

Prof. Dr. Thomas Koller
Bern

Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2010

Nicht im Handel



Sonderdruck aus
«Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins»
Band 147 · 2011 · Heft 12

Stämpfli Verlag AG Bern

Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2010

Veröffentlicht in Band 136

Von Prof. Dr. THOMAS KOLLER, Bern^{1, 2}

Übersicht

- | | | |
|------|--|-----------------|
| I. | Anforderungen an eine Kündigung bei Zahlungsrückstand (Art. 257d, Art. 282 OR); Berechnung des Streitwerts | BGE 136 III 196 |
| II. | Bestimmungsgemässer Gebrauch der Mietsache und Recht zur Unterverleihung (Art. 256, Art. 257f, Art. 262 OR) | BGE 136 III 186 |
| III. | Verhältnis zwischen der Kündigung des Mietverhältnisses eines Genossenschafters und seiner Mitgliedschaft in der Wohngenossenschaft (Art. 257f Abs. 3, Art. 846 Abs. 2, Art. 866 OR) | BGE 136 III 65 |
| IV. | Ertragsoptimierungskündigung; Begriff des Quartiers; Konkretisierung der quartierüblichen Mietzinse (Art. 269a lit. a OR; Art. 11 Abs. 1 VMWG) | BGE 136 III 74 |
| V. | Anfechtung des Anfangsmietzinses; fehlender Nachweis der Wohnungsnot; keine erhebliche Erhöhung des Mietzinses (Art. 270 Abs. 1 OR) | BGE 136 III 82 |
| VI. | Anfechtung einer Mietzinserhöhung bei gemeinsamer Miete (Art. 270b OR; Art. 166 ZGB) | BGE 136 III 431 |

¹ Das Manuskript wurde am 2. September 2011 abgeschlossen.

Ich danke meinem Assistenten Daniel Elia Spycher, MLaw, für die Vorbereitungsarbeiten sowie für die kritische Durchsicht des Textes.

² In dieser Rechtsprechungsübersicht werden die allgemeinen Kommentare zum schweizerischen Privatrecht mit den üblichen Abkürzungen (ZK = Zürcher Kommentar; BSK = Basler Kommentar; CHK = Handkommentar zum Schweizer Privatrecht; CR = Commentaire Romand) 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 (zit.: SVIT-KOMMENTAR), 3. Aufl., Zürich 2008; RICHARD PERMANN, Kommentar zum Mietrecht, 2. Aufl., Zürich 2007; FRANÇOIS BOHNET/MARINO MONTINI (éditeurs), Droit du bail à loyer, Commentaire pratique, Bâle 2010 (zit.: CPRA BAIL-AUTORIN).

- VII. Kündigungsschutz; Zulässigkeit einer Nutzungsänderungskündigung (Art. 271 Abs. 1 OR) BGE 136 III 190
- VIII. Schlichtungsbehörde; Obliegenheiten der Parteien eines Schlichtungsverfahrens bei fehlender Einigung (Art. 274e Abs. 2 in fine, Art. 274f Abs. 1 in fine aOR; Art. 209 ZPO) BGE 136 III 90

I. Anforderungen an eine Kündigung bei Zahlungsrückstand (Art. 257d, Art. 282 OR); Berechnung des Streitwerts

BGE 136 III 196 (4A_551/2009) = Pra 2010 Nr. 128 S. 844 ff. = mp 2010, 145 ff. = SJ 2010 I 369 f. = DdB 2010, 54 f.

Das Recht der nichtlandwirtschaftlichen Pacht (Art. 275 ff. OR) enthält über weite Strecken ähnliche Bestimmungen wie das Mietrecht. So regelt z. B. Art. 282 OR die Möglichkeit zum Vorgehen des Verpächters gegen den Pächter im Zahlungsverzug weitgehend gleich wie Art. 257d OR das Recht des Vermieters im Zahlungsverzug des Mieters. Unterschiedlich ist nur die für die Zahlung anzusetzende minimale Nachfrist, die im Pachtrecht 60 Tage, im Mietrecht dagegen bloss zehn Tage bzw. bei Wohn- und Geschäftsräumen 30 Tage beträgt.

Für das Mietrecht hat das Bundesgericht in BGE 119 II 147 E. 3a S. 150 ausgeführt, dass *der Vermieter das Mietverhältnis nach unbenutztem Ablauf der Nachfrist – also in einem zweistufigen Verfahren – (ausserordentlich) kündigen kann, wenn er diese Kündigung dem Mieter in der Nachfristansetzung angedroht hat*. Unter Berufung auf diese Rechtsprechung führte das Bundesgericht in casu aus, auch im Recht der nichtlandwirtschaftlichen Pacht *habe zuerst eine ausdrückliche Kündigungsandrohung zu erfolgen* (vgl. zu diesem Urteil auch THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/10, 39 ff., spez. 46 f.; BRUNO HEDIGER, SJZ 2011, 310 ff., spez. 313; CPRA BAIL-WESSNER, Art. 257d N 17). Im zu beurteilenden Fall hatten die Verpächter im Mahnschreiben an die Pächterin bloss erwähnt, im Falle der Nichtbezahlung binnen der angesetzten Nachfrist werde von Art. 4 Abs. 2 des Pachtvertrages Gebrauch gemacht. In dieser Bestimmung des Pachtvertrages war das Recht der Verpächter zur Kündigung des Vertrages

für den Fall aufgeführt, dass die Pächterin den Pachtzins binnen der Nachfrist nicht zahle. *Diese blosser Verweisung auf den Pachtvertrag liess das Bundesgericht jedoch nicht genügen* (BGE 136 III 196 E. 2.4.2 S. 199). Daher war die Kündigung des Vertrages durch die Verpächter nicht wirksam.

Diese pachtrechtliche Rechtsprechung ist von grosser Bedeutung, lässt sie sich doch wiederum auf das Mietrecht «rückübertragen». Auch eine Kündigung gestützt auf Art. 257d OR ist daher nur wirksam, wenn sie vorgängig mit der Nachfristansetzung ausdrücklich angedroht worden ist. *Verweisungen auf das Gesetz* («... so machen wir von unserem Recht nach Art. 257d OR Gebrauch») *oder auf den Vertrag* («... so machen wir von unserem Recht nach Art. 4 Abs. 2 des Mietvertrages Gebrauch») *genügen daher auch im Mietrecht nicht*. Das ist zwar rigoros, aber sinnvoll, damit dem Mieter die unter Umständen relativ einschneidenden Konsequenzen einer weiteren Säumnis mit aller Deutlichkeit vor Augen geführt werden. Aus der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 257d OR und aus der Literatur ging diese Rigorosität nicht so klar hervor. Insbesondere liess sich soweit ersichtlich weder der Rechtsprechung noch der Literatur klar entnehmen, dass Verweisungen auf das Gesetz oder den Vertrag nicht genügen. Das besprochene Urteil bringt nun die erforderliche Klarstellung.

Das Bundesgericht hat den Fall im Übrigen zum Anlass genommen, um seine Rechtsprechung zur Berechnung des Streitwerts in Kündigungsfällen (endlich einmal) amtlich zu publizieren (BGE 136 III 196 E. 1.1. S. 197; dazu auch MARINO MONTINI, DdB 2010, 55). Bei Miet- oder Pachtverträgen mit bestimmter Dauer bestimmt sich der Streitwert nach dem für die vereinbarte Dauer geschuldeten Miet- oder Pachtzins. Bei *Verträgen auf unbestimmte Dauer* beläuft sich der Streitwert auf den Miet- oder Pachtzins für die minimale Periode, während der der Vertrag weiterdauert, falls die Kündigung nicht wirksam ist. Diese Periode erstreckt sich bis zu dem Zeitpunkt, auf den erneut gekündigt werden kann. *Grundsätzlich ist daher die für die Streitwertberechnung massgebende Periode nie kürzer als drei Jahre*, da gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. e OR eine Kündigung während dieser Schutzfrist im Anschluss an ein Schlichtungs- oder Gerichtsverfahren anfechtbar wäre.

II. Bestimmungsgemässer Gebrauch der Mietsache und Recht zur Unterverleihung (Art. 256, Art. 257f, Art. 262 OR)

BGE 136 III 186 (4A_47/2010) = Pra 2010 Nr. 113 S. 769 ff. = MRA 2010, 199 ff. = mp 2010, 196 ff. = SJ 2010 I 317 ff. = DdB 2010, 25 ff.

Seit dem 1. Juni 1997 war der Beschwerdeführer X Mieter einer 3-Zimmer-Wohnung in Versoix. Dem Mietvertrag wurde ein maschinengeschriebener Zusatz beigefügt, welcher den Gebrauch der Mietsache lediglich zu Wohnzwecken («à l'habitation exclusivement») gestattete. Im Jahr 2003 verlegte X seinen Wohnsitz in eine Vorortsgemeinde von Lausanne und mietete dort eine zweite Wohnung. Ein bis zwei Jahre darauf überliess er die Wohnung in Versoix kostenlos seinem Bruder A, welcher sich zu dieser Zeit in einer finanziellen Notlage befand. Gleichzeitig gestattete X auch seinem arbeitslosen Freund B, in der Wohnung unentgeltlich zu logieren. An den Wochenenden hielt sich X jeweils in dieser Wohnung zusammen mit B auf, während der Bruder seine Tochter und seine Eltern in Frankreich besuchte.

Mit eingeschriebenem Brief vom 13. Juli 2006 verlangte der Vermieter die sofortige Beendigung dieser unbewilligten Untervermietung («... de mettre immédiatement fin à la sous-location non autorisée ...») und drohte darin die Kündigung des Mietvertrages an. Da X auf dieses Schreiben nicht reagierte, kündigte der Vermieter den Mietvertrag am 24. Juli 2006 unter Berufung auf Art. 257f Abs. 3 OR vorzeitig auf den 31. August 2006. Nach einem erfolglosen Schlichtungsversuch reichte X beim Mietgericht des Kantons Genf Klage ein und plädierte auf Feststellung der Ungültigkeit der Kündigung. Es sei hier nicht von einer Untermiete auszugehen, da sein Bruder und sein Freund die Wohnung kostenlos benutzen würden und er weiterhin für den gesamten Mietzins aufkomme. Das Gericht hiess am 28. Oktober 2008 die Klage gut und erachtete die vom Vermieter ausgesprochene Kündigung als unwirksam. Die Berufungsinstanz hob diesen Entscheid am 7. Dezember 2009 auf und qualifizierte die Kündigung als gültig. Darauf erhob X Beschwerde ans Bundesgericht und beantragte, es sei die Unwirksamkeit der Kündigung festzustellen. Das Bun-

desgericht hiess die Beschwerde gut (vgl. zu diesem Urteil auch PIERRE WESSNER, DdB 2010, 25 ff.; MARCO GIAVARINI, MRA 2010, 199 ff.; THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/10, 46; BRUNO HEDIGER, SJZ 2011, 310 ff., spez. 313).

