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, Bern1,2

Übersicht

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

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

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

IV. Kein Fristenstillstand für die Klageeinreichung nach einem altrechtlchen 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)

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 Untersuchungsgrundsatzt (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 überseitlich 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 Mietrechtslehrer kaum je mitgewirkt haben, mietrechtliche Verfahrensfragen nicht immer hinreichend differenziert abhandelt. Für juristische Laien ist dieser Prozessnormenschwall kaum durchdringbar.


Von besonderem Interesse für Mietrechtslehrer sind unter diesen Umständen selbstverständlich 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 höhstrichterliche Urteile naturgemäß etwas warten (Bruno Hediger, Mietrechtliche Entwicklungen unter der ZPO: Ein Erfahrungsbericht, mp 2013, 1 ff., 2 ff.). 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.


Abschliessend sei hier noch eine Bemerkung zum materiellen Recht angebracht: Zu hoffen bleibt, dass der Vermieter in einem allfälligen erneuten Exmissionsverfahren nicht relativ kurzsichtig eine rechtsmissbräuchliche Berufung auf die Formungültigkeit der Verlängerungserklärung unterstellt wurde. Die Parteien scheinen in der Schriftform klar vereinbart zu haben. Warum der Mieter hier seine Erklärung zwar schriftlich abgegeben, dies aber nicht unterschrieben hat, ist schwer verständlich und letztlich nicht der Vermieter anzulasten. Auf die Einhaltung einer gewillkürten Form können die Partei 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)


Vorweg sei eines klarzustellen: Gegen den Verfahrensausgang an sich ist nichts einzuwenden, im Gegenteil. Im Streit stand die Exmination 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 beträchtlicher 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 versuchten 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 Exmination wehrte, vor allen drei Instanzen unterlag. Dass es das Bundesgericht unter diesen Umständen vermißt, die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (was je nach Beurteilung der verfahrensrechtlichen Fragen erfordernlich 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 prozidierten (und damit ihre Ausweisung verzögern) konnte. Auf die lärmelegierten Nachbarn, die mit ihren Steuergeldern das Verfahren der Lärmschädigerin mittelfinanzieren 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)» beititelt 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, unverständlich erweise also auch der Vermieterin als blosser Widerklägerin, eine Klagebevilligung. Am 7. März 2011 richtete die Vermieterin eine Eingabe an das Mietergericht, 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 widerklage-
weise ("à titre conventionnel") formulierte hatte. Die Mieterin
ihrezeit gelangte ebenfalls fristgerecht, aber erst am 1. April 2011,
an das Mietsgericht und verlangte Feststellung der Ungültigkeit
der Kündigung, subsidiär die Aufhebung der Kündigung wegen Treuwid-
rigkeit und subsidiär die Erstreckung des Mietverhältnisses um vier
Jahre.

b) In der Folge teilte die Präsidentin des Mietsgerichts den Par-
teien mit, dass die beiden Prozesse vereinigt und im vereinfachten
Verfahren behandelt würden. Gegen die Anwendung des vereinfach-
ten Verfahrens auf die Eingabe der Vermieterin verwahrte sich die
Mieterin mit der Begründung, der Streitwert des Ausweisungsprozes-
ses liege über Fr. 30 000.–. In einer späteren Eingabe beantragte die
Mieterin sodann, auf das Begehren der Vermieterin sei mangels säch-
licher Zuständigkeit des Mietsgerichts nicht einzu treten. 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 verfah-
rensrechtliche Rügen:

