). Darüber hinaus enthielt das OR vor Inkrafttreten der ZPO (und früher schon der Bundesbeschluss über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 30. Juni 1972 [BMM]) verschiedene prozessuale Bestimmungen (Art. 274 ff. aOR), die den – sozialpolitisch bedingten – Besonderheiten des Mietrechts auch in verfahrensrecht-

licher Hinsicht Rechnung tragen sollten, so etwa die Verpflichtung der Kantone zur Einführung von sogenannten *paritätischen Schlichtungsbehörden* (Art. 274a Abs. 2 aOR), *das einfache und rasche Verfahren* (Art. 274d Abs. 1 aOR) *sowie den beschränkten Untersuchungsgrundsatz* (Art. 274d Abs. 3 aOR). Dass diese prozessualen Besonderheiten im Wesentlichen in die neue ZPO überführt werden mussten, stand bei deren Erlass ausser Frage.

All dies hätte im Grunde danach gerufen, die mietrechtlichen Verfahrensbestimmungen in der ZPO in einem eigenen Kapitel übersichtlich zusammenzufassen. Leider hat der Gesetzgeber jedoch darauf verzichtet. Daher finden sich heute mietrechtliche Verfahrensregeln über weite Teile der ZPO verstreut. In dem so entstandenen Wirrwarr finden sich selbst Spezialisten nicht leicht zurecht, zumal die allgemeine Kommentarliteratur zur ZPO, an welcher Mietrechtler kaum je mitgewirkt haben, mietrechtliche Verfahrensfragen nicht immer hinreichend differenziert abhandelt. Für juristische Laien ist dieser Prozessnormendschungel kaum durchdringbar.

Unter diesen Umständen erstaunt es nicht, dass in den letzten Jahren etliche Spezialpublikationen erschienen sind, die sich mit mietrechtsspezifischen Verfahrensfragen – etwa mit dem Verhältnis zwischen einem vom Mieter angestrengten Kündigungsanfechtungsprozess und einem vom Vermieter eingeleiteten Ausweisungsverfahren – einlässlich auseinandersetzen. Als Beispiele seien nur etwa genannt: Martin Tanner, Die Ausweisung des Mieters im Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO unter besonderer Berücksichtigung der ausserordentlichen Kündigungen nach Art. 257d OR und Art. 257f OR, ZZZ 2010, 263 ff.; François Bohnet, Le droit du bail en procédure civile suisse, in: 16e Séminaire sur le droit du bail, édité par François Bohnet et Pierre Wessner, Neuchâtel 2010, 1 ff.; Raymond Bisang, Neue Zivilprozessordnung: Neuerungen im Schlichtungsverfahren bzw. Mietprozess unter besonderer Berücksichtigung der Ausweisung, MRA 2010, 101 ff.; David Lachat, Procédure civile en matière de baux et loyers, Lausanne 2011; François Bohnet/Philippe Conod, Bail et procédure civile suisse: premiers développements, in: 17e Séminaire sur le droit du bail, édité par François Bohnet, Bâle 2012, 211 ff.

Von besonderem Interesse für Mietrechtler sind unter diesen Umständen selbstredend auch Gerichtsurteile, die mietverfahrensrechtliche Fragen zum Gegenstand haben. Während unterinstanzliche

Entscheide schon recht bald nach Inkrafttreten der ZPO gefällt und z. T. auch publiziert wurden, musste man auf höchstrichterliche Urteile naturgemäss etwas warten (Bruno Hediger, Mietrechtliche Entwicklungen unter der ZPO: Ein Erfahrungsbericht, mp 2013, 1 ff., 2 f.). Doch nunmehr beginnt die Quelle schon deutlich zu sprudeln, sodass sich – wie in der Literatur zutreffend ausgeführt wurde – die Prozessanwälte «zumindest ein Stück weit auf weniger dünnem Eis» bewegen (Irène Spirig/Thomas Gabathuler, plädoyer 3/13 40 ff., 44). Allerdings stehen wir damit, wie das Bundesgericht in einem andern (mietrechtlichen) Urteil zu Recht festgehalten hat, erst am Anfang: «Il sied d'observer … que le CPC, entré en vigueur il y a un peu plus d'une année seulement, nécessite encore de nombreux éclaircissements de la part de la jurisprudence et de la doctrine» (Urteil 4A_87/2012 vom 10. April 2012, E. 3.1.3; zu diesem Urteil einlässlich unten Ziff. II.). Der hier zu besprechende Entscheid gehört in diese Kategorie.

Die Parteien hatten einen Mietvertrag über ein Restaurant für die Zeit vom 1. Mai 2008 bis 30. April 2011 abgeschlossen. Gemäss Vertrag hatte der Mieter eine Verlängerungsoption bis Ende April 2014, die mit schriftlicher Anzeige bis Ende April 2010 ausgeübt werden konnte. Am 13. März 2010 übergab der Mieter dem Buchhalter der Vermieterin in deren Büroräumlichkeiten ein nicht unterzeichnetes Schreiben vom 18. Februar 2010, in dem er erklärte, den Vertrag bis Ende April 2014 verlängern zu wollen. Am 6. Mai 2011 verlangte die Vermieterin vor dem zuständigen Bezirksgericht *die Ausweisung des Mieters im summarischen Verfahren* (Art. 257 ZPO). Zur Begründung machte sie geltend, das Mietverhältnis habe am 30. April 2011 geendet, *da die Verlängerungserklärung mangels Unterschrift nicht formgültig erfolgt sei.* Ihr Buchhalter habe dem Mieter bereits bei der Übergabe des Schreibens am 13. März 2010 seine Bedenken bezüglich der Einhaltung der Formvorschriften geäussert, da die Unterschrift gefehlt habe, was der Mieter jedoch bestritt. Das Bezirksgericht vernahm zu dieser Frage den von der Vermieterin an die Verhandlung mitgebrachten Buchhalter als Zeugen ein und hiess anschliessend das Ausweisungsbegehren gut. Das Obergericht des Kantons Zürich hiess die Berufung des Mieters gegen diesen Entscheid gut und *trat auf das Ausweisungsbegehren nicht ein.* Mit ihrer Beschwerde in Zivilsachen blieb die Vermieterin erfolglos (vgl. zu diesem Urteil die Kurzhinweise bei Thomas Gabathuler/Irène Spirig, plädoyer 3/12 48 ff., 52,

BRUNO HEDIGER, SJZ 2013, 309 ff., 309, PASCAL PICHONNAZ, SJZ 2013, 189 ff., 191, und FRANÇOIS BOHNET, DB 2012, 50).

Gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO gewährt das Gericht Rechtsschutz im summarischen Verfahren, *wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist.* Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, so tritt das Gericht auf das Gesuch nicht ein (Art. 257 Abs. 3 ZPO). Der Anspruch muss dann vom Kläger im vereinfachten (Art. 243 ff. ZPO) oder gegebenenfalls im ordentlichen Verfahren (Art. 219 ff. ZPO) durchgesetzt werden (zu den sich ergebenden Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen diesen beiden Verfahrensarten siehe das Urteil des Bundesgerichts 4A_87/2012 vom 10. April 2012 und dazu einlässlich unten Ziff. II., sowie MARTIN SOHM, MRA 2012, 219 ff., und FRANÇOIS BOHNET, DB 2012, 50 ff., 52). Im Summarprozess ist der Beweis grundsätzlich mit Urkunden zu erbringen (Art. 254 Abs. 1 ZPO). Andere Beweismittel sind nur zulässig, wenn sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern, es der Verfahrenszweck erfordert oder das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat (Art. 254 Abs. 2 ZPO). Der Rechtsschutz in klaren Fällen ist den früher in gewissen kantonalen Prozessrechten bekannten *Befehlsverfahren* nachgebildet und führt, wenn der Gesuchsteller obsiegt, zu einem *materiell rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid* (dazu statt aller etwa TANNER, a. a. O., 263, m. Nw.). Er steht unter anderem auch für die Ausweisung von Mietern *(Exmission)* zur Verfügung (einlässlich dazu TANNER, a. a. O., passim; vgl. auch TARKAN GÖKSU, DIKE-KOMM-ZPO, Art. 257 N 15; BK-GÜNGERICH, Art. 257 ZPO N 26 f.; BOHNET, 16e Séminaire, a. a. O., 54 Rz. 197; BOHNET/CONOD, a. a. O., 227 Rz. 45 ff.). Für den Vermieter, der ein Interesse an einer raschen Mieterausweisung hat, ist dieses Summarverfahren von grosser Bedeutung, da ihm kein Schlichtungsverfahren vorangeht (Art. 198 lit. a ZPO), das Verfahren in der Regel schnell durchgeführt wird und die Fristen im Rechtsmittelverfahren verkürzt sind (Art. 314 Abs. 1 und Art. 321 Abs. 2 ZPO) sowie der Fristenstillstand nicht gilt (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO), das Verfahren also relativ rasch zum Ziel führen kann. Allerdings trägt der Vermieter (wie jeder Gesuchsteller) ein Prognoserisiko: Sind die Voraussetzungen gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt und ergeht ein Nichteintretensentscheid, so hat er wertvolle Zeit verloren. Für den Mieter ist das Ausweisungsverfahren im Summarprozess im Gegenzug äusserst riskant. Wird das Gesuch gutgeheissen, so hat er das Mietobjekt

definitiv zu verlassen, und dies auch dann, wenn er sich wegen der Beweismittelbeschränkung im Summarprozess gegen das Ausweisungsbegehren nicht vollumfänglich zur Wehr setzen konnte. Das ist im Hinblick *auf den sowohl verfassungsmässig als auch völkerrechtlich anerkannten Anspruch auf rechtliches Gehör* (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK) nicht unbedenklich. In der Literatur war denn auch schon bildhaft, aber zutreffend von der *Guillotinewirkung der neuen Verfahrensbestimmungen* die Rede (GABATHULER/SPIRIG, a. a. O., 52). *Von da her ist es geboten, klares Recht nur in wirklich eindeutigen Fällen anzunehmen und gegebenenfalls zugunsten des Gesuchsgegners in Anwendung von Art. 254 Abs. 2 ZPO die Beschränkung der Beweismittel auf Urkunden zu lockern.* Bei der Mieterexmission gibt es auf jeden Fall keine Beweismittelbeschränkung im Summarprozess, wenn der Mieter die Kündigung angefochten hat oder wenn der Streitwert weniger als Fr. 30 000.– beträgt, weil dann der beschränkte *Untersuchungsgrundsatz* zur Anwendung kommt, das Gericht also den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat (Art. 243 Abs. 2 lit. c i. V. m. Art. 247 Abs. 2 lit. a und Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ZPO, je i. V. m. Art. 254 Abs. 2 lit. c ZPO [man sehe den Dschungel der Bestimmungen…]; dazu TANNER, a. a. O., 265 und 275). Dasselbe sollte aber nach meinem Dafürhalten auch in den andern Fällen der Mieterausweisung gelten. Eine andere Frage ist es, inwieweit dem gesuchstellenden Vermieter ausserhalb der Fälle von Art. 254 Abs. 2 lit. c ZPO weitere Beweismittel zu gestatten sind.

Die Frage, ob in casu die Vermieterin berechtigt war, ihren Buchhalter, den sie an die Verhandlung vor erster Instanz mitgebracht hatte, als Zeugen einvernehmen zu lassen, konnte das Bundesgericht offenlassen (die Zulässigkeit eines solchen Zeugenbeweises befürwortend etwa TANNER, a. a. O., 274 f., sowie BOHNET, DB 2012, 50). Denn gemäss Bundesgericht waren die Voraussetzungen von Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO (klares Recht) nicht erfüllt. Klares Recht sei gegeben, wenn sich die Rechtslage bei der Anwendung des Gesetzes unter Berücksichtigung der Lehre und Rechtsprechung ohne Weiteres ergebe und damit die Rechtsanwendung zu einem eindeutigen Ergebnis führe. Dagegen sei die Rechtslage in der Regel nicht klar, wenn die Anwendung einer Norm einen Ermessens- oder Billigkeitsentscheid des Gerichts mit wertender Berücksichtigung der gesamten Umstände erfordere, wie dies namentlich bei der Beurteilung von Treu und Glauben zutreffe (BGE 138 III 123 E. 2.1.2 S. 126).