Der Beschwerdeführer vertrat vor Bundesgericht im Wesentlichen die Auffassung, dass die dem Mietvertrag beigefügte Klausel nicht als Beschränkung des zulässigen Gebrauchszwecks der Sache angesehen werden könne. Ferner sei aufgrund der Tatsache, dass die beiden Mitbewohner unentgeltlich in der Wohnung logieren durften, nicht von einer Untermiete im Sinne von Art. 262 OR auszugehen. Die Vorinstanz habe daher fälschlicherweise eine Parallele zwischen unentgeltlichem Wohnen und einer Untermiete gezogen. Sodann sei im blossen Umstand, dass sich zwei weitere Personen in seiner Wohnung aufhielten, keine Unzumutbarkeit für den Vermieter nach Art. 257f Abs. 3 OR zu erblicken, das Mietverhältnis fortzuführen (vgl. BGE 136 III 186 E. 3 S. 186 f.).

Das Bundesgericht erinnerte in seinen Erwägungen zunächst daran, dass sich der zulässige Gebrauchszweck der Mietsache *in erster Linie aus den vertraglichen Vereinbarungen ergebe*. In einer solchen Vereinbarung könne ferner auch (im Sinne von Gebrauchsmodalitäten) der Kreis der Benutzer des Mietobjektes festgelegt werden (vgl. BGE 136 III 186 E. 3.1.1 S. 187 mit den dortigen Verweisen). Nach Art. 257f Abs. 1 OR sei der Mieter grundsätzlich verpflichtet, die Sache sorgfältig zu gebrauchen. *Bei Wohnungsmietverträgen bestehe aber keine Pflicht, die Wohnung selber zu bewohnen, sofern hierzu keine anderslautenden Abreden getroffen worden seien*. Ebenso sei es im Rahmen des üblichen Gebrauchs der Mietsache gestattet, dass der Mieter Familienangehörige oder Freunde bei sich beherbergen könne (vgl. BGE 136 III 186 E. 3.1.2 S. 187 f. mit den dortigen Verweisen).

In einem weiteren Schritt widmete sich das Bundesgericht der Auslegung der zwischen den Parteien im Mietvertrag vereinbarten Klausel «à l'habitation exclusivement». Da das kantonale Gericht keinen tatsächlichen übereinstimmenden Parteiwillen festgestellt hatte, musste das Bundesgericht den Sinn dieser Klausel im Lichte des *Vertrauensprinzips* auslegen. Hierzu bemerkte es insbesondere, nach dem allgemeinen Sprachgebrauch sei der Terminus «habitation» dahin gehend zu verstehen, dass eine Person an einem Ort mehr oder weniger dauerhaft wohne. *Der Begriff grenze sich dadurch vom*

Gebrauch einer Mietsache zu Geschäftszwecken ab. In diesem Sinne habe der Beschwerdeführer diese Vertragsklausel nach Treu und Glauben auch verstehen dürfen. Andere Einschränkungen des Gebrauchsrechts seien aus dieser Klausel nicht abzuleiten. Insbesondere bestehe keine Vereinbarung darüber, dass ausschliesslich der Beschwerdeführer selbst berechtigt sei, das Mietobjekt zu bewohnen. Die kantonale Instanz habe daher (im Lichte von Art. 256 OR) zu Unrecht angenommen, der Beschwerdeführer sei vertraglich verpflichtet, die Mietsache höchstpersönlich zu gebrauchen (vgl. BGE 136 III 186 E. 3.2.1 S. 188 f.). Demgemäss habe der Beschwerdeführer auch seine Pflicht zum sorgfältigen Gebrauch der Mietsache gemäss Art. 257f Abs. 1 OR nicht verletzt, indem er seinen Bruder und einen Freund unentgeltlich in der Wohnung beherberge (BGE 136 III 186 E. 3.2.2 S. 189).

Abschliessend stellte das Bundesgericht fest, dass eine unentgeltliche Überlassung einer Sache zum Gebrauch nicht als Mietvertrag zu qualifizieren sei, sondern unter die *Gebrauchsleihe* (Art. 305 ff. OR) falle. *Aus diesem Grund habe die Vorinstanz zu Unrecht die Bestimmungen über die Untermiete (Art. 262 OR) analog angewandt.* Selbst wenn im Übrigen der Bruder und der Freund dem Mieter (nicht übermässige) Mietzinse bezahlt hätten, wäre der Vermieter nicht einfach berechtigt gewesen, diese Untermiete zu untersagen. *Denn da der Mieter den Gebrauch der Wohnung nie wirklich aufgegeben habe, könnte selbst diesfalls nicht behauptet werden, er habe sein Recht zur Untervermietung missbräuchlich ausgeübt und in Wirklichkeit die Miete auf jemand anders übertragen* (BGE 136 III 186 E. 3.2.3 S. 189 f.).

In der Literatur ist dieses Urteil zu Recht auf Zustimmung gestossen (WESSNER, a. a. O., 26; GIAVARINI, a. a. O., 204; ebenso wohl auch GABATHULER/SPIRIG, a. a. O., 46). Die von der Vorinstanz vertretene gegenteilige Auffassung ist in der Tat – gelinde gesagt – «peu compréhensible» (WESSNER, a. a. O., 26). Die Umschreibung des Gebrauchszwecks «à l'habitation exclusivement» im Vertrag kann für sich genommen vernünftigerweise nur heissen, dass die Verwendung des Mietobjekts zu Gewerbezwecken ausgeschlossen ist. Ein anderes Verständnis des Begriffs würde dem allgemeinen Sprachgebrauch widersprechen und hätte daher im Vertrag klar zum Ausdruck gebracht werden müssen. Insbesondere kann man ohne ausdrückliche anderweitige Umschreibung aus diesem Begriff nicht ableiten, dass

der Mieter keine weiteren Personen in seine Wohnung aufnehmen darf. Der sozialen Realität würde ein derart enges Wortverständnis nicht Rechnung tragen (WESSNER, a. a. O., 26).

Heikler hätte es für den Mieter allenfalls werden können, wenn er selber nicht regelmässig in die Wohnung zurückkehren würde. In einem Untermietfall hat das Bundesgericht der Mieterin Rechtsmissbrauch vorgehalten, weil sie die Wohnung faktisch dauernd aufgegeben und so einen eigentlichen Nachmieter installiert habe (BGE 134 III 446; dazu kritisch THOMAS KOLLER/MARC ANDRÉ MAUERHOFER, ZBJV 2010, 57 ff., spez. 68 ff.). Das traf hier aber, wie das Bundesgericht ausdrücklich festhielt, nicht zu. Und selbst wenn der Mieter nicht regelmässig die Wohnung aufgesucht hätte, hätte er wohl den Rechtsmissbrauchseinwand mit einem geschickten Argument entkräften können: Er hätte nur (glaubhaft) zu behaupten brauchen, er habe die Absicht nicht aufgegeben, eines Tages in die Wohnung zurückzukehren (dazu CPRA BAIL-BISE/PLANAS, Art. 262 N 18, und KOLLER/MAUERHOFER, a. a. O., 70, m. Hw.).

In einem Punkt ist das besprochene Urteil von allgemeiner Tragweite: In der Lehre wird zum Teil die Auffassung vertreten, dass Art. 262 OR analog heranzuziehen und auch für die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung des Mietobjekts eine Zustimmung des Vermieters zu verlangen sei (GIAVARINI, a. a. O., 205 f.; ZK-HIGI, Art. 262 N 12). Dem erteilt das Bundesgericht eine klare Absage; *eine Zustimmung des Vermieters zur unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung der Wohnung an Dritte ist daher nicht erforderlich.* Offen bleibt aber eine andere Frage: Art. 262 OR gibt dem Mieter ein zwingendes Recht auf Untervermietung. In der Literatur wird zum Teil postuliert, dieses zwingende Recht müsse auch für die Unterleihe gelten (BSK OR I-WEBER, Art. 262 N 2; SVIT-KOMMENTAR, Art. 262 N 7; ähnlich auch CHK-P. HEINRICH, Art. 262 N 2; a. M. ZK-HIGI, Art. 262 N 12, der die Auffassung vertritt, die Unterleihe könne – anders als die Untermiete – vertraglich ausgeschlossen werden). Darüber hatte das Bundesgericht in casu nicht zu befinden.

Problematisch ist das Urteil in anderer Hinsicht: Das Bundesgericht führte aus, der Mieter sei ohne gegenteilige Vereinbarung nicht verpflichtet, das Mietobjekt selber zu nutzen. Im Weiteren betonte es, der Vermieter hätte es im Vertrag klar zum Ausdruck bringen müssen, wenn er den Gebrauch der Mietsache auf den Mieter allein («au seul locataire») hätte beschränken wollen. Die Tragweite dieser Erwägung

gen für künftige Fälle ist unklar. Insbesondere ist fraglich, wie sich diese höchstrichterlichen Äusserungen zum zwingenden Recht des Mieters auf Untervermietung (im Rahmen von Art. 262 OR) verhalten (dazu auch GIAVARINI, a. a. O., 205). Für den Fall der Unterleihe vertritt GIAVARINI gar den Standpunkt, eine vertragliche Klausel, wonach der Mieter das Mietobjekt selber bewohnen müsse, habe uneingeschränkt Gültigkeit und stehe einer vollständigen Gebrauchsuntervermietung an Dritte entgegen (a. a. O., 205 und 206, unter Berufung auf ZK-HIGI, Art. 262 N 12). Dies dürfte jedoch aus dem hier besprochenen Urteil kaum abzuleiten sein. Eine vertragliche Vereinbarung, dass der Mieter die Wohnung nur selber (aber unter Einbezug von Angehörigen oder Partnern) benutzen dürfe, wird man wohl nur in besonderen Fällen als zulässig erachten dürfen, so etwa bei Dienstwohnungen oder bei Wohnungen, die von Ausbildungsinstitutionen zur Verfügung gestellt werden (WESSNER, a. a. O., 26, mit weiteren Beispielen).

Schutzlos macht das hier besprochene Urteil den Vermieter in einem Fall wie dem vorliegenden im Übrigen nicht. Immer offen bleibt ihm die *ordentliche Kündigung*. Im Rahmen eines allfälligen Anfechtungs- oder Erstreckungsverfahrens wäre dann zu berücksichtigen, welches eigene Interesse der Mieter an der Wohnung hat (in diesem Sinne bereits KOLLER/MAUERHOFER, a. a. O., 70 f.). Und eine ausserordentliche Kündigung gestützt auf Art. 257f OR wäre möglich, wenn sich aus der Unterleihe eine *Überbelegung der Wohnung* ergeben würde oder *wenn die Bewohner gegen die Pflicht zur Sorgfalt und Rücksichtnahme verstossen sollten*. Derartige Gründe standen hier aber nicht zur Diskussion.

III. Verhältnis zwischen der Kündigung des Mietverhältnisses eines Genossenschafters und seiner Mitgliedschaft in der Wohngenossenschaft (Art. 257f Abs. 3, Art. 846 Abs. 2, Art. 866 OR)

BGE 136 III 65 (4A_553/2009) = Pra 2010 Nr. 87 S. 623 ff. = SJ 2010 I 217 ff. = DdB 2010, 27 ff.