a) Zunächst machte die Mieterin geltend, die Vermieterin habe eine
Summarenmission 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 eingegangen werden dürfen.
Das Bundesgericht verwirft diese Rüge mit der Begründung, die kantonalen
Instanzen hätten die Eingabe der Vermieterin, im Gesamtkon-
text betrachtet, zu Recht nicht als Gesuch um Gewährung von Rechts-
schutz in klaren Fällen interpretiert. Die Vermieterin habe sich in
ihrer Eingabe ausdrücklich auf die Klagebewilligung der Schlicht-
ungsbehörde bezogen (die für ein Summarverfahren nicht erforderlich
ist [Art. 198 lit. a ZPO]). Zudem habe die Vermieterin in keiner We-
ise 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,
der 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 Dok-
trin 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 Zwei-
fel über den prozessualen Weg bestünden, den eine Partei einzuschla-
gen wünsche, von seiner Fragepflicht gemäss Art. 56 ZPO Gebrauch
tut. 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 Rechts-
agent, 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 «REQUESTE (conciliation préalable)», verlangte dann aber wi-
derklageweise die Ausweisung (wofür keine vorgängige Schlichtung
nötig wäre [Art. 198 lit. g ZPO]) und beantragte erst noch die Verei-
nung der beiden Verfahren (was bei einer Wiederklage, die ja zwin-
gend eine Hauptklage voraussetzt, überflüssig bzw. unsinnig ist). In
seiner Eingabe an das Mietsgericht, 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 Mietsgericht unbedingt erforderlich. Dass
dieses aufgrund einer Würdigung aller Umstände die Eingabe der
Vermieterin nicht als Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen inter-
pretierte (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 inter-
pretiert 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 Bedeu-
tung. Denn hätte sie sich als zutreffend erwiesen, so hätte das gesam-
tte Verfahren neu aufgerollt werden müssen. Die Vermieterin hätte
sich dann vor den kantonalen Instanzen nicht mehr durch ihren
Rechtsagenten vertreten lassen können. Zur beruhsässigen Vertre-
tung 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 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 bail 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 geschaftet sind, während der das Mieterhältnis weiterdauert, falls sich die Kündigung nach nicht wirksam herausstellen sollte, d. h. bis zu dem Zeitpunkt, auf den die 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 Mietzinsen 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 differenziert für den Fall, dass nur die Gültigkeit, nicht aber die Treuhandigkeit der Kündigung zur Debatte steht FRANÇOIS BOHNET/PHILIPPE CONOD, Bail et procédure civile suisse: premiers développements, in: 17. Séminaire sur le droit du bail, édité par François Boihnet, 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 widerruflich 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 Wideklage 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 hochstrichterliche Klärung der Frage gewesen wäre.


spräch 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.


Die Kontroverse selbst präsentiert sich im Wesentlichen wie folgt (vgl. dazu einlässlich etwa BOHNET/COND, 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 Gegenauflistung 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 (COND, 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 widerlagweise im vom Mieter angestrebten Kündigungsanfechtungsprozess geltend gemacht wird (Francois 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. Entsprechende 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 mangelfrei sei. Anschliessend führte das Bundesgericht wörtlich aus: «Or, c’est précisément en 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).»


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 Parterollen 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 führen könnte, als 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.


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 in der Klärung harrt. Ob das Bundesgericht mit seinem Urteil den kantonalen Gerichten gene-


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

= 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 betrifft 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 prozessuell durchzusetzen (BK-ALVAREZ/PETER, Art. 209 ZPO N 13; URS EGGL,


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)


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


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 Gerichtssferien 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 Prosezierungsfrist keine Anwendung (BGE 123 III 67), während nach neuerem Recht der Lauf der gleichen langen, nunmehr aber in der ZPO geregelten Frist (Art. 209 Abs. 4 ZPO) durch die Gerichtsferien geometrisch gegeben wird (BGE 138 III 615; dazu von 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 rechtshändig 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).


Dass allrechtliche 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 KÖLLER/NORBERT SENNHÄUSER, 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 bürgerlich 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 davor abwesende eigene Gesetzgebung gestützt habe (nicht amtlich publizierte E. 3 des Urteils).

Immerhin hätte der Beschwerdeführer nach seinem 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 kön-


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

= 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 Schriftdarstellung (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-


Im Streit stand unter anderem, ob der der Mietzins erhöhungs anzeige 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 Mietzinsen während mehr als sechs Jahren vorbehaltslos bezahlt hatte, auf die Nichtigkeit der Mietzins erhöhung als rechtsmissbräuchlich erachtete.