Materiellrechtlich stand im vorliegenden Fall im Streit, ob sich die Vermieterin *rechtsmissbräuchlich* auf die fehlende Unterschrift des Mieters auf der schriftlichen Verlängerungserklärung berufen habe. Würde dies zutreffen, so könnte die Vermieterin nicht die Beendigung des Mietverhältnisses am 30. April 2011 geltend machen. Dazu führte das Bundesgericht aus, wenn für eine Gestaltungserklärung die Schriftform vereinbart sei, so sei zu vermuten, dass der Erklärende sich daraus ergebende Verpflichtungen erst auf sich nehmen wolle, wenn er seinen Willen in der vorbehaltenen Form geäussert habe (BGE 138 III 123 E. 2.4.1 S. 128, unter Verweis auf Art. 16 Abs. 1 OR). Die Berufung des Erklärungsempfängers auf die Formungültigkeit sei aber gemäss ständiger Rechtsprechung unstatthaft, wenn sie – etwa wegen widersprüchlichen Verhaltens – gegen Treu und Glauben verstosse und damit einen offensichtlichen Rechtsmissbrauch gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB darstelle. Ob dies zutreffe, habe das Gericht in Würdigung aller Umstände des konkreten Falles zu prüfen, wobei namentlich das Verhalten der Parteien nach Abschluss des Vertrages (hier: nach Abgabe der Vertragsverlängerungserklärung durch den Mieter) zu würdigen sei (BGE 138 III 123 E. 2.4.2 S. 128, m. Nw.). In casu müssten daher nicht nur die Geschehnisse bei der Übergabe des Schreibens, sondern auch das darauf folgende Verhalten der Parteien berücksichtigt werden. Es müsse somit (auch) geklärt werden, ob die Vermieterin durch das nachträgliche Zuwarten oder ihr sonstiges Verhalten beim Mieter den berechtigten Eindruck erweckt habe, die Vertragsverlängerung anzuerkennen. Weiter müsse untersucht werden, ob der Schutzzweck des Erfordernisses der Unterschrift in Bezug auf die Vermieterin nicht bereits dadurch erreicht worden sei, dass für sie aufgrund der persönlichen Übergabe des Schreibens die Zuordnung zum Mieter und seine Anerkennung der Erklärung der Vertragsverlängerung ohne Weiteres erkennbar gewesen sei. Demnach erfordere die Rechtsanwendung im vorliegenden Fall auch dann, wenn von der Sachverhaltsdarstellung der Beschwerdeführerin ausgegangen würde, eine wertende Betrachtung der gesamten Umstände, ohne dass von einem eindeutigen Ergebnis gesprochen werden könne. Damit sei die Voraussetzung der klaren Rechtslage gemäss Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO offensichtlich nicht erfüllt (BGE 138 III 123 E. 2.5 S. 129). Die Verneinung der liquiden tatsächlichen Verhältnisse im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO durch die Vorinstanz sei daher nicht entscheiderheblich, weshalb eine Auseinandersetzung mit der Frage der Zulässigkeit des Zeugenbeweises unterbleiben könne (BGE 138 III 123 E. 2.6 S. 129).

Mit diesem Urteil hat das Bundesgericht eine erste wichtige Leitplanke für mietrechtliche Exmissionsverfahren gesetzt. Die Ausweisung aus dem Mietobjekt ist für den Mieter eine ganz einschneidende Sache. Fehlurteile müssen daher so weit als möglich vermieden werden. Das Summarverfahren ist nun aber von seiner Natur her in höherem Masse fehleranfällig als das vereinfachte oder das ordentliche Verfahren. Daher obliegt dem Summarrichter im Exmissionsprozess eine besondere Verantwortung. Einen klaren Sachverhalt und klares Recht darf er nur sehr zurückhaltend annehmen. In diese Richtung weist der besprochene höchstrichterliche Entscheid, der daher sehr zu begrüssen ist. Gleichzeitig ist das Urteil aber auch ein eindrückliches Beispiel für das Prognoserisiko, dem der Vermieter ausgesetzt ist, wenn er sich für eine Mieterexmission im Summarprozess entscheidet: Obwohl alle drei Instanzen sehr rasch geurteilt hatten, verlor die Vermieterin mit dem erfolglosen Summarverfahren rund neun Monate. Ob sie nachher noch den Mut zu einem Ausweisungsprozess im vereinfachten bzw. ordentlichen Verfahren hatte (und wie ein solches Verfahren allenfalls ausgegangen ist), entzieht sich meiner Kenntnis.

Abschliessend sei hier noch eine Bemerkung zum materiellen Recht angebracht: Zu hoffen bleibt, dass der Vermieterin in einem allfälligen erneuten Exmissionsverfahren nicht relativ kurzschlüssig eine rechtsmissbräuchliche Berufung auf die Formungültigkeit der Verlängerungserklärung unterstellt wurde. Die Parteien scheinen in casu die Schriftform klar vereinbart zu haben. Warum der Mieter hier seine Erklärung zwar schriftlich abgegeben, diese aber nicht unterschrieben hat, ist schwer verständlich und letztlich nicht der Vermieterin anzulasten. Auf die Einhaltung einer gewillkürten Form können die Parteien zwar im Nachhinein verzichten, auch durch konkludentes Verhalten; aber das ist nicht leichthin anzunehmen, ebenso wenig rechtsmissbräuchliches Verhalten derjenigen Partei, die sich auf die Einhaltung der vereinbarten Form beruft. Der Trend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu diesem Problemkreis geht leider in die andere Richtung (dazu unten Ziff. V.).

II. Ausserordentliche Kündigung wegen fehlender Rücksichtnahme der Mieterin auf die andern Hausbewohner; Exmissionsklage; Verfahrensart (Art. 257f OR, Art. 56, Art. 132 Abs. 1, Art. 219 ff., Art. 243 ff. und Art. 257 ZPO)

Urteil 4A_87/2012 vom 10. April 2012 = MRA 2012, 219 ff. = mp 2012, 221 ff. = DB 2012, 50 ff.

Auch in diesem Fall hatte sich das Bundesgericht mit einer Mieterexmission zu befassen. Dieses (leider nicht amtlich publizierte) Urteil bildet ein eigentliches «mietprozessuales Highlight», wenn auch in negativer Hinsicht. Denn es wirft zwar eine wichtige verfahrensrechtliche Frage auf, trägt aber, wie zu zeigen sein wird, in keiner Weise zur Klärung des Problems bei, sondern erzeugt eher Unsicherheit und Verwirrung (vgl. zu diesem Entscheid die Besprechungen von MARTIN SOHM, MRA 2012, 219 ff., und von PHILIPPE CONOD, Newsletter mai 2012 [abrufbar unter http://www.bail.ch/fileadmin/media/images/Arrets_bail/2012_Newsletter_Mai/12_mai_Commentaire_Arret_4A_87-2012.pdf], sowie die Hinweise bei FRANÇOIS BOHNET, DB 2012, 50 ff., bei BRUNO HEDIGER, SJZ 2013, 309 ff., 312 f., und bei IRÈNE SPIRIG/THOMAS GABATHULER, plädoyer 3/13 40 ff., 44 f.).

Vorweg sei eines klargestellt: Gegen den Verfahrensausgang an sich ist nichts einzuwenden, im Gegenteil. Im Streit stand die Exmission einer Wohnungsmieterin, der die Vermieterin gestützt auf Art. 257f OR *wegen fehlender Rücksichtnahme auf die andern Hausbewohner ausserordentlich gekündigt hatte.* Etliche Nachbarn hatten sich bei der Vermieterin über beträchtlichen Lärm auch abends nach 22.00 Uhr beklagt. Die Mieterin und ihr Freund würden diverse Musikinstrumente spielen, tanzen und sich auch bis spät in die Nacht hinein gegenseitig laut beschimpfen. Beim Musikspielen würden sie zudem nicht nur während des Tages, sondern auch nach 22.00 Uhr und an Sonntagen den Takt mit den Füssen schlagen. Die Mieterin habe Drohungen ausgestossen, als die Nachbarn versucht hätten, sie zur Raison zu bringen, und auch ihr Freund habe bei solchen Gelegenheiten rasch aggressiv reagiert. Diese Vorwürfe wurden offenbar im Verlauf des Verfahrens im Wesentlichen bestätigt, weshalb die Mieterin, die sich gegen die Exmission wehrte, vor allen drei Instanzen unterlag. Dass es das Bundesgericht unter diesen Umständen vermied, die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (was je nach Beurteilung der verfahrensrechtlichen Fragen erforderlich gewesen wäre), ist im Interesse der arg lärmstrapazierten andern Hausbewohner mehr als verständlich, vor allem wenn man bedenkt, dass die Kündigung auf den 28. Februar 2011 ausgesprochen worden war, das bundesgerichtliche Urteil aber (obwohl nach meiner Beurteilung alle drei Instanzen erfreulich rasch entschieden haben) erst am 10. April 2012 gefällt wurde und die effektive Ausweisung der rücksichtslosen Mieterin somit erst anschliessend erfolgen konnte. Bedenklich an der Sache ist, dass diese unangenehme Zeitgenossin in allen drei Instanzen auf Staatskosten prozedieren (und damit ihre Ausweisung verzögern) konnte. Auf die lärmgeplagten Nachbarn, die mit ihren Steuergeldern das Verfahren der Lärmverursacherin mitfinanzieren durften, muss dies geradezu zynisch gewirkt haben. Aber wie es eben das Bundesgericht in seiner Begründung, weshalb der Beschwerdeführerin auch in dritter Instanz die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren sei, ausdrückte: Die in der Beschwerde aufgeworfenen prozessualen Fragen seien ziemlich delikat («assez délicats») und ihre Beantwortung (die das Bundesgericht gar nicht bietet) sei auf keinen Fall evident gewesen (E. 8.2 des besprochenen Entscheids). Man könnte dies durchaus als berechtigten Seitenhieb auf den Gesetzgeber betrachten, auch wenn das Bundesgericht dies wohl gar nicht beabsichtigt hat.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht präsentierte sich der Fall wie folgt:

a) Die Mieterin hatte die Kündigung fristgerecht bei der Schlichtungsbehörde angefochten. Die Vermieterin, handelnd durch einen Rechtsagenten («agent d'affaires breveté»), reichte bei der Schlichtungsbehörde eine schriftliche Stellungnahme ein, die mit «REQUETE (conciliation préalable)» betitelt war. In dieser Eingabe verlangte sie unter anderem widerklageweise («reconventionellement») die Ausweisung der Mieterin und – für eine Widerklage völlig sinnlos – eine Vereinigung der Verfahren. Nach gescheiterter Schlichtungsverhandlung erteilte die Schlichtungsbehörde beiden Parteien, unverständlicherweise also auch der Vermieterin als blosser Widerklägerin, eine Klagebewilligung. Am 7. März 2011 richtete die Vermieterin eine Eingabe an das Mietgericht, die mit «REQUETE (procédure sommaire, art. 248 ss CPC)» überschrieben war und in der sie ihre Anträ-

ge wieder aufnahm, die sie vor der Schlichtungsbehörde widerklageweise («à titre reconventionnel») formuliert hatte. Die Mieterin ihrerseits gelangte ebenfalls fristgerecht, aber erst am 1. April 2011, an das Mietgericht und verlangte Feststellung der Ungültigkeit der Kündigung, subsidiär die Aufhebung der Kündigung wegen Treuwidrigkeit und subsubsidiär die Erstreckung des Mietverhältnisses um vier Jahre.

b) In der Folge teilte die Präsidentin des Mietgerichts den Parteien mit, dass die beiden Prozesse vereinigt und im vereinfachten Verfahren behandelt würden. Gegen die Anwendung des vereinfachten Verfahrens auf die Eingabe der Vermieterin verwahrte sich die Mieterin mit der Begründung, der Streitwert des Ausweisungsprozesses liege über Fr. 30 000.–. In einer späteren Eingabe beantragte die Mieterin sodann, auf das Begehren der Vermieterin sei mangels sachlicher Zuständigkeit des Mietgerichts nicht einzutreten. Mit beiden Anliegen blieb die Mieterin vor den kantonalen Instanzen erfolglos.

In ihrer Beschwerde in Zivilsachen erhob die Mieterin (wie schon vor den kantonalen Instanzen) im Wesentlichen zwei verfahrensrechtliche Rügen:

a) Zunächst machte die Mieterin geltend, die Vermieterin habe eine *Summarexmission* gestützt auf Art. 257 ZPO (Rechtsschutz in klaren Fällen) verlangt. Da die Voraussetzungen für den Rechtsschutz in klaren Fällen (insbesondere wohl das Erfordernis des klaren oder sofort beweisbaren Sachverhalts nach Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO) nicht erfüllt seien, hätte auf das Gesuch nicht eingetreten werden dürfen. Das Bundesgericht verwarf diese Rüge mit der Begründung, die kantonalen Instanzen hätten die Eingabe der Vermieterin, im Gesamtkontext betrachtet, *zu Recht nicht als Gesuch um Gewährung von Rechtsschutz in klaren Fällen interpretiert.* Die Vermieterin habe sich in ihrer Eingabe ausdrücklich auf die Klagebewilligung der Schlichtungsbehörde bezogen (die für ein Summarverfahren nicht erforderlich ist [Art. 198 lit. a ZPO]). Zudem habe die Vermieterin in keiner Weise versucht, darzulegen, dass die Erfordernisse des (in der Eingabe gar nicht erwähnten) Art. 257 ZPO erfüllt seien, und sie habe sich auch nicht gegen die Ankündigung der Gerichtspräsidentin verwahrt, den Prozess im vereinfachten Verfahren durchzuführen. Im Weiteren sei zu beachten, dass die ZPO noch nicht lange in Kraft sei und daher noch zahlreicher Klärungen durch die Rechtsprechung und die Doktrin bedürfe («nécessite encore de nombreux éclaircissements de la part de la jurisprudence et de la doctrine») und dass die Eingabe der Vermieterin nicht von einem auf Mietrecht spezialisierten Anwalt, sondern von einem Rechtsagenten stamme. Daher sei die Überschrift über der Eingabe zu relativieren. Zudem habe der Richter, wenn Zweifel über den prozessualen Weg bestünden, den eine Partei einzuschlagen wünsche, von seiner Fragepflicht gemäss Art. 56 ZPO Gebrauch zu machen. Die Ankündigung der Gerichtspräsidentin, den Prozess im vereinfachten Verfahren (Art. 243 ff. ZPO) zu führen, könne in diesem Sinne verstanden werden.