Das Wohnen in einer wohngenossenschaftlichen Mietwohnung hat im Vergleich zum Wohnen in einer «gewöhnlichen» Mietwohnung zweifelsohne gewisse Vorteile. Eine eher unangenehme Situation kann sich allerdings ergeben, wenn einer der andern Mieter die Regeln nachbarschaftlichen Zusammenlebens immer wieder verletzt, und zwar selbst dann, wenn die Vermieterin grundsätzlich bereit wäre, für Abhilfe zu sorgen. Denn unter Umständen ist es gar nicht so leicht, einen solchen Störenfried binnen nützlicher Frist aus einer Genossenschaftswohnung zu entfernen, wie das folgende Bundesgerichtsurteil eindrücklich zeigt.

Die Eheleute X zeichneten Anteilscheine im Wert von Fr. 2200.– bei der Genossenschaft Y. Diese bezweckt laut Art. 2 ihrer Statuten, ihren Mitgliedern günstige Familienwohnungen in städtischer Umgebung zu verschaffen. Daher sind gemäss Art. 3 der Statuten die Wohnungen der Genossenschaft dazu bestimmt, in erster Linie («en priorité») an die Mitglieder vermietet zu werden. Art. 10 Abs. 1 lit. b und c der Statuten halten fest, dass ein Mitglied aus der Genossenschaft ausgeschlossen werden kann, wenn es absichtlich gegen die Statuten und die Entscheide der Gesellschaftsorgane verstösst oder wenn sonst wichtige Gründe vorliegen («... lorsqu'il agit intentionnellement en contradiction avec les statuts ou avec les décisions obligatoires des organes compétents de la société ou pour d'autres justes motifs»).

Die Genossenschaft Y vermietete den Ehegatten X für die Zeit vom 1. November 2000 bis 31. Oktober 2001 unter anderem eine 3-Zimmer-Wohnung in einer ihrer Liegenschaften in Genf, wobei sich der Mietvertrag jährlich stillschweigend erneuern sollte. Am 27. März 2002 teilte die Genossenschaft den Eheleuten X mit, Nachbarn hätten sich namentlich über Lärmbelästigungen durch Schreie sowie über aggressives Verhalten beschwert. Daher forderte die Vermieterin die Mieter unter Kündigungsandrohung auf, ihrer Pflicht zur Rücksicht-

nahme gegenüber den anderen Mietern nachzukommen. Am 16. Februar 2004 beschwerten sich die Nachbarn erneut über das Verhalten der Familie X. Mit eingeschriebenem Brief ersuchte daraufhin die Genossenschaft am 26. Februar 2004 die Mieter, mit dem Präsidenten Kontakt aufzunehmen. Im Schreiben wurde den Mietern aggressives und ungebührliches Benehmen, insbesondere gegenüber der Hauswartin, sowie das Deponieren von Sachen im Treppenhaus und in den Gemeinschaftsräumen im Untergeschoss vorgeworfen. Da die Ehegatten X auf diesen Brief nicht reagierten, erhielten sie am 16. April 2004 ein erneutes Schreiben, in dem ihnen die Genossenschaft wiederum die Kündigung androhte, sollten sie zu weiteren Klagen Anlass geben. Einmal mehr wurde den Mietern ihr Verhalten gegenüber den Nachbarn im Allgemeinen sowie gegenüber der Hauswartin im Besonderen, der Lärm aus ihrer Wohnung und ihr rücksichtsloser Gebrauch der Waschküche vorgehalten. Nachdem sich Anfang 2006 ein weiteres Mal andere Mieter beschwert hatten, beschloss die Verwaltung der Genossenschaft am 15. Februar 2006, das Mietverhältnis mit den Ehegatten X aus wichtigen Gründen auf den nächstmöglichen Termin aufzulösen. Den Ausschluss der Mieter aus der Genossenschaft sprach die Verwaltung hingegen nicht aus. Am 7. März 2006 kündigte daraufhin die Genossenschaft das Mietverhältnis per 31. Oktober 2006.

Das Mietgericht des Kantons Genf erklärte diese Kündigung am 9. März 2009 für gültig und wies die Eheleute X an, die Wohnung zu verlassen. In ihrem Urteil vom 5. Oktober 2009 bestätigte die Berufungsinstanz dieses Urteil. Daraufhin erhoben die Ehegatten Beschwerde beim Bundesgericht und machten im Wesentlichen geltend, dass das Mietverhältnis nicht ohne ihren vorangehenden Ausschluss aus der Genossenschaft hätte aufgelöst werden dürfen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab (vgl. zu diesem Urteil auch BRUNO HEDIGER in SJZ 2011, 310 ff., spez. 312; THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/10, 39 ff., spez. 46; PASCAL PICHONNAZ, DdB 2010, 27 ff.; CPRA BAIL-BOHNET/DIETSCHY, Art. 253 N 97 f.).

Zunächst äusserte sich das Bundesgericht (unter Hinweis auf BGE 134 III 159) allgemein zum Verhältnis zwischen einer Wohngenossenschaft und den Genossenschaftlern. Neben einem *gesellschaftsrechtlichen Verhältnis* nach Art. 839 ff. OR bestehe das *Schuldverhältnis des Mietvertrages* nach Art. 253 ff. OR. Zwischen diesen beiden grundsätzlich voneinander zu trennenden Rechtsverhältnissen

beständen vor allem bei der Auflösung aufgrund der gemeinsamen Zielsetzung bestimmte Überschneidungen. Der Zweck der Mitgliedschaft bei einer Wohngenossenschaft bestehe in der Möglichkeit, eine Genossenschaftswohnung zu mieten. Wenn eine Genossenschaft einen Mietvertrag kündige, werde dadurch auch der Hauptzweck der Mitgliedschaft bedeutungslos (vgl. BGE 136 III 65 E. 2.2 f. S. 68 f.). *Ohne anderslautende Abreden könne daher ein solcher Mietvertrag nur aus einem Grund aufgelöst werden, der ebenso den Ausschluss aus der Genossenschaft erlauben würde.* Bei Wohngenossenschaften sei daher die Möglichkeit, einen Mietvertrag unter Beachtung vereinbarter Fristen und Termine frei («librement») zu kündigen, aufgehoben (BGE 136 III 65 E. 2.3 S. 69, unter Verweis auf BGE 134 III 159 E. 5.2.3 und 118 II 168 E. 3b aa S. 171).

Die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu dieser Problematik behandle aber lediglich die Frage nach den *Kündigungsgründen* und *nicht jene nach dem Vorgehen bei einer Kündigung*. Aufgrund des früheren Entscheides BGE 118 II 168 gehe die Lehre davon aus, dass der Ausschluss aus der Genossenschaft stets *vor* der Frage nach der Kündigung des Mietverhältnisses entschieden werden müsse (BGE 136 III 65 E. 2.4 S. 69 f., mit Verweisen auf die Lehre; siehe zusätzlich auch BSK OR I-WEBER, Art. 266o N 4; weniger apodiktisch SVIT-KOMMENTAR, Art. 271 N 13). Diese Lehrmeinung könne aber zu stossenden Situationen führen: Wenn zuerst – allenfalls bis vor Bundesgericht – die Frage des Ausschlusses aus der Genossenschaft geklärt werden müsse, bevor das Verfahren um Auflösung des Mietverhältnisses in Gang gesetzt werden könne, könnten beträchtliche Verzögerungen entstehen, die vor allem beim Zahlungsverzug, bei unsorgfältigem Gebrauch der Mietsache oder bei störendem Verhalten gegenüber den andern Mietern ausserordentlich schädlich wären. Die Frage, wie sich die Kündigung eines Mietvertrages zum Ausschluss aus einer Wohngenossenschaft verhalte, müsse daher höchstrichterlich geklärt werden (BGE 136 III 65 E. 2.4 S. 70).

Die Beantwortung dieser Frage soll gemäss Bundesgericht davon abhängen, wie die Parteien das Genossenschaftsverhältnis und das Mietverhältnis miteinander verknüpft haben. In den Statuten einer Wohngenossenschaft könnten diese beiden Rechtsverhältnisse so miteinander verkoppelt werden, dass das eine nicht ohne das andere beendet werden könne. In einem solchen Fall genüge *eine Erklärung* für die Auflösung der Rechtsverhältnisse. Zudem sei nur *ein einziges*

Verfahren (nicht zwei aufeinanderfolgende) durchzuführen, und zwar vor den für Mietsachen zuständigen Gerichten (sic!).

Im vorliegenden Fall bestünden nun aber keine Anhaltspunkte dafür, dass die Parteien die beiden Rechtsverhältnisse derart miteinander verkoppelt hätten. In den Statuten sei bloss festgelegt, dass die Wohnungen «vorrangig» für Genossenschaftsmitglieder bestimmt seien. Nach dem Parteiwillen seien die beiden Rechtsverhältnisse daher nicht notwendigerweise miteinander verbunden. Aus diesem Grunde sei auch die Problematik der Mitgliedschaft im vorliegenden Fall rechtlich von der Kündigungsproblematik zu trennen (vgl. BGE 136 III 65 E. 2.4.1 S. 71). *Grundsätzlich könne bei dieser Sachlage das Mietverhältnis aufgelöst werden, selbst wenn das Genossenschaftsverhältnis weiterbestehe* (BGE 136 III 65 E. 2.4.2 S. 71). Allerdings brachte das Bundesgericht dann sogleich eine ganz wesentliche Präzisierung an: *Das Mietverhältnis darf immer nur aus einem Grund aufgelöst werden, der auch einen Ausschluss aus der Genossenschaft rechtfertigen würde* (BGE 136 III 65 E. 2.4.2 S. 72, unter Verweis auf BGE 134 III 159 E. 5.2.3 S. 164 und 118 II 168 E. 3b aa S. 171). Diese Voraussetzung erachtete das Bundesgericht im vorliegenden Fall wegen des Verhaltens der Mieter, das sowohl gegen Art. 257f Abs. 3 OR (Pflicht der Mieter zur Sorgfalt und Rücksichtnahme) als auch gegen Art. 866 OR (Treuepflicht der Genossenschaftler) versties, als erfüllt.

Dieser Entscheid ist für Wohngenossenschaften von grosser Bedeutung. Völlig zu Recht betont das Bundesgericht, dass der von der herrschenden Lehre vertretene Standpunkt, das Mietverhältnis könne erst nach vorgängigem Ausschluss aus der Genossenschaft aufgelöst werden, bei Zahlungsverzugskündigungen (Art. 257d OR) oder bei Kündigungen gestützt auf Art. 257f OR zu unhaltbaren Situationen führen kann (zustimmend PICHONNAZ, a. a. O., 28). *Das Verfahren zum Ausschluss eines Genossenschafters (Art. 846 OR) dauert unter Umständen sehr lange*, zum einen schon innerhalb der Genossenschaft selber, zum andern aber auch im anschliessenden gerichtlichen Instanzenzug. Heikel wäre sodann die Frage, ob die Kündigung ausgesprochen werden kann, wenn und soweit im hängigen Ausschlussverfahren keine *aufschiebende Wirkung* besteht (siehe zur komplexen Frage der aufschiebenden Wirkung im Ausschlussverfahren etwa BSK OR I-WEBER, Art. 266o N 4, und BSK OR II-SCHWARTZ, Art. 846 N 16 ff.). Müsste mit der Kündigung bis zum rechtskräftigen Abschluss

des Ausschlussverfahrens zugewartet werden, so könnte ein Störenfried nie binnen nützlicher Frist aus der Wohnung entfernt werden, zumal wenn man in Betracht zieht, dass sich das Kündigungsverfahren eventuell seinerseits (wie z. B. im vorliegenden Fall) über mehrere Jahre hinzieht. Für die andern Mieter – ihrerseits ja auch Genossenschaftler –, die einen solchen Nachbarn «geniessen» dürfen, wäre dies ein kaum erträglicher Zustand.