Zunächst äusserte sich das Bundesgericht (unter Verweis auf seine umfangreiche Rechtsprechung) zur Frage, ob die Anrufung des Formangels durch den Mieter missbräuchlich sei, weil das Vertrauen der Vermieterin in die Gültigkeit der Mietzins erhöhung aufgrund der vorbehaltslosen 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, irdumfrei und mindestens zur Hauptsache erfüllt habe und hernach den Restan spruch der Gegenpartei unter Verweis auf den Formangel verweigere. «Irrtumsfrei» bedeute in diesem Fall in Kenntnis des Formangles. Die Berufung auf den Formangel 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 formrichtigen Vertrag freiwillig erfülle, ohne den Mangel zu kennen, verhalte sich nicht widerspruchlich 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 zuzwarte, 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-
In der Literatur ist dieser Entscheid auf Vermieterseite verständlicherweise auf Zustimmung gestossen (ROHRER, a.a.O., 142; KAPPEL, a.a.O., 8). Forderungsklagen von ahnungslos und unbedarf auftretenden Mieterinnen und MItern 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).


Bei seinen Überlegungen zum Zweck der Formvorschrift überseht 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-


VI. Untermietsvermittlungen bieten immer wieder Schwierigkeiten im Mietrecht und haben das Bundesgericht in den letzten Jahren verschlie- denartig beschäftigt. Der hier zu besprechende Entscheid bildet einen wichtigen Meilenstein in diesem Problemfeld.


Der Umstand, dass die Kündigung für den Mieter eine Härte darstellte, 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 weise, in Art. 271a OR beispielhaft Gründe auf, bei deren Vorliegen die Kündigung durch den Vermieter als treudrig 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 be- dingten, 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 Wohn- ung infolge Wegzugs oder Todes von Familienangehörigen zu groß geworden sei und deshalb teilweise Dritten überlassen werde. Es be- stehe das Risiko, dass zahlreiche Mieter ausziehen würden, ohne den Mietvertrag zu kündigen, das Mietobjekt auf unbestimmte Zeit unter- vermieteten und so anstelle des Eigentümers den wahren Bewohner der Mietwohnung bestimmen würden. Die Überhandnahme lang dauernder Untermietverhältnisse oder sukzessiver Untermietverträge (Kettenerträge) sei weder im Interesse der Eigentümer noch der Mieter (BGE 138 III 59 E. 2.2.1 S. 62 f.).

Da das angefochtene Urteil keiner Sachverhaltsfeststellungen zur Frage enthieilt, ob der Mieter die konkrete Absicht hatte, das Mietet- objekt 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 Angele- genheit zur Ergänzung des Sachverhalts an das Kantsorgersicht zu- rückgewiesen. Begleitet hat das Bundesgericht die Zurückverweisung mit der Bemerkung, eine solche Unterlassung könne im Zusammen- hang mit einer gesetzmässigen Untervermietung gar eine ausseror- dentliche Kündigung rechtfertigen, wenn auch erst nach einer Ver- warnung (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).


Das hier besprochene Urteil bringt in einem wichtigen Punkt zweifellos eine Verschärfung zugunsten der Vermieter mit sich (GIA- VARINI, a.a.O., 174; GABATHULER/SPRIG, a.a.O., 53; SIMEONI, a.a.O., Ziff. III.). Das Bundesgericht betonte, dass die vage Möglich- keit, 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 Kündi- gung trage, er also beweisen müsste, dass er das Mietobjekt später wieder selber nutzen wolle (BGE 138 III 59 E. 2.2.2 S. 64). Das un-

Im vorliegenden Fall drehte sich der Streit um ein Mietobjekt, welches der Mieter (mit Ausnahme der Garage) als Ganzes untervermiietet 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 Unter-vernietung 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 grosse (und verhältnismässig günstigen) Stadtwohnung weiterhin unter hochstrittschließlichem 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 Mietzinserschöpfung bei der ordentlichen Kündigung nicht vor, bis wann die Gründe für die Kündigung vorgebracht werden können. Es schreibe insbesondere nicht vor, dass dies inner einer bestimmten Frist nach dem Ersehen 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. 64f., unter Verweisung auf 125 III 231 E. 4b). Das Nachschieben von Gründen könne höchstens als Indiz zu Ungunsten der kündenden Partei interpretiert werden oder Kostenfolgen nach sich ziehen (BGE 138 III 59 E. 2.3 S. 65).

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 rechtswidriger Verhaltens, nicht aus (BGE 138 III 59 E. 2.3 S. 65; siehe auch GIARINI, 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 completer 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 Rechtswidrigkeit der Kündigung erblicken müssen.