Damit kann man leben. Ganz offensichtlich war der Rechtsagent, der für die Vermieterin handelte, in prozessualer Hinsicht nicht bewandert, hatte er doch so ziemlich alles durcheinandergebracht, was man durcheinanderbringen kann. Vor der Schlichtungsbehörde sprach er von «REQUETE (conciliation préalable)», verlangte dann aber widerklageweise die Ausweisung (wofür keine vorgängige Schlichtung nötig wäre [Art. 198 lit. g ZPO]) und beantragte erst noch die Vereinigung der beiden Verfahren (was bei einer Widerklage, die ja zwingend eine Hauptklage voraussetzt, überflüssig bzw. unsinnig ist). In seiner Eingabe an das Mietgericht, die vor der Klage der Mieterin erfolgte, mithin also keine Widerklage sein konnte, berief sich der Rechtsagent in der Überschrift ausdrücklich auf den Summarprozess gemäss Art. 248 ff. ZPO. Bei dieser Unbedarftheit an Vorbringen war eine Klarstellung durch das Mietgericht unbedingt erforderlich. Dass dieses aufgrund einer Würdigung aller Umstände die Eingabe der Vermieterin nicht als Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen interpretierte (für dessen Beurteilung es sachlich offenbar nicht zuständig gewesen wäre), ist vertretbar.

b) Im Weiteren machte die Mieterin vor Bundesgericht geltend, die Exmissionsklage der Vermieterin hätte (wenn deren Eingabe nicht als Gesuch um Gewährung von Rechtsschutz in klaren Fällen interpretiert werde) *im ordentlichen und nicht im vereinfachten Verfahren durchgeführt werden müssen.* Denn der Streitwert dieser Klage sei höher als Fr. 30 000.–.

Diese Rüge war im vorliegenden Fall von erheblicher Bedeutung. *Denn hätte sie sich als zutreffend erwiesen, so hätte das gesamte Verfahren neu aufgerollt werden müssen.* Die Vermieterin hätte sich dann vor den kantonalen Instanzen nicht mehr durch ihren Rechtsagenten vertreten lassen können. Zur berufsmässigen Vertretung von Parteien sind Rechtsagenten (wie sie z. B. der Kanton Waadt

kennt) im ordentlichen Verfahren anders als im Verfahren vor der Schlichtungsbehörde, im Summarprozess und in vermögensrechtlichen Streitigkeiten des vereinfachten Verfahrens nicht befugt (Art. 68 Abs. 2 lit. b ZPO). Unabhängig davon hätte die seinerzeitige Eingabe an das Mietgericht aber auch verbessert werden müssen, weil sie – jedenfalls nach den Ausführungen der Mieterin (E. 3.2.2 des besprochenen Urteils) – die einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen nicht bezeichnete und damit der Vorschrift von Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO nicht entsprach. Und im ganzen Ablauf unterscheiden sich das ordentliche Verfahren einerseits sowie das vereinfachte Verfahren andererseits doch recht deutlich. Bei einer Gutheissung der Rüge wäre also eine Rückweisung an die erste Instanz unvermeidlich gewesen.

Die Frage der auf Exmissionsprozesse (ausserhalb des Summarverfahrens) anwendbaren Verfahrensart ist im folgenden gesetzlichen Umfeld zu verorten: Das ordentliche Verfahren (Art. 219 ff. ZPO) kommt immer dann zum Tragen, wenn nicht eine andere Verfahrensart, hier das vereinfachte Verfahren, anwendbar ist (BK-KILLIAS, Art. 219 ZPO N 8). Dem vereinfachten Verfahren unterliegen Prozesse bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000.– in vermögensrechtlichen Streitigkeiten (Art. 243 Abs. 1 ZPO) sowie *ohne Rücksicht auf den Streitwert unter anderem Prozesse aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen, sofern der Kündigungsschutz oder die Erstreckung des Miet- oder Pachtverhältnisses betroffen ist* (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO). *Fraglich ist nun, ob ein Exmissionsverfahren einen Prozess darstellt, in welchem der Kündigungsschutz betroffen ist,* oder ob Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO nur für Verfahren gilt, die im Anschluss an eine Anfechtung der Kündigung durch eine der Parteien bei der Schlichtungsbehörde (Art. 273 OR), im Regelfall also nach einer Anfechtung der Kündigung durch den Mieter, erfolgen. Kläger in einem solchen Kündigungsschutzverfahren im engeren Sinn wird im Allgemeinen der Mieter sein, dem die Schlichtungsbehörde eine Klagebewilligung erteilt, wenn keine Einigung zustande kommt (Art. 209 Abs. 1 lit. b ZPO); die Klägerrolle kann aber auch – wohl eher ausnahmsweise – dem Vermieter zufallen, und zwar dann, wenn er einen Urteilsvorschlag der Schlichtungsbehörde abgelehnt hat (Art. 211 Abs. 2 lit. a i. V. m. Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO). Wird das zum Anfechtungsprozess gegenläufige Ausweisungsverfahren (das notwendigerweise immer vom Vermieter ausgeht) ebenfalls als «Kündigungsschutzprozess» i. S. v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO aufgefasst – etwa weil

vorfrageweise die Wirksamkeit der Kündigung zu prüfen ist –, wird also der Begriff «Kündigungsschutz» in dieser Bestimmung *in weitem Sinne* verstanden, dann spielt es keine Rolle, wie hoch der Streitwert ist. *Bei einem engeren Verständnis* des Begriffs «Kündigungsschutz» dagegen wäre für die Bestimmung der Verfahrensart im Exmissionsprozess der Streitwert massgebend.

Die praktische Brisanz der Frage ist ausserordentlich gross. Die Streitwertberechnung bei Ausweisungsverfahren kann unter Umständen kompliziert sein (vgl. dazu etwa die Ausführungen bei DAVID LACHAT, Procédure civile en matière de baux et loyers, Lausanne 2011, 49, m. Nw.). Im Grunde besteht noch keine Klarheit, wie diese Berechnung effektiv funktioniert. Anders verhält es sich bei Kündigungsschutzprozessen im engeren Sinn (d. h., wenn der Mieter eine Kündigung anficht). In einem solchen Verfahren entspricht der Streitwert den Mietzinsen (unter Einschluss der Nebenkosten), welche für diejenige Periode geschuldet sind, während der das Mietverhältnis weiterdauert, falls sich die Kündigung als nicht wirksam herausstellen sollte, d. h. bis zu dem Zeitpunkt, auf den eine erneute Kündigung durch den Vermieter erfolgen könnte. Gemäss Bundesgericht sind dabei im Hinblick auf die Schutzfrist von Art. 271a Abs. 1 lit. e OR die Mietzinse und Nebenkosten für drei Jahre zu berücksichtigen (E. 1.1 des hier besprochenen Urteils, m. Hw. auf BGE 137 III 389 E. 1.1 S. 390 [dazu einlässlich THOMAS KOLLER, ZBJV 2013, 21 ff., 31 ff.]). Dies ist allerdings nicht ganz zutreffend, muss doch zusätzlich zu den drei Jahren der Sperrfrist auch noch die anschliessende vertragliche oder gesetzliche Kündigungsfrist mitberücksichtigt werden (TH. KOLLER, a. a. O.). Fraglich (und m. E. noch nicht geklärt) ist nun, ob diese Streitwertberechnung auch für Exmissionsverfahren gilt, vor allem wenn vorfrageweise die Gültigkeit der Kündigung zur Diskussion steht (in diesem Sinne etwa LACHAT, a. a. O., 49 Ziff. 4.3 in fine; a. M. und differenzierter für den Fall, dass nur die Gültigkeit, nicht aber die Treuwidrigkeit der Kündigung zur Debatte steht FRANÇOIS BOHNET/PHILIPPE CONOD, Bail et procédure civile suisse: premiers développements, in: 17e Séminaire sur le droit du bail, édité par François Bohnet, Bâle 2012, 211 ff., 236 f. Ziff. 66 f.). Auf jeden Fall wird man bei dieser Sachlage vorerst damit rechnen müssen, dass in vielen Ausweisungsverfahren der Streitwert über Fr. 30 000.– liegen wird. Sollte wirklich die vom Bundesgericht erwähnte Dreijahresfrist zur Anwendung kommen, so würde bereits ein monatlicher Bruttomietzins

von Fr. 833.35 ausreichen, um den Exmissionsprozess in das ordentliche Verfahren zu verweisen, falls solche Prozesse nicht unter Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO subsumiert werden.

Für die Vermieter hätte eine solche Lösung zur Folge, dass ihnen in vielen Fällen die Erleichterungen des vereinfachten Verfahrens entgehen würden. *Darüber hinaus könnten sie in diesen Fällen vor allem auch die Exmission nicht widerklageweise geltend machen, wenn der Mieter einen Kündigungsanfechtungsprozess führt.* Dieser Prozess erfolgt stets im vereinfachten Verfahren (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO), und eine Widerklage ist ausgeschlossen, wenn für die Hauptklage das vereinfachte, für die Widerklage aber das ordentliche Verfahren massgebend ist (Art. 224 Abs. 1 ZPO; BK-KILLIAS, Art. 224 ZPO N 22). Damit wird mehr als deutlich, wie wichtig eine höchstrichterliche Klärung der Frage gewesen wäre.

Zur hier interessierenden Frage wurde in der Westschweizer Lehre eine einlässliche Kontroverse geführt, während sich die Deutschschweizer Lehre («la doctrine alémanique») darüber offenbar – wie das Bundesgericht zu Recht ausführte (E. 3.2.1 des diskutierten Entscheids) – nicht ausgesprochen hat (symptomatisch dazu etwa BK-KILLIAS, Art. 243 ZPO N 52, der die Frage bloss aufwirft, aber nicht diskutiert, sowie ALEXANDER BRUNNER, DIKE-KOMM-ZPO, Art. 243 N 17, der die Problematik nicht erwähnt). Einmal mehr bestätigt sich damit eine Erfahrung, die ich seit Jahren mache: Auf dem Papier («law in books») ist das Mietrecht in der ganzen Schweiz einheitlich geregelt. In der Praxis aber («law in action») gibt es in unserem Land zwei grundverschiedene Mietrechte, nämlich ein Westschweizer und ein Deutschschweizer Mietrecht. Das manifestiert sich in verschiedener Weise. So ist der Anteil der französischsprachigen Bundesgerichtsurteile im Mietrecht seit Langem weit überproportional hoch. Offenkundig wird in der Deutschschweiz im Mietrecht entweder deutlich weniger gestritten, oder die Vergleichsquote ist wesentlich höher. Nach meiner Einschätzung ist auch der Anteil der französischsprachigen Mietrechtsliteratur überproportional höher. Sodann existiert in der Romandie, konkret an der Universität Neuenburg, seit Langem ein Institut für Mietrecht (Séminaire sur le droit du bail; vgl. www.bail.ch), welches regelmässig Tagungen durchführt und für viele hervorragende Publikationen verantwortlich zeichnet, während in der Deutschschweiz ein vergleichbares Institut fehlt (ich weiss: Wer im Glashaus sitzt…!). Und schliesslich habe ich im persönlichen Gespräch mit Berner Schlichtungsbehörden immer wieder den Eindruck gewonnen, dass etliche mietrechtliche Fragen, die in der Literatur diskutiert und vom Bundesgericht entschieden werden, jedenfalls in der Berner Praxis «nicht vorkommen». Das ist zwar nicht repräsentativ, aber immerhin doch bemerkenswert.

Interessanterweise hat übrigens auch das Bundesgericht bisweilen Mühe mit dem skizzierten «mietrechtlichen Röstigraben». So wird z. B. im hier besprochenen Entscheid das Urteil 4A_451/2011 vom 29. November 2011 mit keinem Wort erwähnt. Dort hatte das Bundesgericht in einem reinen Exmissionsverfahren (dem also kein Kündigungsanfechtungsprozess des Mieters entgegenstand) im Zusammenhang mit Art. 247 ZPO (Feststellung des Sachverhalts) erklärt, anwendbar sei nicht Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ZPO, sondern Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO (E. 2 des besagten Urteils). Es liege nicht eine «übrige Streitigkeit aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen» vor, bei welcher das Gericht den Sachverhalt nur bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000.– von Amtes wegen festzustellen habe, sondern ein Fall des Kündigungsschutzes, bei dem der Streitwert keine Rolle spiele. Damit wurde seinerzeit im Grunde, wenn auch bloss nebenbei, die Frage der anwendbaren Verfahrensart bereits entschieden. Das hätte das Bundesgericht im hier diskutierten Fall eigentlich merken müssen (was es natürlich nicht hätte daran hindern müssen, die Fragen nach einlässlicher Diskussion gegebenenfalls anders zu beurteilen).