Den Wohngenossenschaften, die sich im Interesse der Gesamtheit der Mieter eine gewisse Handlungsfreiheit sichern wollen, ist aufgrund dieses Urteils eine «Entkoppelung» der beiden Rechtsverhältnisse in den Statuten zu empfehlen. Zwar muss gemäss Bundesgericht auch bei einer engen Verknüpfung der beiden Verhältnisse mit der Kündigung nicht zugewartet werden, bis das Ausschlussverfahren erledigt ist; und ebenso wenig sind «Parallelprozesse» erforderlich (wie sie z. B. im BGE 118 II 168 zugrunde liegenden Fall geführt wurden). *Aber es ist schwer vorstellbar, wie das vom Bundesgericht (letztlich nur in einem obiter dictum) skizzierte «einheitliche» Verfahren vor den Mietgerichten funktionieren soll.* Das Ausschlussverfahren ist zunächst genossenschaftsintern zu führen (gegebenenfalls mit dem internen Instanzenzug von der Verwaltung an die Generalversammlung); anschliessend steht dem Genossenschaftler die Möglichkeit offen, *binnen drei Monaten* den Richter anzurufen. Im Mietrecht dagegen beträgt die Frist zur Kündigungsanfechtung *dreissig Tage nach Zustellung der Kündigung* (Art. 273 Abs. 1 OR). Wie sollen zwei Verfahren mit derart unterschiedlichen Fristen (und allenfalls auch unterschiedlichem Beginn des Fristenlaufs) in einem «Einheitsprozess» unter einen Hut gebracht werden? Welche Frist gilt beim Einleiten des Verfahrens, welche für die Dauer der Klagebewilligung nach gescheitertem Schlichtungsversuch (Art. 209 Abs. 4 Satz 1 oder Satz 2 ZPO)? Mit einer Entkoppelung der beiden Rechtsverhältnisse in den Statuten können diese Unsicherheiten vermieden werden. Vorsichtshalber sollte diese Entkoppelung allerdings in den Statuten sehr deutlich zum Ausdruck gebracht werden; denn in der Lehre wird zum Teil die Ansicht vertreten, wegen der engen wirtschaftlichen Verknüpfung zwischen den beiden Rechtsverhältnissen *bestehe eine Vermutung dafür, dass die Parteien beide Beziehungen miteinander hätten verknüpfen wollen* (PICHONNAZ, a. a. O., 28 f.).

Schutzlos ist der Genossenschaftsmieter auf diese Weise nicht. Die Entkoppelung betrifft ja nur das Verfahren, nicht aber – wie das

Bundesgericht ausdrücklich betont – die materiellen Kündigungsgründe: *Eine Genossenschaftswohnung kann nicht beliebig gekündigt werden, sondern bloss aus Gründen, die auch einen Ausschluss aus der Genossenschaft rechtfertigen würden. Beliebige Ausschlussgründe sowie ein Ausschluss ohne Grund können in den Genossenschaftsstatuten nicht vorgesehen werden. Der Ausschlussgrund muss einen sachlichen Zusammenhang mit der Zielsetzung der Genossenschaft haben* (BSK OR II-SCHWARTZ, Art. 846 N 11 f.). Bei der Kündigung setzen sich somit im Ergebnis die strengeren Bestimmungen des Genossenschaftsrechts gegenüber dem Mietrecht durch (THOMAS KOLLER/MARC ANDRÉ MAUERHOFER, ZBJV 2010, 57 ff., spez. 59). In der Praxis dürfte dies hinreichend bewirken, dass eine Wohngenossenschaft das Mietverhältnis nicht leichthin kündigt (gl. M. PICHONNAZ, a. a. O., 29).

Abschliessend sei noch eine Bemerkung erlaubt: Rund vier Jahre fruchtlose Mahnungen und mehr als drei Jahre Gerichtsverfahren waren in casu notwendig, um die Störenfriede loszuwerden. Im Interesse der andern Mieter kann man nur hoffen, dass damit endlich Ruhe im Genossenschaftsbau einkehrte.

IV. Ertragsoptimierungskündigung; Begriff des Quartiers; Konkretisierung der quartierüblichen Mietzinse (Art. 269a lit. a OR; Art. 11 Abs. 1 VMWG)

BGE 136 III 74 (4A_412/2009) = Pra 2010 Nr. 86 S. 615 ff. = mp 2010, 125 ff. = DdB 2010, 36 f.

Ertragsoptimierungskündigungen, d. h. Kündigungen, die vom Vermieter ausschliesslich deshalb ausgesprochen werden, weil er das Mietobjekt einem neuen Mieter zu einem höheren Mietzins vermieten will («congé dit économique» [DAVID LACHAT, DdB 2010, 36]), verstossen gemäss ständiger Bundesgerichtsrechtsprechung grundsätzlich nicht gegen Treu und Glauben und sind zulässig. Allerdings darf das Motiv der Ertragsoptimierung nicht blosser Vorwand für die Kündigung sein. Daher muss der Vermieter in der Lage sein, von einem neuen Mieter einen höheren Mietzins zu verlangen, und dieser höhere Mietzins darf nicht missbräuchlich sein. *Die Kündigung ist anfechtbar,*

wenn eine Mietzinsberechnung nach der absoluten Methode ergibt, dass der Vermieter den Mietzins gegenüber einem neuen Mieter nicht legal erhöhen kann (grundlegend dazu BGE 120 II 105; bestätigt z. B. mit Urteil 4C.61/2005 vom 27. Mai 2005 und mit Urteil 4A_472/2007 vom 11. März 2008). Diese langjährige höchstrichterliche Rechtsprechung ist ausserordentlich problematisch (dazu einlässlich THOMAS KOLLER/MONIKA BÜHLER, ZBJV 1995, 412 ff.) und kann im Einzelfall zu zahlreichen Schwierigkeiten führen, so vor allem bei der Frage der Beweislastverteilung (vgl. dazu etwa die Besprechungen der beiden erwähnten, nicht amtlich publizierten Bundesgerichtsurteile von THOMAS KOLLER, ZBJV 2006, 404 ff., spez. 417 ff., und von THOMAS KOLLER/MARC ANDRÉ MAUERHOFER, ZBJV 2010, 57 ff., spez. 71 ff.). Grundsätzlich muss sie aber als gefestigt betrachtet werden.

Auch der hier besprochene Entscheid hatte eine solche Ertragsoptimierungskündigung zum Gegenstand. Die Vermieterin X SA hatte die von den Eheleuten Y seit 1974 gemietete 6-Zimmer-Wohnung in Genf am 2. März 2007 per 30. Juni 2007 mit der Begründung gekündigt, die Wohnung zu einem höheren Preis an eine Drittperson weitervermieten zu wollen. Das Mietgericht des Kantons Genf hob mit Urteil vom 17. September 2008 die Kündigung auf. Zur Begründung führte das Gericht aus, die Vermieterin habe nicht nachweisen können, dass sie die besagte Wohnung zu einem nicht als missbräuchlich zu erachtenden Mietpreis weitervermieten könne. Die von ihr aufgeführten 30 Vergleichswohnungen seien allesamt nicht mit der gekündigten Wohnung vergleichbar. Die Berufungsinstanz bestätigte diesen Entscheid mit Urteil vom 19. Juni 2009. Von den 30 aufgeführten Vergleichsobjekten schloss sie von vornherein 21 aus, da diese sich in einem anderen städtebaulichen Gefüge (in Quartieren mit einem höheren Wohncharakter und weniger Verkehrsaufkommen) befinden würden. Daher seien diese Wohnungen nicht mit der besagten Wohnung zu vergleichen. Die neun restlichen Wohnungen lehnte die Berufungsinstanz aus verschiedenen Gründen als Vergleichsobjekte ab.

Die X SA erhob darauf Beschwerde beim Bundesgericht. Sie machte im Wesentlichen eine Verletzung von Art. 269a lit. a OR geltend, welcher Mietzinse, die orts- oder quartierüblich sind, als in der Regel nicht missbräuchlich erklärt. Insbesondere habe die Vorinstanz den Terminus «Quartier» zu eng interpretiert, indem sie lediglich von einem rund sechs Hektar grossen Gebiet ausgegangen sei. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut und wies die Angele-

genheit zur erneuten Beurteilung an die Vorinstanz zurück (vgl. zu diesem Urteil auch THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/10, 39 ff., spez. 47; BRUNO HEDIGER, SJZ 2011, 310 ff., spez. 316; LACHAT, a. a. O., 36 f.).

Im Zentrum des Streites stand die Tragweite des *Quartierbegriffs* nach Art. 269a lit. a OR. Da sich weder dem Gesetzestext noch den Materialien eine Definition dieses Begriffs entnehmen lässt, kam das Bundesgericht nach etymologischen Überlegungen zum Ergebnis, dass der Begriff «Quartier» gemäss Art. 269a lit. a OR nicht in einem engeren Sinne als allgemein verstanden werden dürfe. Um ein bestimmtes Quartier zu lokalisieren, müssten historische, geografische, soziologische und verwaltungstechnische Kriterien (im Sinne einer umfassenden Beurteilung) berücksichtigt werden. Ein Quartier könne daher durchaus auch *heterogen* konzipiert sein, da letztlich der flächenmässigen Ausdehnung ein grosses Gewicht beizumessen sei. Die in Art. 11 Abs. 1 VMWG verankerten Kriterien der Lage und Bauperiode stellen gemäss Bundesgericht zwar wichtige Indizien für die räumliche Definition des Quartiers dar. Wohnungen müssten aber, so das Gericht weiter, weder zwingend der gleichen Bauperiode entstammen noch sich in derselben örtlichen Lage befinden, um im mietrechtlichen Sinne dem gleichen Quartier anzugehören. Eine solche Interpretation decke sich denn auch mit der Tatsache, dass nach Art. 269a lit. a OR gleichermassen auf den «Ort» (und nicht nur auf das «Quartier») abgestellt werde (vgl. BGE 136 III 74 E. 2.2.1 S. 77 f. mit den dortigen Verweisen auf Literatur und Rechtsprechung).