Die Kontroverse selbst präsentiert sich im Wesentlichen wie folgt (vgl. dazu einlässlich etwa BOHNET/CONOD, a. a. O., 233 ff., sowie CONOD, a. a. O., Ziff. III.): Auf der einen Seite wird der Standpunkt vertreten, ein Fall von Kündigungsschutz i. S. v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO sei nur gegeben, wenn die Kündigung wegen Missbräuchlichkeit gemäss Art. 271 f. OR angefochten sei oder wenn eine Mieterstreckung verlangt werde, nicht aber wenn es um die Feststellung der Nichtigkeit oder Ungültigkeit der Kündigung gehe (LACHAT, a. a. O., 133 Ziff. 2.2.3 Anm. 37). Dementsprechend bestimme sich die Verfahrensart im Ausweisungsprozess nach dem Streitwert (LACHAT, a. a. O., 133 Ziff. 2.2.3 in fine). Nach der Gegenauffassung handelt es sich bei jedem Ausweisungsverfahren um einen Fall von Kündigungsschutz gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO, sodass stets das vereinfachte Verfahren anwendbar sei (CONOD, a. a. O., Ziff. III.; andeutungsweise auch JEAN-LUC COLOMBINI, JdT 2011 III 83 ff., 85 Ziff. 3). Ein

vermittelnder Standpunkt will die Verfahrensart im Ausweisungsprozess grundsätzlich nach dem Streitwert bestimmen, aber dann eine Ausnahme machen und stets das vereinfachte Verfahren anwenden, wenn die Ausweisung vom Vermieter widerklageweise im vom Mieter angestrengten Kündigungsanfechtungsprozess geltend gemacht wird (François Bohnet, Le droit du bail en procédure civile suisse, in: 16e Séminaire sur le droit du bail, édité par François Bohnet et Pierre Wessner, Neuchâtel 2010, 1 ff., 41 Ziff. 143 f.).

Das Bundesgericht skizzierte diese Kontroverse im hier besprochenen Entscheid (E. 3.2.1). Anschliessend (E. 3.2.3) führte es aus, es untersuche nur Rechtsfragen, welche für den Ausgang des Verfahrens entscheidend seien. Im vorliegenden Fall könne die aufgeworfene Frage offenbleiben. Selbst wenn der Standpunkt der Beschwerdeführerin zutreffend sein sollte, der Ausweisungsprozess hätte im ordentlichen Verfahren durchgeführt werden müssen, würde dies nicht zur Unzulässigkeit der Eingabe der Vermieterin vom 7. März 2011 führen. Entspreche eine Eingabe nicht den Vorschriften der massgebenden Verfahrensart, so müsse das (erstinstanzliche) Gericht die betreffende Partei zuerst darauf aufmerksam machen und ihr eine Nachfrist zur Verbesserung ansetzen (Art. 56 und Art. 132 Abs. 1 ZPO), wenn die Eingabe nur teilweise mangelhaft sei. Anschliessend führte das Bundesgericht wörtlich aus: «Or, c'est précisément dans ce cas de figure que l'on se trouve en l'espèce, sauf à dire que la présidente du Tribunal des baux n'a pas jugé nécessaire d'inviter l'intimée à compléter sa requête afin de la rendre conforme à l'art. 221 al. 1 let. e CPC, puisqu'elle estimait, à tort ou à raison, que les deux demandes qui lui étaient soumises devaient être traitées selon la procédure simplifiée. L'intimée, qui n'avait pas opté pour cette procédure-ci plutôt que pour la procédure ordinaire, ne peut pas se voir reprocher de s'être rangée à l'avis officiel exprimé par la magistrate vaudoise. Au demeurant, la recourante ne prétend pas que l'absence de rectification du vice de forme qu'elle dénonce aujourd'hui l'aurait empêchée, alors, d'exercer correctement son droit à la preuve ou à la contre-preuve dans la procédure de première instance (cf. ci-dessus consid. 3.1.3 in fine).»

Das verstehe nur, wer will. Unterstellt, das Ausweisungsverfahren hätte wegen des Streitwerts im ordentlichen Verfahren durchgeführt werden müssen: Was hätte denn die Mieterin tun sollen? Sie hat von Anfang an, d. h. schon vor erster Instanz, bestritten, dass die Bestimmungen des vereinfachten Verfahrens anwendbar seien. Beide

kantonale Instanzen sind dem nicht gefolgt. Dann ist es nur konsequent, dass diese beiden Instanzen die Vermieterin nicht zur Verbesserung der Klage aufgefordert haben, die den Anforderungen von Art. 244 ZPO genügt zu haben scheint, offenbar jedoch nicht den Anforderungen von Art. 221 ZPO. Aber damit blieb immer noch offen, ob die kantonalen Instanzen den Prozess in der richtigen Verfahrensart durchgeführt haben. Unter diesen Umständen hätte das Bundesgericht die Frage der anwendbaren Verfahrensbestimmungen nicht unbeantwortet lassen dürfen. Zutreffend ist bloss, dass eine Gutheissung der Rüge nicht dazu hätte führen dürfen, dass auf die Klage nicht eingetreten wird. Vielmehr hätte bei einer Gutheissung der Beschwerde der Fall an die erste Instanz zurückverwiesen werden müssen. Diese hätte dann der Vermieterin eine Nachfrist zur Verbesserung der Klage ansetzen und anschliessend den Prozess erneut – nach den Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens – durchführen müssen. Indem das Bundesgericht die Frage der massgebenden Verfahrensbestimmungen offenliess, nahm es der Mieterin jegliche Möglichkeit, zu verlangen, dass der Ausweisungsprozess nach den korrekten Regeln abgewickelt wird. Das ist eine *formelle Rechtsverweigerung.*

Damit sei nicht gesagt, dass auch eine materielle Rechtsverweigerung vorliegt. Meines Erachtens gibt es gute Gründe für die von Conod und Colombini vertretene Auffassung, sämtliche Ausweisungsprozesse gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO streitwertunabhängig im vereinfachten Verfahren durchzuführen (gl. M. Sohm, a. a. O., 235). *Das würde zum einen die Koordination mit allfälligen Anfechtungsklagen oder negativen Feststellungsklagen des Mieters erleichtern.* Insbesondere wäre klar, dass eine Ausweisungsklage stets auch als blosse Widerklage anhängig gemacht werden könnte. Wie bereits erwähnt, ist gemäss Art. 224 Abs. 1 ZPO eine Widerklage nur zulässig, wenn der geltend gemachte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage zu beurteilen ist. Der Vorschlag von Bohnet, die Ausweisungsklage stets im vereinfachten Verfahren zu beurteilen, wenn sie als Widerklage und nicht als Hauptklage anhängig gemacht wird, ist mit Art. 224 Abs. 1 ZPO nicht vereinbar. Zutreffend ist indessen seine Aussage, es wäre kontraproduktiv, den Ausweisungsprozess dem ordentlichen, den Anfechtungsprozess aber dem vereinfachten Verfahren zu unterstellen (Bohnet, 16e Séminaire, a. a. O, 41 Ziff. 143).

Ebenso wird die Koordination der Verfahren vereinfacht, wenn die Schlichtungsbehörde in einem Kündigungsanfechtungsprozess den Parteien einen *Urteilsvorschlag* unterbreitet und der Vermieter diesen ablehnt. Diesfalls erhält nicht der Mieter, sondern der Vermieter eine Klagebewilligung (Art. 211 Abs. 2 lit. a i. V. m. Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO), *d. h., der Vermieter trägt die Fortsetzungslast* (vgl. zu diesem Wechsel der Parteirollen auch BK-ALVAREZ/PETER, Art. 211 ZPO N 13). Es wäre nicht einzusehen, weshalb der Vermieter, der zusätzlich auch einen Ausweisungsprozess führen will, diesen je nach Streitwert nicht nach den gleichen Verfahrensregeln sollte führen können wie den Kündigungsanfechtungsprozess. Meines Erachtens müsste er übrigens in dieser Konstellation auch befugt sein, den Ausweisungsprozess als Widerkläger zu führen, obwohl er gleichzeitig Hauptkläger ist; denn es wäre störend, wenn die Schlichtungsbehörde dem Vermieter mit einem Urteilsvorschlag die Möglichkeit nehmen könnte, die Ausweisung widerklageweise zu verlangen. Aber das ist ein anderes Problem.

Darüber hinaus hätte die von CONOD *und* COLOMBINI *vertretene Lösung aber auch den Vorteil, dass auf komplizierte Differenzierungen verzichtet werden könnte* (siehe zu den bei einer Differenzierung möglichen verschiedenen Fallkonstellationen CONOD, a. a. O., Ziff. III.). Für alle Beteiligten wäre bei einer «solution uniforme» (CONOD, a. a. O., Ziff. III.) klar ersichtlich, welche Verfahrensart massgebend ist. Mieter würden durch diese Lösung nicht benachteiligt. Zwar würden so Vermieter in den Genuss einer *Feststellung des Sachverhalts vom Amtes wegen* gelangen (Art. 247 Abs. 2 lit. a i. V. m. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO), *aber dieselbe Bestimmung gilt ja auch für Mieter als beklagte Partei,* und das kann entscheidend sein, denn in der Praxis dürfte es nicht selten vorkommen, dass Mieter in einem Ausweisungsprozess nicht bzw. nicht hinreichend rechtskundig beraten oder vertreten sind (sinngemäss wohl ebenso SPIRIG/GABATHULER, a. a. O., 44 f.).

Das Bundesgericht hätte ohne Weiteres so entscheiden und damit den kantonalen Instanzen Recht geben können. Mit dieser Begründung hätte die Beschwerde daher ebenfalls, aber in überzeugender Weise, abgewiesen werden können. Gleichzeitig hätte das Bundesgericht damit eine strittige Frage geklärt, die im Mietrecht von erheblicher Bedeutung ist, nun aber leider weiterhin der Klärung harrt. Ob das Bundesgericht mit seinem Urteil den kantonalen Gerichten generell bei der Wahl der Verfahrensart im Ausweisungsprozess einen erheblichen Ermessenspielraum zugestehen wollte, wie CONOD (a. a. O., Ziff. III.) meint, ist aber kaum anzunehmen. Die ZPO jedenfalls sieht hier keinen Ermessensspielraum vor.

III. Klagebewilligung; Fristenstillstand während der Gerichtsferien (Art. 145, Art. 209 Abs. 4 ZPO)

BGE 138 III 615 (4A_391/2012) = Pra 2013 Nr. 36 S. 292 ff. = mp 2013, 71 ff. = DB 2012, 47 f.

In diesem Urteil hatte sich das Bundesgericht mit einer weiteren prozessualen Frage zu befassen, die insbesondere im Mietrecht, darüber hinaus aber auch für sämtliche weiteren Zivilprozesse von Bedeutung ist. Zur Debatte stand die Frage, ob die Frist gemäss Art. 209 Abs. 3 und 4 ZPO, während der der Berechtigte nach Ausstellung der Klagebewilligung durch die Schlichtungsbehörde Klage beim erstinstanzlichen Gericht einreichen kann, während der Gerichtsferien (Art. 145 Abs. 1 ZPO) stillsteht oder nicht. In der Lehre und in der Rechtsprechung der kantonalen Gerichte ist bzw. war die Frage umstritten (siehe dazu die Nachweise in BGE 138 III 615 E. 2.2 S. 617 f.).

Im Mietrecht kommt dieser Frage aus zwei Gründen eine spezielle Bedeutung zu. Zum einen beträgt die Klagefrist bei Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht nicht drei Monate (Art. 209 Abs. 3 ZPO), sondern bloss 30 Tage (Art. 209 Abs. 4 ZPO), ist also verhältnismässig kurz. Umso mehr fällt somit ein allfälliger Fristenstillstand ins Gewicht, der im Sommer immerhin rund einen Monat sowie über Weihnachten und Ostern rund zwei Wochen dauert. Zum andern hat die Klagefrist im Mietrecht in vielen Fällen eine wesentlich andere Tragweite als in den sonstigen Zivilverfahren. Verpasst ein Kläger in einem «normalen» Zivilverfahren die Klagefrist, so kann er seinen Anspruch mit einem erneuten Gesuch bei der Schlichtungsbehörde wiederum geltend machen und anschliessend gegebenenfalls fristgerecht Klage einreichen. Verpasst er die Klagefrist, so hat er bloss Zeit verloren, nicht aber die Möglichkeit, seinen Anspruch doch noch prozessual durchzusetzen (BK-ALVAREZ/PETER, Art. 209 ZPO N 13; URS EGLI,

DIKE-KOMM-ZPO, Art. 209 N 18). *Anders verhält es sich, wenn das materielle Recht Verwirkungsfristen vorsieht,* wie dies im Mietrecht mehrfach der Fall ist, nämlich bei der *Anfechtung des Anfangsmietzinses* (Art. 270 Abs. 1 OR), bei einem *Mietzinsherabsetzungsbegehren* (Art. 270a Abs. 2 OR), bei der *Anfechtung einer Mietzinserhöhung* (Art. 270b OR; BGE 124 III 67 E. 3b S. 70), bei der *Anfechtung einer Kündigung* (Art. 273 Abs. 1 OR) und bei der *Erstreckung des Mietverhältnisses* (Art. 273 Abs. 2 OR; siehe dazu BK-ALVAREZ/PETER, Art. 209 ZPO N 13). Verpasst hier die berechtigte Partei – bei der Anfechtung einer Mietzinserhöhung der Vermieter (Art. 209 Abs. 1 lit. a ZPO), in allen andern Fällen der Mieter (Art. 209 Abs. 1 lit. b ZPO) – die Klagefrist, *so ist der Anspruch verwirkt.* Bei der Anfechtung des Anfangsmietzinses, bei der Kündigungsanfechtung und beim Erstreckungsbegehren ist diese Verwirkung *definitiv,* wenn der Mieter nicht fristgerecht klagt. Bei einem Begehren auf Herabsetzung des Mietzinses im laufenden Mietverhältnis bezieht sich die Verwirkung nur – aber immerhin – auf den geltend gemachten, nicht jedoch auf einen späteren Zeitpunkt (SVIT-KOMMENTAR, Art. 270a N 30; LACHAT/DÖRFLINGER, Kap. 17/4.3.8). Dasselbe gilt, wenn der Vermieter eine angefochtene Mietzinserhöhung nicht fristgerecht gerichtlich prosequiert, d. h., er kann nicht erneut auf den gleichen Zeitpunkt, wohl aber auf einen späteren Zeitpunkt mit der gleichen Begründung wieder eine Mietzinserhöhung geltend machen (BGE 124 III 245 E. 3c S. 249 f.; BSK OR I-WEBER, Art. 270b N 4).