Der von der Vorinstanz definierte Perimeter bilde ein unregelmässiges Viereck von ungefähr 200 auf 400 Meter und entspreche weder einem historischen Quartier noch einer Verwaltungseinheit. Die Bereiche ausserhalb dieses Perimeters seien von der Vorinstanz nur deshalb vom Vergleich ausgeschlossen worden, weil die dortigen Wohnungen jüngerer Bauart seien und über mehr Wohncharakter verfügen würden. Das sei jedoch kein Kriterium, den Begriff des Quartiers im Sinne von Art. 269a lit. a OR zu definieren. Erst müsse das Quartier unabhängig von den in Art. 11 Abs. 1 VMWG aufgeführten Kriterien umschrieben werden, bevor die von der Vermieterin benannten Objekte im Quartier anhand dieser Kriterien mit der Wohnung der Mieter verglichen werden (BGE 136 III 74 E. 2.2.2 S. 78 f.).

Nach diesen grundsätzlichen Überlegungen zur Definition des Quartierbegriffs prüfte das Bundesgericht die von der Vorinstanz be-

rücksichtigten (neun übrig gebliebenen) Vergleichsobjekte. Denn eine Rückweisung an die Vorinstanz hätte sich erübrigt und das Bundesgericht hätte in der Sache selber entscheiden können, wenn mindestens fünf dieser Vergleichsobjekte mit der in Frage stehenden Mietwohnung vergleichbar gewesen wären. Das traf indessen nicht zu:

a) Sechs der restlichen neun Wohnungen hatte die Vorinstanz als Vergleichsobjekte abgelehnt, weil sie nicht der gleichen Bauperiode entstammen. Das Bundesgericht schützte diese Auffassung, da der Altersunterschied zwischen den entsprechenden Gebäuden und dem Gebäude der Vermieterin mehr als 20 Jahre betrug (siehe zu dieser Rechtsprechung das Urteil 4C.40/2001 vom 15. Juni 2001 E. 5 c bb; später mehrfach bestätigt, so etwa im Urteil 4A_43/2009 vom 1. April 2009 E. 4.1 [in BGE 135 III 345 nicht publiziert] und im Urteil 4A_448/2009 vom 1. Februar 2010 E. 2.3; vgl. auch CPRA BAIL-BOHNET/BROQUET, Art. 269a N 24, sowie HEDIGER, a. a. O., 316). *Eine Aufweichung («assouplissement») der «Zwanzig-jahre-Regel» lehnte das Bundesgericht aus Gründen der Rechtssicherheit und Gleichbehandlung ausdrücklich ab* (BGE 136 III 74 E. 3.2.1 S. 80 f.).

b) Eine weitere Wohnung (mit einer Fläche von 180 m²) habe die Vorinstanz dagegen zu Unrecht mit der Begründung vom Vergleich ausgenommen, diese verfüge über ein Zimmer mehr. Bei kleineren Wohnungen stelle die Anzahl Zimmer zwar ein massgebliches Vergleichskriterium dar; *bei grösseren Wohnungen* (wie der hier infrage stehenden Mietwohnung mit einer Fläche von 174 m²) *könnten Vergleichswohnungen aber nicht einfach deshalb abgelehnt werden, weil sie über ein Zimmer mehr verfügen*. Das Vergleichsobjekt ist ferner von der Vorinstanz aufgrund von zwei weiteren Gründen abgelehnt worden, welche das Bundesgericht als zu wenig substantiiert erachtete. Bei einem Vergleich seien stets die verwendeten Kriterien genau anzugeben und der Sachverhalt konkret zu prüfen (vgl. BGE 136 III 74 E. 3.2.2 S. 81).

c) Die achte Wohnung hatte die Vorinstanz nicht zum Vergleich zugelassen, weil Angaben zum Hypothekarzinssatz fehlten, auf dessen Basis der Mietzins berechnet wird. Hier warf das Bundesgericht der kantonalen Instanz *eine Verletzung der (sozialen) Offizialmaxime* vor, weil sie die Beschwerdeführerin nicht vorgängig aufgefordert hatte, diese fehlende Information zu ergänzen (BGE 136 III 74 E. 3.2.2 S. 81 f.).

d) Rechtskonform war es dagegen, die neunte Wohnung beim Vergleich nicht zu berücksichtigen, weil diese über eine rund 20% geringere Wohnfläche verfügte (BGE 136 III 74 E. 3.2.2 S. 82, unter Verweis auf BGE 123 III 317 E. 4b cc S. 321).

Prozesse über den Nachweis des orts- und quartierüblichen Mietzinses gelten gemeinhin als «sehr dorniges Unterfangen» (GABATHULER/SPIRIG, a. a. O., 47). Auch der hier besprochene Entscheid zeigt dies einmal mehr. Die Anforderungen, die das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung an die Vergleichsobjekte stellt (dazu ausführlich etwa CPRA BAIL-BOHNET/BROQUET, Art. 269a N 12 ff.), sind hoch. Für diejenige Partei, welche den Beweis der Orts- und Quartierüblichkeit zu erbringen hat, wird daher die Sache zu einer äusserst schwierigen Angelegenheit. Erschwert wird die Prozessführung noch durch den Umstand, dass den kantonalen Gerichtsbehörden ein grosser Ermessensspielraum bei der Beurteilung der Vergleichskriterien zukommt, in den das Bundesgericht nur mit Zurückhaltung eingreift. Umso bemerkenswerter ist das hier besprochene Urteil, in dem das Bundesgericht der Vorinstanz immerhin verschiedene Bundesrechtsverletzungen vorhielt. Gleichzeitig hat es dabei eine paar Präzisierungen zu Art. 269a lit. a OR anbringen können, die in Zukunft von Nutzen sein dürften.

Bemerkenswert ist auch, dass das Bundesgericht keinen Hinweis auf die Beweislastverteilung anbringt. Theoretisch würde an sich der Mieter, der sich gegen eine Ertragsoptimierungskündigung wehrt, die Beweislast für die Missbräuchlichkeit des vom Vermieter angestrebten höheren Mietzinses bei einer Neuvermietung tragen. Faktisch hat das Bundesgericht allerdings bereits in früheren Fällen die Beweislast umgekehrt, wenn der Mieter im Kündigungsanfechtungsprozess bestreitet, dass ein höherer Mietzins orts- und quartierüblich sei (KOLLER/MAUERHOFER, a. a. O., 73 f.). Der Tendenz nach geht der hier besprochene Entscheid in die gleiche Richtung. Ein wenig gemildert wird diese faktische Beweislastumkehr in ihren Auswirkungen durch eine nicht zu enge Fassung des Quartierbegriffs («... un quartier suppose également une certaine étendue et ne peut guère se limiter à quelques immeubles ou pâtés de maisons ...» [BGE 136 III 74 E. 2.2.1 S. 77; vgl. auch CPRA BAIL-BOHNET/BROQUET, Art. 269a N 14]) sowie durch die soziale Untersuchungsmaxime, die – wie in casu – auch zugunsten einer anwaltlich vertretenen Vermieter-AG wirkt. Das ist

in der Sache sicher richtig. Das Grundproblem aber bleibt die Zulässigkeit der Ertragsoptimierungskündigung.

V. Anfechtung des Anfangsmietzinses; fehlender Nachweis der Wohnungsnot; keine erhebliche Erhöhung des Mietzinses (Art. 270 Abs. 1 OR)

BGE 136 III 82 (4A_353/2009) = Pra 2010 Nr. 98 S. 680 ff. = MRA 2010, 131 ff. = mp 2010, 46 ff. = JDT 2010 I 3 ff. = SJ 2010 I 241 ff. = DdB 2010, 40 ff. = CdB 2010, 28 ff.

X mietete mit Vertrag vom 11. Januar 2007 von Y eine 3½-Zimmer-Wohnung in der Stadt Freiburg. Der Mietpreis betrug monatlich Fr. 1550.– (zuzüglich Fr. 130.– Nebenkosten), während sich der frühere Mietzins auf Fr. 1450.– (zuzüglich Nebenkosten von Fr. 125.–) belaufen hatte. Die Erhöhung wurde von der Vermieterin mit marktüblichen Gegebenheiten begründet.

Nachdem die Mieterin vor der örtlichen Schlichtungsbehörde erfolglos eine Herabsetzung des Mietzinses verlangt hatte, wandte sie sich an das Mietgericht und verlangte die Senkung des Mietzinses auf Fr. 1283.05. In seinem Urteil vom 28. Juli 2008 erachtete das Gericht das Begehren für zulässig, da sich die Mieterin im Sinne von Art. 270 Abs. 1 lit. a zweite Tatbestandsvariante OR wegen der Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Wohnräume zum Vertragsabschluss gezwungen gesehen habe. Im Gegenzug qualifizierte das Gericht aber die Mietzinserhöhung nicht als erheblich im Sinne von Art. 270 Abs. 1 lit. b OR. Gegen dieses Urteil erhob die Vermieterin Beschwerde beim Zivilappellationshof und machte geltend, dass eine Wohnungsnot alleine noch nicht die Möglichkeit zur Anfechtung des Anfangsmietzinses rechtfertige. Erforderlich sei zusätzlich eine konkrete Zwangslage zum Abschluss des Mietvertrages. Das Gericht erklärte daraufhin das Begehren der Mieterin für unzulässig. Es habe auf dem lokalen Wohnungsmarkt keine Mangelsituation existiert, welche die Mieterin zur Anfechtung des Anfangsmietzinses nach Art. 270 Abs. 1 lit. a zweite Tatbestandsvariante OR berechtigen würde. Auch sei durch die Vermieterin kei-

ne erhebliche Mietzinserhöhung (im Sinne von lit. b desselben Absatzes) vorgenommen worden.

In der Folge gelangte die Mieterin ans Bundesgericht und verlangte die Aufhebung des kantonalen Entscheids. Das Mietzinsanfechtungsbegehren sei zulässig zu erklären und die Angelegenheit an das Kantonsgericht zur materiellen Beurteilung zurückzuweisen. Die Vermieterin plädierte auf Nichteintreten und subsidiär auf Abweisung der Beschwerde. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab (vgl. dazu auch THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/10, 39 ff., spez. 47; BRUNO HEDIGER, SJZ 2010, 320 ff., spez. 325, sowie SJZ 2011, 310 ff., spez. 316; ANDREAS MAAG, MRA 2010, 131 ff.; CHRISTOPH J. JOLLER, CdB 2010, 28 ff. [mit zusätzlichen Informationen zum Sachverhalt]; DAVID LACHAT, DdB 2010, 40 ff.).