Im vorliegenden Fall stritten sich die Parteien eines Mietvertrages im Kanton Waadt über die Höhe des Anfangsmietzinses und über die Gültigkeit der Kündigung. Nachdem die Mieterin einen Urteilsvorschlag der Schlichtungsbehörde abgelehnt hatte, wurde die Klagebewilligung am 30. November 2011 ausgestellt und der Mieterin am 1. Dezember 2011 zugestellt. Die Klagebewilligung enthielt den ausdrücklichen Hinweis, dass die Klagefrist während der Gerichtsferien nicht stillstehe. Die Mieterin reichte am Montag, 16. Januar 2012, Klage beim erstinstanzlichen Mietgericht ein. Auf diese Klage trat das Mietgericht wegen Verspätung nicht ein. Das zweitinstanzliche kantonale Gericht schützte dieses Urteil. Mit ihrer Beschwerde in Zivilsachen hatte die Mieterin vor Bundesgericht Erfolg (siehe zu diesem Urteil PATRICIA DIETSCHY, Newsletter novembre 2012, abrufbar unter http://www.bail.ch/uploads/tx_bailarrets/2_12_novembre_Commentaire_arret_01.pdf; DIES., DB 2012, 47 f.; WERNER GLOOR, ARV online 2012 Nr. 492; Kurzhinweise bei IRÈNE SPIRIG/THOMAS GABATHULER, plädoyer 3/13 40 ff., 44, BRUNO HEDIGER, SJZ 2013, 309 ff., 309 f., und PETER HOSTANSKY, ius.focus 3 [2013] 23).

Gemäss Art. 145 Abs. 2 lit. a ZPO gilt der Fristenstillstand für das Schlichtungsverfahren nicht. In Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre und nach einlässlicher Auseinandersetzung mit der Entstehungsgeschichte von Art. 145 und Art. 209 ZPO kam das Bundesgericht zur Auffassung, *dass die Klagefrist nach Art. 209 ZPO während der Gerichtsferien gemäss Art. 145 Abs. 1 ZPO stillstehe.* Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, das Schlichtungsverfahren werde in den Art. 202 bis 207 ZPO geregelt. *Die Klagefrist nach Art. 209 ZPO beginne nach Beendigung des Schlichtungsverfahrens zu laufen.* Das Bedürfnis nach Beschleunigung des Prozesses nach einem gescheiterten Schlichtungsverfahren sei nicht besonders ausgeprägt. Der Fristenstillstand, der im Maximum einen Monat betrage, würde dem Zweck des Gesetzes, das Verfahren voranzutreiben, nicht zuwiderlaufen. Auch dränge sich eine Differenzierung zwischen der Dreimonatsfrist gemäss Art. 209 Abs. 3 ZPO und der 30-Tage-Frist gemäss Art. 209 Abs. 4 ZPO nicht auf (BGE 138 III 615 E. 2.3 S. 618 f.). Da die Mieterin unter Berücksichtigung des Fristenstillstandes über Weihnachten/Neujahr 2011/2012 (Art. 145 Abs. 1 lit. c ZPO) und der Samstag-Sonntag-Regel (Art. 142 Abs. 3 ZPO) die 30-Tage-Frist eingehalten hatte, hätte das erstinstanzliche Gericht auf die Klage eintreten müssen (vgl. dazu die nicht amtlich publizierte E. 3 des besprochenen Urteils).

Der Entscheid ist in der Literatur grundsätzlich auf Zustimmung gestossen (DIETSCHY, Newsletter, a. a. O., Ziff. III.; DIES., DB 2012, 48; GLOOR, a. a. O.; HOSTANSKY, a. a. O., 23). In einem Nebenpunkt allerdings bringt DIETSCHY – zu Recht – Kritik an, die indessen nur die Begründung des Urteils, nicht aber das Ergebnis betrifft: Das Schlichtungsverfahren wird nicht nur in den Art. 202 bis 207 ZPO geregelt. Auch die Bestimmungen über den Urteilsvorschlag (Art. 210 f. ZPO) gehören zum Schlichtungsverfahren. Demgemäss wäre es nicht sachgerecht, die 20-tägige Ablehnungsfrist gemäss Art. 211 Abs. 1 ZPO während der Gerichtsferien stillstehen zu lassen. Darüber hatte das Bundesgericht in casu indessen nicht zu befinden.

Auch aus meiner Sicht ist das Urteil sachgerecht. In den «normalen» Zivilverfahren kann der Beklagte in aller Regel mit der «Verlängerung» der Klagefrist gut leben, weil eine Verfahrensbeschleuni-

gung meist nur im Interesse des Klägers ist. Ausschöpfen muss dieser die Klagefrist ja nicht. In mietrechtlichen Verfahren ist die Verlängerung der Klagefrist durch einen allfälligen Fristenstillstand im Hinblick auf die oben skizzierten Verwirkungsfolgen, die überwiegend die Mieter treffen, zu begrüssen. Die Vermieter allerdings dürften tendenziell weniger Freude an diesem Entscheid haben. Denn zumindest bei Kündigungsanfechtungen und bei Erstreckungsgesuchen mag es oft vorkommen, dass der Mieter ein Interesse an einer Verfahrensverzögerung hat, sodass er gerne geneigt sein wird, die Klagefrist vollumfänglich zu nutzen. Bemerkenswert ist zudem, dass das Bundesgericht vor Inkrafttreten der ZPO entschieden hat, die mietrechtlichen Klagefristen (des Bundesrechts) würden nicht den Fristenstillstandsregeln des kantonalen Prozessrechts unterliegen (BGE 123 III 67 E. 2a S. 69), worauf das Bundesgericht in casu selber hinwies (BGE 138 III 615 E. 2.3 S. 620). Hier sieht man sehr schön, welche Auswirkungen die «Anhebung» des Prozessrechts von der kantonalen Ebene auf Bundesebene auch inhaltlich haben kann. Dass eine bundesrechtliche Fristregelung nicht durch hierarchisch untergeordnetes kantonales Recht derogiert werden kann, leuchtet ein. Mit der Anhebung des Verfahrensrechts auf die gleiche Normstufe wie das materielle Mietrecht (und damit verbunden einer Herübernahme prozessualer Regelungen vom OR in die ZPO) ist dieses Argument entfallen.

IV. Kein Fristenstillstand für die Klageeinreichung nach einem altrechtlichen Schlichtungsverfahren; Übergangsrecht (Art. 273 Abs. 4 und Abs. 5 sowie Art. 274f Abs. 1 aOR; Art. 145, Art. 404 Abs. 1 und Art. 405 Abs. 1 ZPO)

BGE 138 III 792 (4A_203/2012) = mp 2013, 65 ff.

Auch dieser amtlich publizierte Entscheid beschlug die Frage des Fristenstillstandes nach Abschluss eines Schlichtungsverfahrens, allerdings unter übergangsrechtlichen Gesichtspunkten.

Der Beschwerdeführer hatte am 2. November 2010 (d. h. knapp zwei Monate vor Inkrafttreten der Schweizerischen ZPO) die Kündigung der Vermieter angefochten. Mit Entscheid vom 15. Februar 2011,

zugestellt am 22. März 2011, erklärte die Schlichtungsbehörde gestützt auf Art. 273 Abs. 4 aOR die Kündigung als rechtmässig und gewährte dem Mieter eine Erstreckung. Erst mit Klage vom 4. Mai 2011 rief der Mieter den Richter an. Dieser trat auf die Klage wegen Verspätung nicht ein. Die zweite kantonale Instanz und das Bundesgericht schützten diesen Standpunkt (siehe dazu die Kurzhinweise bei Irène Spirig/Thomas Gabathuler, plädoyer 3/13 40 ff., 44, und Bruno Hediger, SJZ 2013, 309 ff., 310).

Zur Debatte stand die Frage, *ob die Frist von 30 Tagen für die Anrufung des Richters nach einem altrechtlichen Entscheid der Schlichtungsbehörde* (Art. 273 Abs. 5 und Art. 274f Abs. 1 aOR) *während der Gerichtsferien über Ostern nach den Bestimmungen der neuen ZPO (Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO) stillsteht oder nicht.* Nach altem Recht fanden die Fristenstillstandsbestimmungen des kantonalen Prozessrechts auf diese damals noch im Obligationenrecht aufgeführte Prosequierungsfrist keine Anwendung (BGE 123 III 67), während nach neuem Recht der Lauf der gleich langen, nunmehr aber in der ZPO geregelten Frist (Art. 209 Abs. 4 ZPO) durch die Gerichtsferien gehemmt wird (BGE 138 III 615; dazu vorn Ziff. III.). Massgebend für die Beurteilung dieser Frage waren Art. 404 und Art. 405 ZPO. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten der ZPO rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht *bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz.* Für *Rechtsmittel* gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheids in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

Das Bundesgericht hielt dafür, *dass die Schlichtungsbehörde keine «Instanz» i. S. v. Art. 404 Abs. 1 ZPO sei;* darunter würden nur erst- und zweitinstanzliche Gerichtsbehörden fallen. Das erfolglose Schlichtungsverfahren sei bloss *eine Prozessvoraussetzung für die Einleitung des Entscheidverfahrens vor dem erstinstanzlichen Gericht* (vgl. dazu auch BGE 139 III 273, dem zufolge die gültige Klagebewilligung eine Prozessvoraussetzung ist). Daran vermöge der Umstand nichts zu ändern, dass die Schlichtungsbehörde nach altem Recht anders als gemäss der neuen ZPO im Falle einer Kündigungsanfechtung einen «Entscheid» zu fällen hatte. Ein solcher altrechtlicher Entscheid sei nur als letzter Einigungsvorschlag zu verstehen gewesen, den die Parteien hätten akzeptieren oder durch Anrufung des Gerichts ablehnen können. Solche Entscheide hätten sich auf das richterliche Verfahren nur als «Prima-facie-Vorentscheide» ausgewirkt, welche

die Rollenverteilung im Prozess festgelegt hätten. Die Anrufung des Gerichts nach einem solchen Vorentscheid richte sich daher nach altem Recht (BGE 138 III 792 E. 2.6 S. 794 f.). Konsequenterweise handelt es sich – was das Bundesgericht allerdings nicht erwähnte – bei der (altrechtlichen) 30-tägigen Prosequierungsfrist auch nicht um eine «Rechtsmittelfrist»; sonst wäre in casu – da der Entscheid der Schlichtungsbehörde nach Inkrafttreten der ZPO gefällt und eröffnet wurde – gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO das neue Recht (unter Einschluss der Regeln über die Fristen für Rechtsmittel [Ivo Schwander, Dike-Komm-ZPO, Art. 405 N 5]) anwendbar gewesen.

Dass altrechtliche Entscheide der Schlichtungsbehörden keine erstinstanzlichen Urteile sind, sondern einen Charakter sui generis haben und als Prima-facie-Vorentscheide zu betrachten seien, hatte das Bundesgericht bereits in BGE 135 III 253 klar festgehalten (zu diesem Urteil einlässlich Thomas Koller/Norbert Sennhauser, ZBJV 2011, 294 ff., 324 ff.). Von da her gesehen war es nur folgerichtig, wenn das Bundesgericht nun die Schlichtungsbehörde nicht als «Instanz» i. S. v. Art. 404 Abs. 1 ZPO qualifizierte. Formal ist daher gegen das besprochene Urteil nichts einzuwenden. Ob es dagegen hinreichend bürgernah ist, sei dahingestellt. Der Entscheid der Schlichtungsbehörde enthielt am Schluss eine Belehrung, die korrekt auf Art. 274f aOR und damit auf das alte Recht verwies (was der Mieter offenbar erkannt hatte), nicht aber einen Hinweis darauf, dass die Fristenstillstandsregeln nicht gelten. Zudem war die Belehrung unzutreffend als «Rechtsmittelbelehrung» überschrieben. Hinzu kommt, dass ein namhafter Teil der Lehre die Auffassung vertreten hat, beim Schlichtungsverfahren handle es sich um ein selbständiges Verfahren, das durch die Schlichtungsbehörde als Instanz i. S. v. Art. 404 Abs. 1 ZPO abgeschlossen werde (siehe dazu die Nachweise in BGE 138 III 792 E. 2.3 S. 793). Unter diesen Umständen mag es als hart erscheinen, den ohne Anwalt handelnden Mieter mit der Begründung schutzlos zu lassen, er habe es selbst zu verantworten, wenn er sein Vertrauen in die Anwendbarkeit der ZPO nicht auf die ihm erteilte Rechtsmittelbelehrung, sondern auf seine davon abweichende eigene Gesetzesauslegung gestützt habe (nicht amtlich publizierte E. 3 des Urteils).