Vor Bundesgericht standen bloss die Anfechtungsvoraussetzungen gemäss Art. 270 Abs. 1 OR im Streit. Nur wenn (mindestens) eine der dort aufgeführten Voraussetzungen erfüllt gewesen wäre (BGE 136 III 82 E. 2 S. 84), hätte in einem zweiten Schritt (durch die Vorinstanz) die Missbräuchlichkeit des Mietzinses geprüft werden müssen. Art. 270 Abs. 1 OR lässt die Anfechtung des Anfangsmietzinses durch den Mieter *in drei (und nicht bloss in zwei [sic!]) verschiedenen Fällen zu*: (1.) wenn sich der Mieter wegen einer persönlichen oder familiären Notlage (Art. 270 Abs. 1 lit. a erste Tatbestandsvariante OR) oder (2.) wegen der Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Wohn- und Geschäftsräume zum Vertragsabschluss gezwungen sah (Art. 270 Abs. 1 lit. a zweite Tatbestandsvariante OR) oder (3.) wenn der Vermieter den Anfangsmietzins gegenüber dem früheren Mietzins für dieselbe Sache erheblich erhöht hat (Art. 271 Abs. 1 lit. b OR; BGE 136 III 82 E. 2 S. 84; LACHAT, a. a. O., 42, mit Kritik an JOLLER). Zu prüfen waren in casu nur die Varianten 2 und 3.

Eine *zwingende Notlage* im Sinne von Art. 270 Abs. 1 lit. a zweite Tatbestandsvariante OR sei, so das Bundesgericht, dann anzunehmen, wenn ein Mieter *triftige Gründe für einen Umzug* habe und man von ihm *wegen der Verhältnisse auf dem örtlichen Wohnungsmarkt* nicht habe erwarten können, das entsprechende Wohnungsangebot auszuschlagen (BGE 136 III 82 E. 2 S. 84 f., m. Nw.). *Die schwierigen örtlichen Verhältnisse* auf dem Wohnungsmarkt könnten als erwiesen gelten, wenn in einem Kanton aufgrund von seriösen statistischen Erhebungen ein Wohnungsmangel festgestellt worden sei. Im

Kanton Freiburg fehlten aber Untersuchungen, die rechtsgenügend darlegen würden, dass zur fraglichen Zeit ein Wohnungsmangel geherrscht habe. Insbesondere sei der Leerwohnungsbestand in der Stadt Freiburg im Jahre 2007 höher gewesen als im restlichen Kantonsgebiet. Bei einem flächenmässig grossen Kanton müsse nach den unterschiedlichen Regionen innerhalb des Kantons differenziert werden. Pauschale Angaben über den gesamten Kanton seien unzureichend. Eine Wohnungsnot im Sinne von Art. 270 Abs. 1 lit. a OR sei im vorliegenden Falle daher nicht festgestellt (vgl. BGE 136 III 82 E. 2 S. 85 f.).

Die Beschwerdeführerin machte weiter geltend, der Mietzins für die Wohnung sei im Sinne von Art. 270 Abs. 1 lit. b OR *erheblich erhöht worden*. Effektiv belief sich die Erhöhung des Nettomietzinses auf 6,9%. Die Beschwerdeführerin stellte sich indessen auf den Standpunkt, *beim Vergleich müssten auch die Berechnungsgrundlagen der Mietzinse berücksichtigt werden*. Nach ihren Berechnungen hätte der Mietzins des Vormieters unter Berücksichtigung der Entwicklung des Hypothekarzinses, des Landesindex der Konsumentenpreise und der Kosten (hypothetisch) um 8% reduziert werden müssen. Die zu berücksichtigende Mietzinserhöhung belaufe sich somit auf 14,9% und nicht auf 6,9% (BGE 136 III 82 E. 3 S. 87). Das Bundesgericht erteilte diesem Standpunkt eine klare Absage. Die herrschende (aber nicht einhellige) Lehrmeinung gehe davon aus, dass beim Mietzinsvergleich lediglich der Gesamtbetrag des Mietzinses massgebend sei und es nicht auf die einzelnen Kriterien seiner Berechnung ankomme (vgl. BGE 136 III 82 E. 3.2 S. 87, m. Nw.). Auch eine wörtliche Auslegung des besagten Tatbestandes ergebe keine Hinweise darauf, dass beim Vergleich zwischen dem alten und dem neuen Mietzins die Berechnungsgrundlagen massgebend seien. Die genaue Berechnungsgrundlage sei denn auch an anderen Stellen des Mietrechts, so zum Beispiel in Art. 256a Abs. 2 OR bei der Information über den früheren Mietzins oder beim amtlichen Formular nach Art. 270 Abs. 2 OR, nicht massgebend. Ferner sei zu bedenken, dass die materielle Prüfung der Mietzinserhöhung erst anschliessend (nach Massgabe von Art. 269 und 269a OR) erfolge. Eine Berücksichtigung der spezifischen Berechnungsgrundlagen im Rahmen von Art. 270 OR sei daher nicht angezeigt. Dasselbe Resultat ergebe sich auch, wenn man den Zweck der gesetzlichen Regelung in Betracht ziehe. Zweck der Anfechtung des Anfangsmietzinses sei nicht, zu überprüfen, ob eine allfällige Erhö-

hung des Mietzinses im Vergleich zum früheren Mietzins missbräuchlich sei, sondern ob der Mietzins an sich («en tant que tel») überhöht sei. Art. 270 Abs. 1 lit. b OR versuche die bei vielen Vermietern feststellbare Praxis zu beschränken, bei einem Mieterwechsel von einer massiven Mietzinserhöhung zu profitieren; den Wohnungsmarkt regulieren wolle diese Bestimmung aber nicht (BGE 136 III 82 E. 3.3 S. 88 f., m. Nw.).

Die Erhöhung des Mietzinses um 6,9%, wie sie hier infrage stand, erachtete das Bundesgericht nicht als erheblich im Sinne von Art. 270 Abs. 1 lit. b OR. Dieser Prozentsatz liege unter 10% und damit unter der Grenze, bei deren Überschreiten von einer erheblichen Erhöhung ausgegangen werden könne (BGE 136 III 82 E. 3.4 S. 89, mit Verweis auf das Urteil 4C.169/2002 vom 16. Oktober 2002, E. 3.1, dort wiederum mit Verweisen auf die Lehre).

Dieser Entscheid ist in verschiedener Hinsicht von Interesse:

a) Das Bundesgericht spricht sich deutlich für die 10%-Grenze aus. Im Urteil 4C.169/2002 vom 16. Oktober 2002 (= Pra 2003 Nr. 124 S. 661) hatte das Bundesgericht diesen Grenzwert, der in der Literatur postuliert wird (vgl. dazu etwa die Nachweise bei CPRA BAIL-DIETSCHY, Art. 270 N 42), nur nebenbei erwähnt, stand damals doch eine Mietzinserhöhung von 89,65% zur Diskussion, die weit von dieser Grenze entfernt und offensichtlich erheblich war. Im Urteil 4A_576/2008 vom 19. Februar 2009, E. 2.3., hat das Bundesgericht zwar ausdrücklich die Geltung dieser Grenze betont, aber dieses Urteil ist nicht amtlich publiziert. Mit dem hier diskutierten amtlich veröffentlichten Entscheid wird damit auf jeden Fall ein praktisch wichtiger Aspekt von Art. 270 Abs. 1 lit. b OR geklärt (JOLLER, a. a. O., 34; MAAG, a. a. O., 138). Allerdings kann man sich fragen, ob die Fixierung einer solchen Grenze sachlich richtig ist. *Problematisch kann die 10%-Grenze jedenfalls bei mehrmaligem Mieterwechsel binnen kurzer Zeit sein.* Zudem bietet eine solche fixe Grenze Anreize für die Vermieter, den Mietzins systematisch bei jedem Mieterwechsel um einen Betrag zu erhöhen, der knapp unter dieser Grenze liegt (CPRA BAIL-DIETSCHY, Art. 270 N 42, m. Hw.). Je nach den Umständen des Einzelfalles wird man daher auch in Zukunft von dieser 10%-Grenze abweichen können (in diesem Sinne auch – ohne Berücksichtigung von BGE 136 III 82 – CPRA BAIL-DIETSCHY, Art. 270 N 42, sowie früher bereits TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2658, in: Pierre Tercier/Pascal G. Favre, Les contrats spéciaux, 4. Aufl., Genève/

Zürich/Bâle 2009). Dies ist umso eher vertretbar, als die erhebliche Erhöhung des Mietzinses nur Klagevoraussetzung ist und noch nicht bedeutet, dass der neue Mietzins missbräuchlich ist (SVIT-KOMMENTAR, Art. 270 N 15).

b) In der Lehre wird zum Teil die Auffassung vertreten, von einer Wohnungsnot im Sinne von Art. 270 Abs. 1 lit. a OR könne ohne Weiteres ausgegangen werden, wenn ein Kanton gemäss Art. 270 Abs. 2 OR beim Abschluss eines neuen Mietvertrages die Verwendung eines Formulars vorschreibt (vgl. anstelle vieler LACHAT/DÖRFLINGER, Kap. 17, N 2.2.4; neuerdings – nach BGE 136 III 82 [sic!] – auch CPRA BAIL-DIETSCHY, Art. 270 N 33). Das Bundesgericht selber hat sich im Urteil 4C.367/2001 vom 12. März 2002 der Tendenz nach in diesem Sinne geäußert. Ob dieser Entscheid später mit Urteil 4C.169/2002 vom 16. Oktober 2002 relativiert worden ist (so MAAG, a. a. O., 137, m. Hw.), kann hier offenbleiben. Denn im vorliegenden Fall hat das Bundesgericht trotz der im Kanton Freiburg bestehenden Formularpflicht gemäss Art. 270 Abs. 2 OR eine Wohnungsnot im Sinne von Art. 270 Abs. 1 lit. a OR als nicht erwiesen erachtet. *Aus einem allfälligen Formularzwang allein kann somit noch nicht auf eine (hinreichende) Wohnungsnot geschlossen werden* (JOLLER, a. a. O., 34).

c) Weiterhin nicht geklärt ist mit diesem Urteil aber die Frage, ob es bei der zweiten Tatbestandsvariante von Art. 270 Abs. 1 lit. a OR genügt, wenn der Mieter bloss den Wohnungsmangel auf dem örtlichen Markt nachweist, nicht aber den Zwang zum Vertragsschluss. In der Literatur wird zum Teil die Auffassung vertreten, *wenn ein Wohnungsmangel vorliege, werde der Zwang zum Vertragsschluss vermutet* (LACHAT, a. a. O., 43, m. Hw. auch auf abweichende Auffassungen in der Literatur; ansatzweise wohl auch CPRA BAIL-DIETSCHY, Art. 270 N 36). Die Problematik der Kontroverse lässt sich entschärfen, wenn man den Standpunkt vertritt, *der Mieter müsse auch bei der zweiten Tatbestandsvariante von Art. 270 Abs. 1 lit. a OR darlegen, dass er gute Gründe für einen Umzug hatte* (so BSK OR I-WEBER, Art. 270 N 4; ähnlich auch JOLLER, a. a. O., 34 f., und CPRA BAIL-DIETSCHY, Art. 270 N 35; a. M. wohl LACHAT, a. a. O., 42 f.). Eine Bemerkung des Bundesgerichts im vorliegenden Fall geht in diese Richtung (BGE 136 III 82 E. 2 S. 84 f.; dazu auch HEDIGER, SJZ 2011, 316). Das würde verhindern, dass ein Mieter den Anfangsmietzins anfechten kann, wenn er das vorherige Mietverhältnis sel-

ber ohne äusseren Sachzwang gekündigt hat (dazu SVIT-KOMMENTAR, Art. 270 N 14).

d) Das Bundesgericht hat erneut festgehalten, dass Statistiken grundsätzlich zum Beweis der Wohnungsnot herangezogen werden können (MAAG, a. a. O., 137, wohl mit kritischem Unterton; ablehnend gegenüber Statistiken zum Beweis der Wohnungsnot SVIT-KOMMENTAR, Art. 270 N 13 in fine). Dass es jedoch den Beweis mit veralteten bzw. nicht hinreichend differenzierten Statistiken nicht genügen lässt, ist sachgerecht. Statistiken, welche die Realität nicht hinreichend abbilden, sind keine rechtsgenügenden Beweismittel. Dass dies für die Freiburger Statistiken zutrifft, sei – so jedenfalls JOLLER, a. a. O., 34 – ein offenes Geheimnis («un secret polichinelle!»). Fehlen hinreichende Statistiken, so hat der Mieter den Beweis über die Wohnungsnot individuell (anhand seiner Suchbemühungen) zu erbringen (dazu einlässlich CPRA BAIL-DIETSCHY, Art. 270 N 34, m. Hw.; SVIT-KOMMENTAR, Art. 270 N 13).

e) Heikel zu beurteilen ist schliesslich, ob es sachgerecht ist, bei der Beurteilung der erheblichen Erhöhung des Mietzinses gemäss Art. 270 Abs. 1 lit. b OR nur auf die effektiven Beträge abzustellen und die Berechnungsgrundlagen nicht zu berücksichtigen (sehr kritisch dazu CPRA BAIL-DIETSCHY, Art. 270 N 46; zustimmend dagegen MAAG, a. a. O., 138, und wohl auch JOLLER, a. a. O., 34; siehe auch die einlässliche Begründung des gegenteiligen Standpunkts bei SEBASTIEN FETTER, La contestation du loyer initial, Diss. Bern 2005, N 413 ff.). Die Auffassung des Bundesgerichts hat einen Vorteil: Es lässt sich in der Regel einfach feststellen, ob die Klagevoraussetzung von Art. 270 Abs. 1 lit. b OR erfüllt ist; komplizierte Umrechnungen der beiden zu vergleichenden Mietzinse sind nicht erforderlich. Problematisch ist demgegenüber vor allem, dass so der Vergleich auf einem missbräuchlichen früheren Mietzins beruhen kann (z. B. wenn dieser bei sinkenden Hypothekarzinsen nicht herabgesetzt wurde). Der vom neuen Mieter zu zahlende Mietzins kann daher nach der absoluten Methode ermittelt missbräuchlich sein (zur Anwendung der absoluten Methode im Rahmen von Art. 270 OR siehe etwa SVIT-KOMMENTAR, Art. 270 N 26, m. Nw.; LACHAT/BRUTSCHIN, Kap. 21, N 5.2.1 ff.), ohne dass ihn der Mieter anfechten kann.

VI. Anfechtung einer Mietzinserhöhung bei gemeinsamer Miete (Art. 270b OR; Art. 166 ZGB)

BGE 136 III 431 (4A_104/2010) = Pra 2011 Nr. 18 S. 122 ff. = SJ 2011 I 29 ff. = MRA 2011, 48 ff. = mp 2010, 293 ff. = DdB 2010, 43

Seit dem 1. Oktober 2000 waren die Eheleute X gemeinsame Mieter einer Wohnung. Im Anschluss an grössere Renovationsarbeiten kündigte die Vermieterin auf den 1. April 2007 eine Erhöhung des monatlichen Mietzinses von bisher Fr. 927.– auf neu Fr. 1296.– an. *Ehemann X* focht diese Mietzinserhöhung bei der Schlichtungsbehörde an und verlangte gleichzeitig eine Mietzinssenkung wegen erlittener Unannehmlichkeiten. Nachdem keine Einigung zustande gekommen war, gelangten *beide Ehegatten* an das Mietgericht des Kantons Waadt und beantragten unter anderem, die Mietzinserhöhung sei als missbräuchlich zu erklären. Das Mietgericht wies dieses Begehren ab und stellte die Gültigkeit der Mietzinserhöhung fest. Ein Rekurs der beiden Ehegatten an die Berufungsinstanz blieb erfolglos. In ihrem Urteil vom 18. November 2009 führte die zweite Instanz aus, *die Ehegatten X seien als gemeinsame Mieter notwendige Streitgenossen und hätten daher die Mietzinserhöhung bereits vor der Schlichtungsbehörde gemeinsam anfechten müssen. Da der Ehemann allein an die Schlichtungsbehörde gelangt sei, sei die Mietzinserhöhung mangels rechtzeitiger Anfechtung durch beide Mitmieter rechtskräftig geworden.* Die Beschwerde der Eheleute X an das Bundesgericht blieb erfolglos (vgl. zu diesem Urteil einlässlich LAURENT BIERI/PHILIPPE MEIER, La contestation d'une hausse de loyer par des époux colocataires – Commentaire de l'ATF 136 III 431, in: Jusletter vom 20. Dezember 2010, sowie MARCO GIAVARINI, MRA 2011, 48 ff.; summarisch demgegenüber PATRICIA DIETSCHY, DdB 2010, 43; THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/11, 53 ff., spez. 63).

Die Beschwerdeführer warfen der Vorinstanz eine Verletzung von Art. 270b und Art. 274 ff. OR vor und machten geltend, der Ehemann habe wirksam allein die Schlichtungsbehörde anrufen können, auch wenn die Eheleute Mitmieter seien. *Das Bundesgericht teilte diese Auffassung nicht und kam wie die Vorinstanz zum Schluss, dass Mitmieter notwendige (aktive) Streitgenossen seien, die eine Mietzins-*

erhöhung gemeinsam anfechten müssen, und zwar unabhängig davon, ob es sich um ein Ehepaar, eingetragene Partnerinnen oder Partner oder «gewöhnliche» Mitmieter handle (BGE 136 III 431 E. 3.3 in fine S. 435).

In seiner bisherigen Rechtsprechung hatte das Bundesgericht diese Frage noch nicht entschieden. Der von den Beschwerdeführern angerufene BGE 118 II 168 war nach Auffassung des Bundesgerichts nicht einschlägig. In diesem Urteil war entschieden worden, dass ein Ehegatte allein die Kündigung der Wohnung anfechten kann, wenn die Ehegatten Mitmieter sind. Das müsse – so das Bundesgericht seinerzeit – schon deshalb möglich sein, weil gemäss Art. 273a Abs. 1 OR die Anfechtung durch einen Ehegatten allein erfolgen könne, wenn sie nicht Mitmieter seien (BGE 118 II 168 E. 2b S. 169 f.). Aus diesem Urteil könne aber – so das Bundesgericht jetzt – nicht abgeleitet werden, dass ein Ehegatte allein eine Mietzinserhöhung anfechten könne, wenn er Mitmieter sei (BGE 136 III 431 E. 3.1 S. 433).

In der Literatur war die Frage, ob Mitmieter eine Mietzinserhöhung gemeinsam anfechten müssen oder nicht, umstritten. Die gemäss Bundesgericht herrschende Lehre bejahte diese Frage (vgl. BGE 136 III 431 E. 3.2 S. 434 mit den dortigen Verweisen auf beide Standpunkte).

Im Anschluss an seine Analyse von Rechtsprechung und Lehre führte das Bundesgericht aus, eine notwendige Streitgenossenschaft bestehe, wenn mehrere Personen gemeinsam derart Inhaber eines Rechts seien, dass jeder das Recht nicht allein gerichtlich geltend machen könne. Wann die Streitgenossenschaft notwendig sei, bestimme das materielle Recht. Für an ein und demselben Mietvertrag beteiligte Mieter sei der Mietzins, für den sie solidarisch haften würden, identisch. Die Mitmieter könnten nicht Solidarschuldner für verschiedenen hohe Beträge sein. Zudem gelte eine Mietzinserhöhung nach Art. 270b Abs. 1 OR als akzeptiert, wenn sie nicht fristgerecht angefochten werde. Daher sei es ausgeschlossen, dass ein Mitmieter allein die Mietzinserhöhung bei der Schlichtungsbehörde anfechte, während der andere durch passives Verhalten die Erhöhung akzeptiere. Eine sinngemässe Anwendung von Art. 273a OR, wonach ein Ehegatte, der nicht Mieter ist, die Kündigung des Mietvertrages alleine anzufechten berechtigt ist, sei bei der Anfechtung der Mietzinserhöhung nicht möglich. Diese Regelung bezwecke klar (nur) den Schutz des Ehegat-

ten eines Mieters, wenn die eheliche Wohnung aufgrund einer Kündigung gefährdet sei (vgl. BGE 136 III 431 E. 3.3 S. 434 f.).

Damit ist nun eine ganz zentrale, bisher umstrittene Frage im Mietrecht höchstrichterlich geklärt (DIETSCHY, a. a. O., 43). Gleichzeitig mag so das Bundesgericht mit einer «offenbar verbreiteten Meinung» aufgeräumt haben (GABATHULER/SPIRIG, a. a. O., 63). Zu befriedigen vermag der Entscheid allerdings nicht (a. M. DIETSCHY, a. a. O., 43, und wohl auch GIAVARINI, a. a. O., 53 ff.):

a) Erstaunlich ist zunächst schon einmal, wie das Bundesgericht mit BGE 118 II 168 umgeht. Zwar ging es in diesem Fall in der Tat nicht um die Anfechtung einer Mietzinserhöhung, sondern um die Anfechtung einer Kündigung. Aber das Bundesgericht führte seinerzeit wörtlich aus: «En l'occurrence, les époux L. sont colocataires solidaires. Si tous les deux disposent d'un droit sur la chose louée, cela ne signifie pas pour autant qu'il ne puisse être exercé que conjointement. La solidarité implique précisément que chacun puisse faire valoir les droits découlant du contrat.» (BGE 118 II 168 E. 2b S. 170, wiederholt in 136 III 431 E. 3.1 S. 433). Diese – wie das Bundesgericht nun sagt, «allgemein gehaltenen» – Grundsätze hätten durchaus auf die Anfechtung einer Mietzinserhöhung übertragen werden können. Aus dem Umstand, dass jeder Mieter solidarisch für den Mietzins haftet, liesse sich im Grund leicht herleiten, dass sich auch jeder allein gegen eine Erhöhung der Schuldpflicht wehren können. Der Entscheid des Bundesgerichts hat zur Folge, dass ein Mitmieter durch passives Verhalten die (externe) Schuldpflicht des andern erhöhen kann. Dies widerspricht letztlich dem in Art. 146 OR ausgedrückten Prinzip, wonach ein Solidarschuldner durch seine persönlichen Handlungen die Lage der andern nicht erschweren kann. Nachträgliche Vereinbarungen zwischen einem Gläubiger und einem Solidarschuldner über die Erweiterung der Haftung können daher – wie SCHWENZER zutreffend ausführt – nicht zulasten der andern Solidarschuldner wirken (INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009, Rz. 88.21). *Das Unterlassen der Anfechtung einer Mietzinserhöhung durch einen Mitmieter wirkt nun aber faktisch wie eine solche (verpönte) Vereinbarung zulasten des bzw. der andern Mitmieter.*

b) Noch wichtiger ist aber ein anderer Aspekt. Das schweizerische Wohn- und Geschäftsraummietrecht ist mit seinen Bestimmungen über missbräuchliche Mietzinsen und die Anfechtung von Kün-

digungen ganz wesentlich vom *Gedanken des Mieterschutzes* geprägt. Dieser Grundgedanke wird aber unterlaufen, wenn im Falle der Mitmieterschaft nicht jeder einzelne Mieter das Recht hat, allein – notfalls gar gegen den Willen der andern Mitmieter – von seinen Rechten Gebrauch zu machen (gl. M. BSK OR I-WEBER, Vor Art. 253–274g N 2 und Art. 270b N 1; in diesem Sinne bereits auch THOMAS KOLLER, ZBJV 2005, 309 ff., spez. 321, dort besonders zur Anfechtung einer Kündigung). Daher wäre es auch sachgerecht gewesen, wenn das Bundesgericht grundsätzlich jedem Mitmieter das Recht zur alleinigen Anfechtung einer Mietzinserhöhung eingeräumt hätte.