Immerhin hätte der Beschwerdeführer nach meinem Dafürhalten aus der unzutreffenden Bezeichnung «Rechtsmittelbelehrung» einen Anspruch auf Schutz berechtigten Vertrauens in die Anwendung neuen Rechts gestützt auf Art. 405 Abs. 1 ZPO geltend machen können. Aber das hat er offenbar nicht getan. Vielmehr hat er Vertrauensschutz mit der Begründung beansprucht, das erstinstanzliche Gericht habe die Verhandlung nach neuem Recht durchgeführt. Dies war natürlich ein untauglicher Ansatz, da niemand aus dem späteren Verhalten einer Gerichtsbehörde gleichsam «rückwirkend» einen Anspruch auf Vertrauensschutz ableiten kann (vgl. dazu die nicht amtlich publizierte E. 3 des Urteils). Damit ist der Mieter letztlich wohl auch an seiner nicht besonders geschickten Prozessführung gescheitert.

V. Mietzinserhöhungsanzeige mit faksimilierter statt mit eigenhändiger Unterschrift; rechtsmissbräuchliche Anrufung des Formmangels (Art. 2 Abs. 2 ZGB; Art. 269d OR)

BGE 138 III 401 (4A_462/2011) = MRA 2012, 133 ff. = mp 2012, 201 ff.

Die sozial besonders sensiblen Bereiche des Obligationenrechts sind nicht nur durch eine Fülle von *zwingenden materiellen Schutzvorschriften* zugunsten der als sozial schwach unterstellten Partei gekennzeichnet, sondern sie weisen zum Teil auch *spezielle Formvorschriften* auf, die ebenfalls dem Schutz der schwächeren Partei dienen sollen. Besonders augenfällig ist dies im Mietrecht mit der für einseitige Mietzinserhöhungen durch den Vermieter vorgesehenen *qualifizierten Schriftform* (Art. 269d OR).

Der Berufung auf materielle Schutz- und auf Formvorschriften kommt im Arbeitsrecht und im Mietrecht eine grosse Bedeutung zu. Es versteht sich nun an sich von selbst, dass die Anrufung solcher Vorschriften durch die begünstigte Partei, konkret in aller Regel also durch den Arbeitnehmer oder den Mieter, ihre Schranke im *allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbot* (Art. 2 Abs. 2 ZGB) findet. Dabei gilt es allerdings, einen wichtigen Punkt zu beachten: *Ein Rechtsmissbrauch darf im Hinblick auf die besondere Schutzfunktion, welche diese Bestimmungen im Arbeitsrecht und im Mietrecht haben, nicht leichthin bejaht werden,* sonst besteht die Gefahr, dass diese Schutzfunktion ihrer Substanz beraubt wird. Zu Recht hat denn auch das Bundesgericht immer wieder darauf hingewiesen, dass einem Arbeit-

nehmer oder einem Mieter nur unter grosser Zurückhaltung Rechtsmissbrauch vorgehalten werden kann, wenn er sich auf zwingende materielle Vorschriften oder auf Formvorschriften beruft. Ganz besonders deutlich war dies in den letzten Jahren im *Arbeitsrecht* der Fall, wo das Bundesgericht mehrfach betonte, der Arbeitgeber könne dem *Arbeitnehmer nur unter ganz aussergewöhnlichen Umständen* («des circonstances tout à fait exceptionnelles») Rechtsmissbrauch vorwerfen (BGE 135 III 349 E. 3 S. 355; 131 III 439 E. 5.1 S. 443; 129 III 493 E. 5.1 S. 497; 129 III 171 E. 2.4 S. 176, je m. Hw.), «...ansonsten würde dem Arbeitnehmer der mit der zwingenden Gesetzesbestimmung gewährte Schutz auf dem Weg über Art. 2 ZGB wieder entzogen» (BGE 129 III 493 E. 5.a. S. 497). Auch im *Mietrecht* hat sich das Bundesgericht verschiedentlich klar zur restriktiven Anwendung des Rechtsmissbrauchsvorwurfs gegenüber dem Mieter geäussert: «Eu égard à la finalité protectrice des règles de forme relatives à la fixation du loyer initial (ou à la majoration de loyer), le juge doit toutefois se montrer restrictif dans son appréciation et n'admettre qu'exceptionnellement l'abus de droit» (Urteil des Bundesgerichts 4A_647/2011 vom 26. Januar 2012, E. 4.1; vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 4C.59/2003 vom 26. Mai 2003, E. 7.1 [dazu Thomas Koller, ZBJV 2004, 483 ff., 496 ff.]).

In neuerer Zeit lässt sich allerdings – bedauerlicherweise – im Mietrecht anders als im Arbeitsrecht eine gewisse Tendenz in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ausmachen, dem schutzsuchenden Mieter unter weniger strengen Voraussetzungen ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorzuwerfen (siehe dazu als Beispiele etwa BGE 137 III 208 [kritisch dazu Thomas Koller, ZBJV 2013, 21 ff., 43 f.]; 137 III 547 E. 2.3. S. 549 [kritisch dazu a. a. O., 59 ff.]; 134 III 446 [kritisch dazu Thomas Koller/Marc André Mauerhofer, ZBJV 2010, 57 ff., 68 ff.). Das hier zu besprechende Urteil gehört leider ebenfalls in diese Kategorie.

Das Mietverhältnis zwischen den Parteien bestand von 1987 bis 2009. Der Mietzins wurde verschiedentlich erhöht und gesenkt. Die letzte Mietzinserhöhung erfolgte auf den 1. April 2003. Im Gegensatz zu den früheren Anzeigen wurde die letzte Erhöhungsanzeige (unter Verwendung des gemäss Art. 269d OR vorgeschriebenen Formulars) von der Vermieterin nicht handschriftlich unterzeichnet, sondern nur mit faksimilierten Unterschriften versehen. Im Juli 2009 machte der Mieter gegenüber der Vermieterin *die Nichtigkeit der Mietzinserhöhung geltend und verlangte die zu viel bezahlten Mietzinse zurück.* Vor den beiden kantonalen Instanzen blieb der Mieter erfolglos, ebenso mit seiner Beschwerde in Zivilsachen vor Bundesgericht (vgl. zu diesem Urteil die Besprechung von Beat Rohrer, MRA 2012, 133 ff., und die Bemerkung von Irène Spirig/Thomas Gabathuler, plädoyer 3/13 40 ff., 46, sowie die Kurzhinweise bei Bruno Hediger, SJZ 2013, 309 ff., 315 f., und bei Nadine Käppeli, ius.focus 7 [2012] 7 f.).

Im Streit stand unter anderem, ob der der Mietzinserhöhungsanzeige beigelegte Begleitbrief von der Vermieterin handschriftlich unterschrieben worden war. Die Vorinstanz hatte dies bejaht und damit die Formularpflicht gemäss Art. 269d OR als erfüllt erachtet. Das Bundesgericht setzte sich mit dieser Frage nicht auseinander, da es die Berufung des Mieters, der die Mietzinse während mehr als sechs Jahren vorbehaltlos bezahlt hatte, auf die Nichtigkeit der Mietzinserhöhung als rechtsmissbräuchlich erachtete.

Zunächst äusserte sich das Bundesgericht (unter Verweis auf seine umfangreiche Rechtsprechung) zur Frage, ob die Anrufung des Formmangels durch den Mieter missbräuchlich sei, *weil das Vertrauen der Vermieterin in die Gültigkeit der Mietzinserhöhung aufgrund der vorbehaltlosen Mietzinszahlungen zu schützen sei.* Das hat das Bundesgericht verneint (BGE 138 III 401 E. 2.3 S. 404 f.). Rechtsmissbräuchlich verhalte sich, wer einen Vertrag freiwillig, irrtumsfrei und mindestens zur Hauptsache erfüllt habe und hernach den Restanspruch der Gegenpartei unter Verweis auf den Formmangel verweigere. «Irrtumsfrei» bedeute in diesem Fall in Kenntnis des Formmangels. Die Berufung auf den Formmangel könne grundsätzlich nur unstatthaft sein, wenn die Parteien bei Abschluss und Erfüllung des Vertrages wussten oder in zurechenbarer Weise wissen konnten, dass das durch sie getätigte Rechtsgeschäft der gesetzlichen Formpflicht widerspreche. Wer einen formnichtigen Vertrag freiwillig erfülle, ohne den Mangel zu kennen, verhalte sich nicht widersprüchlich und handle folglich nicht missbräuchlich, wenn er sich nachträglich wegen des Mangels auf Nichtigkeit berufe (BGE 138 III 401 E. 2.3.1 S. 404). Rechtsmissbräuchlich könne allerdings handeln, wer mit der Klageerhebung zuwarte, um sich später aus der Berufung auf Nichtigkeit Vorteile zu verschaffen. Als zu berücksichtigender Umstand falle in casu einzig ins Gewicht, dass der Mieter den erhöhten, mutmasslich nicht missbräuchlichen Mietzins während mehr als sechs Jahren trotz gehöriger Information über die Anfechtungsmöglichkeit auf dem For-

mular und ohne unter Druck gestanden zu sein, vorbehaltlos bezahlt habe. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts genüge indessen die blosse Erfüllung eines formungültigen Rechtsgeschäfts als solche, wenn sie in Unkenntnis des Formmangels erfolge, nicht zur Begründung berechtigten Vertrauens der Gegenpartei in die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts (BGE 138 III 401 E. 2.3.2 und E. 2.3.3 S. 404 f.).

Sodann wandte sich das Bundesgericht einer weiteren und im vorliegenden Fall *entscheidenden Fallgruppe des Rechtsmissbrauchs zu* (BGE 138 III 401 E. 2.4 S. 405 f.). *Missbräuchlich handle, wer ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwende, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will, d. h., wenn der Rückgriff auf das Rechtsinstitut mit dem angestrebten Zweck nichts zu tun habe oder diesen gar ad absurdum führe.* Besondere Umstände, welche die Berufung auf zwingendes Recht als missbräuchlich erscheinen liessen, seien auch zu bejahen, wenn die von der angerufenen Norm zu schützenden Interessen entfallen oder sonst wie gewahrt würden (BGE 138 III 401 E. 2.4.1 S. 405). Zweck der Formularpflicht nach Art. 269d OR sei primär die Information des Mieters über die Gründe der Erhöhung und die Anfechtungsmöglichkeiten. Es gehe darum, ihm den Rechtsweg aufzuzeigen und ihm eine möglichst einfache Beurteilung seiner Chancen zu sichern, die angekündigte Mietzinserhöhung anzufechten. Diese Zwecke habe das dem Beschwerdeführer zugestellte Formular zweifellos erfüllt. Diesbezüglich habe es keiner eigenhändigen Unterschrift bedurft. Mit dem letztgenannten Erfordernis solle namentlich vermieden werden, dass die Identität des Erklärenden unsicher bleibe. Sie diene der Befriedigung des Bedürfnisses nach Zurechnung der Erklärung an eine eindeutig identifizierbare Person (BGE 138 III 401 E. 2.4.2 S. 405 f.). Dass jemals Unklarheit über den Absender bzw. die Zurechenbarkeit der Mietzinserhöhung geherrscht habe, mache der Beschwerdeführer nicht geltend. Vielmehr hätten sich offenbar beide Parteien während Jahren anstandslos nach dem nicht handschriftlich unterzeichneten Formular gerichtet. Das Erfordernis handschriftlicher Unterzeichnung der Mietzinserhöhung solle aber nicht dazu dienen, dem Mieter zu ermöglichen, auf eine unangefochtene Mietzinserhöhung nach Jahr und Tag zurückzukommen und den Differenzbetrag zurückzufordern. Mit der Verfolgung eben dieses vom Formerfordernis nicht gedeckten Ziels übe der Beschwerdeführer sein Recht, sich auf den Formmangel zu berufen, zweckwidrig und damit rechtsmissbräuchlich aus (BGE 138 III 401 E. 2.4.3 S. 406).

In der Literatur ist dieser Entscheid auf Vermieterseite verständlicherweise auf Zustimmung gestossen (ROHRER, a. a. O., 142; KÄPPELI, a. a. O., 8). Forderungsklagen von ahnungslos und unbedarft auftretenden Mieterinnen und Mietern wegen früher dem Vermieter unterlaufener Formfehler würden sich zunehmender Beliebtheit erfreuen, zumal das ausgeprägt formalistisch ausgestaltete Mietrecht mit seinen vielfältigen Fehlerquellen und die hohen von der bisherigen Rechtsprechung geforderten Anforderungen an den Nachweis rechtsmissbräuchlichen Verhaltens dafür reichhaltigen Nährboden bieten würden. Das vorliegend kommentierte Urteil schiebe allzu exzessiven Begehrlichkeiten einen wichtigen Riegel (ROHRER, a. a. O., 141 f.).

In der Tat hat dieses Urteil einschneidende Auswirkungen im Mietrecht, die weit über den konkreten Fall hinausgehen. Gemäss früherer Rechtsprechung des Bundesgerichts musste die Mietzinserhöhungsanzeige vom Vermieter eigenhändig unterschrieben sein; ein Faksimilestempel genügte nur, wenn dessen Gebrauch im Verkehr üblich ist (Art. 14 Abs. 2 OR; grundlegend das Urteil des Bundesgerichts 4C.110/2003 vom 8. Juli 2003 und dazu THOMAS KOLLER, ZBJV 2004, 483 ff., 493 ff.), was im Mietrecht wohl kaum je angenommen werden dürfte. *Der hier besprochene Entscheid kehrt diesen Grundsatz im Wesentlichen um.* Denn da in der Praxis kaum je umstritten sein dürfte, dass eine nicht eigenhändig unterzeichnete Mietzinserhöhungsanzeige dem Vermieter zuzuordnen ist, ist die Berufung des Mieters auf die fehlende Unterschrift gemäss dem hier besprochenen Entscheid in aller Regel rechtsmissbräuchlich (SPIRIG/GABATHULER, a. a. O., 46). Faktisch müssen daher Mietzinserhöhungsanzeigen nicht mehr unterschrieben werden. *Mit seiner Begründung des Rechtsmissbrauchs im vorliegenden Fall hat das Bundesgericht im Ergebnis das Unterschriftserfordernis aufgegeben; das – korrekt ausgefüllte (Art. 269d Abs. 2 OR) – Formular genügt.* Das mag etwas überspitzt ausgedrückt sein und selbstverständlich wird sich kein vorsichtiger Vermieter darauf verlassen. Im Kern aber ist dies die Quintessenz des hier besprochenen Entscheids.

Bei seinen Überlegungen zum Zweck der Formvorschrift übersieht das Bundesgericht einen wichtigen Aspekt. Das Erfordernis der qualifizierten Schriftform in Art. 269d OR bezweckt nicht nur *die Aufklärung des Mieters über seine Rechte* (dazu würde in der Tat das inhaltlich korrekt ausgefüllte, vom Kanton genehmigte Formular selbst dann ausreichen, wenn es nicht unterschrieben ist) und *die Mög-*

lichkeit der Zuordnung der Erklärung zu einer bestimmten Person als Urheber der Erklärung (eine solche Zuordnung kann auch auf andere Weise geschehen). Das *Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift* (Art. 14 Abs. 1 OR) hat auch eine *Warnfunktion.* «Formvorschriften halten die Parteien an, die Konsequenzen eines beabsichtigten Geschäftes zu bedenken, schrittweise vorzugehen und ihren Willen ausdrücklich kundzutun. So nötigt Schriftlichkeit dazu, das Ergebnis der Überlegungen zu formulieren und sodann als Willensentschluss vorzulegen. Wer eine solche Form einhalten muss, wird vor raschem Handeln und unüberlegter Äusserung gewarnt» (BK-SCHMIDLIN, Art. 11 OR N 13). Vereinfacht ausgedrückt: Auf Papier geworfen wird rasch etwas, aber unterschrieben wird es dann doch nicht so rasch. Die eigenhändige Unterschrift hat in diesem Sinne auch eine gewisse *Solennitätsfunktion;* sie soll dem Erklärenden zum Bewusstsein bringen, dass das, was geschrieben steht, nun auch gelten soll, d. h., sie grenzt den Entwurf vom definitiv Gewollten ab. Diese Funktion ist natürlich vor allem bei Erklärungen von Bedeutung, die (wie z. B. eine Schuldanerkennung) eine Belastung für den Erklärenden zur Folge haben. Sie kommt aber auch bei der Abgabe von Gestaltungserklärungen und ähnlichen Willensäusserungen zum Tragen. Bei einer einseitigen Mietzinserhöhung greift der Vermieter in das bestehende Vertragsverhältnis ein und ändert dieses in einem wesentlichen Punkt. Einseitige Mietzinserhöhungen sind, auch wenn sie sich wirtschaftlich zugunsten des Vermieters auswirken, nicht belanglose Mitteilungen. *Genauso wie die Ausübung von Gestaltungsrechten haben Mietzinserhöhungen klar, eindeutig und bedingungslos zu erfolgen.* Der Mieter hat ein Recht darauf, zu wissen, ob der Vermieter die Mietzinserhöhung wirklich will. Damit liegt das Unterschriftserfordernis klar auf der Hand (THOMAS KOLLER, ZBJV 2004, 483 ff., 495). Daher hat das Bundesgericht seinerzeit völlig zu Recht verlangt, dass die Mietzinserhöhungsanzeige vom Vermieter unterschrieben werden muss (Urteil des Bundesgerichts 4C.110/2003 vom 8. Juli 2003; kritisch dazu seinerzeit THOMAS WETZEL, MRA 2003, 112 ff., mit der m. E. nicht überzeugenden Begründung, Art. 13 Abs. 1 OR verlange bloss die Unterschrift der sich verpflichtenden Partei, der Vermieter verpflichte sich aber bei einer Mietzinserhöhung nicht).

Wird geprüft, ob die Berufung des Mieters auf die fehlende Unterschrift des Vermieters rechtsmissbräuchlich ist, ist somit auch diese Solennitätsfunktion zu berücksichtigen. Als Grundsatz hat dabei

zu gelten, dass der Vermieter die Mietzinserhöhung ohne Unterschrift auf der Anzeige nicht gewollt hat. *Die Unsicherheit, die er mit dem Fehlen der Unterschrift hervorgerufen hat, geht zu seinen Lasten.* Nur unter ganz besonderen Umständen, etwa wenn er jahrelang die höheren Mietzinszahlungen des Mieters entgegengenommen hat, wird man sagen können, die Solennitätsfunktion der Unterschrift werde nun vom Mieter zweckwidrig geltend gemacht. In casu hätte auf diese Weise ohne Weiteres der Rechtsmissbrauch des Mieters begründet werden können. Der Grundsatz, dass die Mietzinserhöhung vom Vermieter eigenhändig zu unterschreiben ist, wäre mit einer derart einzelfallbezogenen Begründung nicht ausgehöhlt worden. Die Begründung des Bundesgerichts aber weist leider weit über den Einzelfall hinaus und beseitigt letztlich das Unterschriftserfordernis.

Die Zukunft wird weisen müssen, ob die Tendenz des Bundesgerichts, den Rechtsmissbrauch im Mietrecht extensiv zu bejahen, auch Auswirkungen auf Fälle haben wird, in denen der Mieter zu seinen Gunsten *andere zwingende Schutzvorschriften* anruft (in diesem Sinne etwa ROHRER, a. a. O., 142, der als Beispiel eine den Anforderungen der Rechtsprechung nicht genügende Nebenkostenvereinbarung erwähnt). Das Risiko, dass das besprochene Urteil in der Praxis zu erheblichen Unsicherheiten und vielen Streitigkeiten führen wird, ist nicht von der Hand zu weisen. Dem Mietrecht wäre damit nicht gedient.

Der zunehmend etwas «lockere Umgang» des Bundesgerichts mit Formvorschriften im Mietrecht geht im Übrigen nicht immer zulasten der Mieter. Auch der Vermieter kann sich nicht darauf verlassen, dass er Schutz findet, wenn der Mieter eine (in casu vertraglich vereinbarte) Form nicht einhält, wie BGE 138 III 123 sehr eindrücklich illustriert (dazu vorn Ziff. I.). Dieses Urteil zeigt zudem auch *die Reflexwirkungen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Rechtsmissbrauch auf das Prozessrecht:* Nur schon der Umstand, dass möglicherweise eine Berufung auf die Formnichtigkeit missbräuchlich sein könnte, schliesst klares Recht und damit ein Summarverfahren aus.

VI. Untermiete; ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses; kein Verstoss gegen Treu und Glauben; Zeitpunkt der Begründung der Kündigung (Art. 262, Art. 271 und Art. 271a Abs. 1 lit. a OR)

BGE 138 III 59 (4A_227/2011) = MRA 2012, 162 ff. = mp 2012, 119 ff. = DB 2012, 23 ff.

Untervermietungen bieten immer wieder Schwierigkeiten im Mietrecht und haben das Bundesgericht in den letzten Jahren verschiedentlich beschäftigt. Der hier zu besprechende Entscheid bildet einen wichtigen Meilenstein in diesem Problemfeld.

Zwischen den Parteien bestand ein Mietvertrag über *ein Ferienhaus im Kanton Graubünden.* Ab 1. November 2008 *vermietete der im Kanton Zürich wohnhafte Mieter das Haus (ohne die Garage) für den gleichen Mietzins weiter,* ohne beim Vermieter die Zustimmung zur Untervermietung einzuholen. Offenbar entstand in der Folge zwischen dem Mieter und den Untermietern Streit. Nachdem der Vermieter das Haus am 12. Juni 2009 seinem Sohn übertragen hatte, kündigte dieser das Mietverhältnis mittels amtlichen Formulars ohne Angabe von Gründen auf den 30. September 2009. Auf denselben Termin hatte auch der Mieter den Untermietvertrag gekündigt. Die Untermieter setzten sich jedoch gegen das Ausweisungsbegehren erfolgreich zur Wehr. In der Folge schlossen sie direkt mit dem (neuen) Vermieter einen Mietvertrag über das Ferienhaus.

Der Mieter focht die Kündigung fristgerecht an. Die Schlichtungsbehörde erklärte die Kündigung für ungültig, während sie das Bezirksgericht Hinterrhein für nicht missbräuchlich hielt. Das Kantonsgericht Graubünden wiederum erkannte auf Missbräuchlichkeit der Kündigung. Dieser innerkantonale Slalom fand seine Fortsetzung vor Bundesgericht, hatte doch der Vermieter mit seiner Beschwerde in Zivilsachen Erfolg. Das Bundesgericht hob das angefochtene zweitinstanzliche Urteil auf und wies den Fall zur Ergänzung des Sachverhalts sowie zu neuem Entscheid an das Kantonsgericht zurück (vgl. zu diesem Urteil die Besprechungen von Maja Blumer, recht 2012, 90 ff., Marco Giavarini, MRA 2012, 162 ff., und Manon Simeoni, Newsletter mai 2012 [abrufbar unter http://www.bail.ch/uploads/tx_bailarrets/12_mai_Commentaire_Arret_4A_227-2011_02.pdf], so-

wie die Hinweise bei Blaise Carron, DB 2012, 23 f., Marc André Mauerhofer, ius.focus 4 [2012], 7 f., Thomas Gabathuler/Irène Spirig, plädoyer 3/12 48 ff., 53, Bruno Hediger, SJZ 2013, 309 ff., 312, und Anita Thanei, mp 2012, 85 ff., 96 f.). Das Rennen war somit in Lausanne noch nicht zu Ende, frei nach dem Spruch, der sich vor ein paar Jahren auf einer Hausfassade in Filisur (Bezirk Albula) aufgemalt fand: «Albula, Chur, Lausanne, retour». Glücklich das Land, das es sich leisten kann, so viele Gerichtsinstanzen mit einem Streit über eine Ferienhausmiete zu beschäftigen.

Im Streit stand eine *ordentliche Kündigung.* Eine solche setzt, wie das Bundesgericht betonte, keine besonderen Kündigungsgründe voraus. Mieter und Vermieter seien grundsätzlich frei, den Mietvertrag unter Einhaltung der vertraglichen oder gesetzlichen Fristen und Termine zu beenden. Eine Schranke ergebe sich einzig aus dem Grundsatz von Treu und Glauben. *Allgemein gelte eine Kündigung als treuwidrig, wenn sie ohne objektives, ernsthaftes und schützenswertes Interesse und damit aus reiner Schikane erfolge oder Interessen der Parteien tangiere, die in einem krassen Missverhältnis zueinander stünden.* Der Umstand, dass die Kündigung für den Mieter eine Härte darstelle, genüge nicht; eine solche Härte sei nur im Hinblick auf eine Erstreckung des Mietverhältnisses relevant (BGE 138 III 59 E. 2.1 S. 62).

Das Gesetz zähle, so das Bundesgericht weiter, in Art. 271a OR beispielhaft Gründe auf, bei deren Vorliegen die Kündigung durch den Vermieter als treuwidrig gelte und folglich anfechtbar sei. Ein solcher Grund liege namentlich vor, wenn die Kündigung ausgesprochen worden sei, weil der Mieter nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Mietverhältnis geltend macht (Art. 271a Abs. 1 lit. a OR). Zu diesen Ansprüchen zähle unter anderem das Recht des Mieters, die Mietsache mit Zustimmung des Vermieters ganz oder teilweise unterzuvermieten (Art. 262 Abs. 1 OR). Voraussetzung für den Kündigungsschutz sei aber, dass der Mieter zur Untervermietung überhaupt berechtigt sei. *Das sei,* abweichende vertragliche Abreden vorbehalten, *nur dann der Fall, wenn der Mieter beabsichtige, das Mietobjekt in absehbarer Zeit wieder selber zu nutzen.* Ansonsten setze er im Ergebnis auf dem Umweg über die Untermiete einen Nachmieter ein, als wäre er selber Eigentümer; darin liege ein Rechtsmissbrauch, und es könne sich der Mieter nicht auf das gesetzlich vorgesehene Recht zur Untervermietung berufen. Hierbei sei ein relativ strenger Massstab anzusetzen, solle das Institut der Untermiete nicht zweckentfremdet

werden. Die Untervermietung sei an sich gedacht für Fälle, in denen der Mieter die Mietsache, beispielsweise wegen eines beruflich bedingten, zeitlich begrenzten Auslandaufenthalts, vorübergehend nicht nutzen könne und für die Zeit seiner Abwesenheit aus finanziellen Gründen einem Dritten überlasse, oder für Fälle, in denen eine Wohnung infolge Wegzugs oder Todes von Familienangehörigen zu gross geworden sei und deshalb teilweise Dritten überlassen werde. Es bestehe das Risiko, dass zahlreiche Mieter ausziehen würden, ohne den Mietvertrag zu kündigen, das Mietobjekt auf unbestimmte Zeit untervermieten und so anstelle *des Eigentümers den wahren Bewohner der Mietwohnung bestimmen würden. Die Überhandnahme lang dauernder Untermietverhältnisse oder sukzessiver Untermietverträge (Kettenverträge) sei weder im Interesse der Eigentümer noch der Mieter* (BGE 138 III 59 E. 2.2.1 S. 62 f.).

Da das angefochtene Urteil keine Sachverhaltsfeststellungen zur Frage enthielt, ob der Mieter die konkrete Absicht hatte, das Mietobjekt je wieder selber zu nutzen, und da auch Feststellungen zur Frage fehlten, ob das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien zerstört war, weil es der Mieter unterlassen hatte, vorgängig die Zustimmung des Vermieters zur Untervermietung einzuholen, wurde die Angelegenheit zur Ergänzung des Sachverhalts an das Kantonsgericht zurückgewiesen. Begleitet hat das Bundesgericht die Zurückverweisung mit der Bemerkung, eine solche Unterlassung könne im Zusammenhang mit einer gesetzmässigen Untervermietung gar eine ausserordentliche Kündigung rechtfertigen, wenn auch erst nach einer Verwarnung (BGE 138 III 59 E. 2.2.2 S. 64, m. Hw. auf 134 III 446 E. 2.2). Die Gültigkeit einer ordentlichen Kündigung hänge von weit weniger strengen Anforderungen ab als die Gültigkeit einer ausserordentlichen Kündigung (BGE 138 III 59 E. 2.2.2 S. 64).

Dieser höchstrichterliche Entscheid ist in der Literatur im Wesentlichen auf Zustimmung gestossen (SIMEONI, a. a. O., Ziff. III.; MAUERHOFER, a. a. O., 8; THANEI, a. a. O., 96 f.; ebenso wohl auch GIAVARINI, a. a. O., 174 ff.; kritisch demgegenüber BLUMER, a. a. O., 92 [die aber immerhin von einem «mutigen Entscheid» spricht], und tendenziell wohl auch GABATHULER/SPIRIG, a. a. O., 53 f.). Dem schliesse ich mich grundsätzlich an. Untervermietungen können heikle Fragen aufwerfen, wenn eine ausserordentliche Kündigung zur Debatte steht. So wird man zwar in aller Regel dem Vermieter eine ausserordentliche Kündigung gestützt auf Art. 257f OR zugestehen müssen,

wenn der Mieter unzulässigerweise einen Untermietvertrag abschliesst (vgl. etwa BGE 134 III 300 und dazu THOMAS KOLLER/MARC ANDRÉ MAUERHOFER, ZBJV 2010, 57 ff., 64 ff.), während es im Gegenzug kaum angängig sein dürfte, dem Vermieter bei einer an sich zulässigen, d. h. nicht gegen Art. 262 Abs. 2 OR verstossenden Untervermietung die ausserordentliche Kündigung mit der Begründung zu gestatten, es handle sich um eine «ewige» Untermiete (so aber BGE 134 III 446; kritisch dazu TH. KOLLER/MAUERHOFER, a. a. O., 68 ff.). Anders sieht es mit einer ordentlichen Kündigung aus (gl. M. MAUERHOFER, a. a. O., 8), d. h. *ein Vermieter kündigt nicht missbräuchlich, wenn er lediglich einer «ewigen» Untermiete ein Ende setzen will, da er als Eigentümer ein legitimes Interesse daran hat zu bestimmen, wer definitiv in der Wohnung lebt* (so bereits schon TH. KOLLER/MAUERHOFER, a. a. O., 71). Dem Bundesgericht ist zuzustimmen, wenn es die Überhandnahme lang dauernder Untermietverhältnisse oder sukzessiver Untermietverträge als unerwünscht (und zwar gerade auch aus der Sicht der Mieter) bezeichnet. Man wird solche (dauerhaften) Untervermietungen wohl auch kaum als geeignetes Mittel auffassen können, die «oft happigen Mietzinserhöhungen bei Mieterwechsel» zu kappen (so aber GABATHULER/SPIRIG, a. a. O., 53). Gegen diese offenkundig bestehenden Auswüchse im Mietwesen müssten nach meinem Dafürhalten andere Mittel eingesetzt werden. Sehr viel bewirkt werden könnte in diesem Zusammenhang schon, wenn die Formularpflicht nach Art. 270 Abs. 2 OR von den Kantonen flächendeckend eingeführt würde. Zu denken wäre zudem etwa an einen Wechsel von der absoluten zur relativen Methode bei der Ermittlung des missbräuchlichen Anfangsmietzinses durch das Bundesgericht (zur absoluten Methode für die Ermittlung eines missbräuchlichen Anfangsmietzinses siehe etwa BGE 120 II 240; SVIT-KOMMENTAR, Art. 270 N 26; BSK OR I-WEBER, Art. 270 N 8; PERMANN, Art. 270 N 13).

Das hier besprochene Urteil bringt in einem wichtigen Punkt zweifellos eine Verschärfung zugunsten der Vermieter mit sich (GIAVARINI, a. a. O., 174; GABATHULER/SPIRIG, a. a. O., 53; SIMEONI, a. a. O., Ziff. III.). *Das Bundesgericht betonte, dass die vage Möglichkeit, die Mietsache allenfalls wieder einmal selber zu nutzen, eine Untervermietung nicht rechtfertige* (BGE 138 III 59 E. 2.1.1 S. 63) und dass der Mieter die Beweislast für die Treuwidrigkeit der Kündigung trage, er also beweisen müsse, dass er das Mietobjekt später wieder selber nutzen wolle (BGE 138 III 59 E. 2.2.2 S. 64). Das un-

terscheidet sich deutlich etwa vom Urteil des Bundesgerichts 4A_265/2009 vom 5. August 2009, in dem ein Ehepaar Schutz vor einer (allerdings ausserordentlichen) Kündigung fand, das seit 18 Jahren nicht mehr in der Mietwohnung, sondern in einem Eigenheim wohnte, aber (gemäss Feststellung der Vorinstanz) die Absicht nie aufgegeben hatte, in die Mietwohnung zurückzukehren (siehe dazu TH. KOLLER/MAUERHOFER, a. a. O., 70). Dabei dürfte es sich seinerzeit wohl wirklich bloss um vage Absichten gehandelt haben (SIMEONI, a. a. O., Ziff. III.), die nach dem hier besprochenen Urteil kaum mehr genügen würden, um eine (ordentliche) Kündigung des Vermieters mit Erfolg anzufechten. Die verschärfte Praxis wirft natürlich die Frage auf, wie der Mieter, der die Wohnung nicht aufgeben und daher untervermieten will, seine ernsthafte Absicht zur Rückkehr beweisen kann (BLUMER, a. a. O., 92). Da wird man in Zukunft wohl mit einigen Tricks rechnen müssen (Hinweise dazu bei BLUMER, a. a. O., 92).

Im vorliegenden Fall drehte sich der Streit um ein Mietobjekt, welches der Mieter (mit Ausnahme der Garage) als Ganzes untervermietet hatte. Man wird davon ausgehen dürfen, dass die Interessenabwägung *anders ausfallen dürfte, wenn nur ein Teil des Mietobjekts, z. B. ein Zimmer einer Wohnung, untervermietet wird* (SIMEONI, a. a. O., Ziff. III. in fine; ansatzweise auch BLUMER, a. a. O., 92). Das Bundesgericht deutete dies selber an, wenn es ausführte, die Untervermietung sei unter anderem für Fälle gedacht, in denen eine Wohnung infolge Wegzugs oder Todes von Familienangehörigen zu gross geworden sei und deshalb teilweise Dritten überlassen werde (BGE 138 III 59 E. 2.2.1 S. 63). Und so kann sich denn die Witwe in der schönen grossen (und verhältnismässig günstigen) Stadtwohnung weiterhin unter höchstrichterlichem Schutz als klassische Schlummermutter für Studierende betätigen. Das weckt nostalgische Erinnerungen an die Jahrzehnte zurückliegende eigene Studienzeit…

Im vorliegenden Fall hatte sich das Bundesgericht sodann noch mit einer zweiten Frage zu befassen. Der Vermieter hatte die Begründung für die ordentliche Kündigung (Art. 271 Abs. 2 OR) erst in der Klageschrift an das Bezirksgericht vorgebracht. Gemäss Bundesgericht war dies zulässig. Das Gesetz schreibe anders als beispielsweise bei einer Mietzinserhöhung bei der ordentlichen Kündigung nicht vor, bis wann die Gründe für die Kündigung vorgebracht werden können. Es schreibe insbesondere nicht vor, dass dies innert einer bestimmten Frist nach dem Ersuchen der Gegenpartei um Angabe von Gründen oder

spätestens im Schlichtungsverfahren zu geschehen habe. Die Gründe für die Kündigung könnten auch noch vor dem erstinstanzlichen Richter vorgebracht werden (BGE 138 III 59 E. 2.3 S. 64 f., unter Verweisung auf 125 III 231 E. 4b). Das Nachschieben von Gründen könne höchstens als Indiz zu Ungunsten der kündigenden Partei interpretiert werden oder Kostenfolgen nach sich ziehen (BGE 138 III 59 E. 2.3 S. 65).

Das ist bemerkenswert (GIAVARINI, a. a. O., 175), aber nicht unproblematisch. Der Mieter, der eine Kündigung anficht, kann so seine Erfolgsaussichten kaum vernünftig abschätzen. Der Zweck von Art. 271 Abs. 2 OR ist – wie es CONOD treffend ausdrückt – «…d'éviter d'obliger le destinataire du congé à ouvrir action à l'aveugle. En effet, sur la base des explications données, le destinataire du congé peut décider, en toute connaissance de cause, de contester ou non la résiliation» (CPRA BAIL-CONOD, Art. 271 N 14; ähnlich LACHAT/THANEI, Kap. 29/3.3; PERMANN, Art. 271/271a N 21; SPR-BLUMER, Rz. 961). Dieser Zweck wird infrage gestellt, wenn die Begründung so spät erfolgen darf. Von da her wäre es im Grunde konsequent, zu verlangen, dass die vom Mieter rechtzeitig geforderte Begründung noch während der Anfechtungsfrist zu erfolgen hat (so LACHAT/THANEI, Kap. 29/3.3, und SPR-BLUMER, Rz. 962). Die herrschende Lehre sieht dies aber anders und will die Begründung auch noch vor dem Richter zulassen (CPRA BAIL-CONOD, Art. 271 N 17; PERMANN, Art. 271/271a N 25 [der allerdings nur für eine restriktive Zulassung der Begründung vor Gericht eintritt]; ZK-HIGI, Art. 271 OR N 126; sinngemäss wohl auch BSK OR I-WEBER, Art. 271/271a N 32, und SVIT-KOMMENTAR, Art. 271 N 51). Dem ist das Bundesgericht nun gefolgt. Für den Vermieter hingegen wirft dies strategische Fragen auf, so etwa, ob er allenfalls zur Verunsicherung des Mieters vorerst nur eine rudimentäre Begründung für die Kündigung liefern soll, die er später bei Bedarf ergänzen kann (BLUMER, a. a. O., 92). Mit einer solchen Strategie, die vor allem für «grosse» Vermieter bzw. für professionelle Immobilienverwalter von Interesse sein dürfte, liessen sich möglicherweise etliche Mieter von einer Kündigungsanfechtung abhalten. Die Zukunft wird weisen müssen, ob diese Vorteile die Risiken überwiegen werden. In der Literatur wird immerhin zu Recht vor diesen Risiken gewarnt (CPRA BAIL-CONOD, Art. 271 N 18 [«Le bailleur n'a aucun intérêt à tarder à donner la motivation du congé.»]; SVIT-KOMMENTAR, Art. 271 N 51; LACHAT/THANEI, Kap. 29/3.3; zurückhaltend demgegenüber SPR-BLUMER, Rz. 962).

Besonders problematisch ist, dass das Bundesgericht im vorliegenden Fall – ohne dass dies erforderlich gewesen wäre – sogar ausführt, *das Gesetz schliesse auch das spätere Nachschieben zusätzlicher Kündigungsgründe, unter Vorbehalt des Verbots rechtsmissbräuchlichen Verhaltens, nicht aus* (BGE 138 III 59 E. 2.3 S. 65; siehe auch GIAVARINI, a. a. O., 176, der auf diese bundesgerichtliche Erwägung speziell hinweist). Früher hatte das Bundesgericht erkannt, dass die kündigende Partei grundsätzlich an die einmal gegebene Begründung gebunden sei; sie könne diese nur noch ergänzen und verdeutlichen (Urteil des Bundesgerichts 4C.131/2003 vom 6. August 2003, E. 3.1 [«Elle est en outre liée par les motifs qu'elle a donnés et peut les compléter et les expliciter en cours de procédure si elle a de bonnes raisons de le faire.»]; in diesem Sinne auch CPRA BAIL-CONOD, Art. 271 N 26; BSK OR I-WEBER, Art. 271/271a N 33; LACHAT/THANEI, Kap. 29/3.9; SVIT-KOMMENTAR, Art. 271 N 52, je mit Ausnahmen für ganz besondere Fälle). Ob das Bundesgericht mit dem hier besprochenen Urteil ein Nachschieben von weiteren Kündigungsgründen erleichtern wollte, sei dahingestellt. Auf jeden Fall wird man in einem solchen Nachschieben zusätzlicher Gründe ein sehr starkes Indiz für die Unglaubwürdigkeit der insgesamt gegebenen Begründung und für die Rechtsmissbräuchlichkeit der Kündigung erblicken müssen.