c) Ganz besonders zentral wäre eine solche alleinige Anfechtungsmöglichkeit im Falle einer Familienwohnung, deren Schutz der Gesetzgeber einen hohen Stellenwert einräumt. Eine Mietzinserhöhung kann, wenn sie substantiell ausfällt, die Familienwohnung ähnlich bedrohen wie eine Kündigung. Zugegeben: Der Gesetzestext gesteht dem Nichtmieterhegatten nur zu, sich gegen die Kündigung der Familienwohnung zu wehren oder eine Mieterstreckung zu verlangen (Art. 273a OR). Daraus wurde in der Lehre zum Teil abgeleitet, ein Nichtmieterhegatte könne sich nicht gegen eine Erhöhung des Mietzinses für die Familienwohnung zur Wehr setzen (SVIT-KOMMENTAR, Art. 270b N 7). Ob das sachgerecht ist, lässt sich bezweifeln. Ein kohärentes Schutzsystem sollte eigentlich dem Nichtmieterhegatten und dem Mitmieterhegatten das Recht zugestehen, bei einer Familienwohnung notfalls allein eine Mietzinserhöhung anzufechten. Gerade in Ehekrisen – wenn also dem Schutz der Familienwohnung ganz besondere Bedeutung zukommt (vgl. dazu etwa Art. 169 ZGB) – könnte sonst ein Ehegatte bewirken, dass dem andern faktisch – auf dem Weg über eine substantielle Mietzinserhöhung – die Wohnung genommen wird, auf die er angewiesen ist (in gleichem Sinne BIERI/MEIER, a. a. O., Rz. 18 ff., die aber immerhin das hier besprochene Urteil für vertretbar halten). Den Gedanken der sinngemässen Anwendung von Art. 273a Abs. 1 OR auf die Anfechtung von Mietzinserhöhungen hat das Bundesgericht in casu leider ausdrücklich verworfen, ohne sich allerdings mit allen Facetten des Problems zu befassen.

In der Literatur wurden aus dieser Entscheidung für andere Konstellationen Folgerungen gezogen. So soll nunmehr klar sein, dass die Anfechtung einer Kündigung (ausser bei einer Familienwohnung) durch alle Mitmieter gemeinsam erfolgen müsse (DIETSCHY, a. a. O.,

43; GIAVARINI, a. a. O., 55), ebenso auch die Anfechtung des Anfangsmietzinses und das Einreichen eines Mietzinsherabsetzungsbegehrens (GIAVARINI, a. a. O., 55 ff.). Die Zukunft wird weisen müssen, inwieweit dies zutrifft.

Einen prozessual interessanten Punkt musste das Bundesgericht in casu nicht erörtern (weil der Ehemann die Ehefrau nicht miteingeklagt hatte). WEBER vertritt den Standpunkt, dass dort, wo ein Recht nur für das ganze Mietverhältnis einheitlich ausgeübt werden könne, jedem Mieter in Abweichung von den allgemeinen Regeln zu gestatten sei, *die abseits stehenden Mitmieter als Beklagte in den Prozess einzubeziehen, sofern sich diese dem Prozessergebnis nicht vorbehaltlos unterziehen* (BSK OR I-WEBER, Vor Art. 253–274g N 2, m. Hw.). Das ist ein interessanter Vorschlag (ähnlich bereits TH. KOLLER, a. a. O., 321), der allerdings von der herrschenden Lehre abgelehnt wird (so jetzt auch von GIAVARINI, a. a. O., 56 f.). Der hier besprochene Entscheid schliesst diese Lösung an sich nicht aus. Ob das Bundesgericht ihr folgen würde, ist indessen schwer zu prognostizieren. Den Besonderheiten des sozialen Mietrechts würde dieser Vorschlag in den Fällen bestens Rechnung tragen, in denen sich die Mitmieter nicht einig sind oder sich ein Mitmieter (z. B. aus Nachlässigkeit) passiv verhält. Die von der herrschenden Lehre vertretene Auffassung bürdet das Risiko der Uneinigkeit den Mietern auf (zustimmend zu diesem Ergebnis GIAVARINI, a. a. O., 57 f.) und verstärkt damit faktisch die Rechtsstellung des Vermieters, ohne dass dafür ein sachlicher Grund ersichtlich wäre.

Im Weiteren beriefen sich die Beschwerdeführer in casu auf Art. 166 ZGB und machten geltend, der Ehemann habe seine Frau gestützt auf diese Bestimmung vor der Schlichtungsbehörde vertreten können. Dagegen wandte das Bundesgericht ein, dass Art. 166 ZGB bei der Vertretung eines Ehegatten in einem Gerichtsverfahren (wie es auch das Verfahren vor der Schlichtungsbehörde darstelle) nicht anwendbar sei, sondern dass die Frage der Vertretung durch das Verfahrensrecht geregelt werde. Ferner könne die Einleitung eines Gerichtsverfahrens auch nicht als Vertretung für «die laufenden Bedürfnisse der Familie» im Sinne von Art. 166 Abs. 1 ZGB verstanden werden. Die weiteren Voraussetzungen (im Sinne der «übrigen Bedürfnisse» nach Art. 166 Abs. 2 ZGB) für eine Vertretung, wie Ermächtigung oder Dringlichkeit, wären ebenfalls nicht erfüllt. Zudem habe der Ehemann nur in eigenem Namen gehandelt, sodass eine

nachträgliche Ermächtigung zur Stellvertretung durch die Ehefrau ausgeschlossen sei (vgl. BGE 136 III 431 E. 4.2 S. 436 f.).

Sachgerecht ist diese Begründung nicht. Der Abschluss eines Mietvertrages über die eheliche Wohnung wird zwar nicht zu den «laufenden Bedürfnissen der Familie» im Sinne von Art. 166 Abs. 1 ZGB gerechnet (BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, Art. 166 N 13; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166 N 54). Man wird indessen – wie BIERI/MEIER zutreffend ausführen (a. a. O., Rz. 33) – kaum eine Ausgabe finden, die dem Begriff der laufenden Bedürfnisse der Familie so gut entspricht wie die Mietzinszahlungen für die eheliche Wohnung. Eine Mietzinserhöhung – zumal wenn sie wie hier rund 40% ausmacht – beschlägt die familiären Verhältnisse unmittelbar und substantiell. Es ist daher im Grunde nicht ersichtlich, warum sich ein Ehegatte gegen eine Mietzinserhöhung zumindest vor der Schlichtungsbehörde, wo keine nennenswerten Kostenrisiken bestehen (vgl. bis Ende 2010 Art. 274d Abs. 2 aOR sowie ab 1. Januar 2011 Art. 113 Abs. 1 und Abs. 2 lit. c ZPO), nicht allein sollte zur Wehr setzen können (dazu einlässlich BIERI/MEIER, a. a. O., Rz. 25 ff.). Dann wäre es auch nicht schädlich gewesen, dass der Ehemann bei der Mietzinsanfechtung in casu nicht auf das Vertretungsverhältnis hingewiesen hatte, wie ihm das Bundesgericht vorhielt. Denn im Rahmen von Art. 166 Abs. 1 ZGB wird explizites Handeln für die eheliche Gemeinschaft nicht vorausgesetzt (BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, Art. 166 N 2; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166 N 87, m. Nw.).

VII. Kündigungsschutz; Zulässigkeit einer Nutzungsänderungskündigung (Art. 271 Abs. 1 OR)

BGE 136 III 190 (4A_557/2009) = Pra 2010 Nr. 112 S. 764 ff. = MRA 2010, 191 ff. = mp 2010, 130 ff. = DdB 2010, 45 f.

Seit dem Jahr 1912 befindet sich in Genf ein Restaurant im Erdgeschoss eines Gebäudes, das zwischen der Rue du Rhône und dem Quai Général-Guisan gelegen ist. Die Aktiengesellschaft «Le Relais de l'Entrecôte SA» mietete 1982 diese Restauranträumlichkeiten. Im Jahr 1991 wurde der Mietvertrag erneuert.

Am 4. Mai 2006 löste die Vermieterin das Mietverhältnis auf den 30. April 2007 auf. Zur Begründung machte sie geltend, künftig auf einen Restaurationsbetrieb im Gebäude verzichten zu wollen. Die Mieterin erachtete diese Kündigung als missbräuchlich; sie verlangte daher auf dem Rechtsweg eine Aufhebung der Kündigung und subsidiär eine Erstreckung des Mietverhältnisses. Das kantonale Mietgericht qualifizierte die Kündigung als gültig und gewährte eine Erstreckung für die Dauer von sechs Jahren, d. h. bis zum 30. April 2013. Die Berufungsinstanz hingegen hob mit Entscheid vom 5. Oktober 2009 die ausgesprochene Kündigung auf, da sie das Verhalten der Vermieterin als widersprüchlich und dem Grundsatz von Treu und Glauben widersprechend beurteilte. Die Art der Nutzung sei seit Anbeginn dieselbe gewesen, und allfällige negative Nebenerscheinungen des Restaurationsbetriebes habe die Vermieterin daher bestens gekannt, als sie 1982 (und insbesondere 1991 erneut) den Vertrag mit der Mieterin abgeschlossen habe. Vor Bundesgericht verlangte die Vermieterin die Feststellung der Rechtmässigkeit der Kündigung und die Aufhebung der Mieterstreckung. Subsidiär sei das Mietverhältnis einmalig auf zwei Jahre zu erstrecken. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut, stellte die Gültigkeit der Kündigung fest und gewährte eine Mieterstreckung von sechs Jahren (vgl. zu diesem Urteil auch ANDREAS MAAG, MRA 2010, 191 ff.; PHILIPPE CONOD, DdB 2010, 45 f.; THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/10, 39 ff., spez. 46; BRUNO HEDIGER, SJZ 2011, 310 ff., spez. 313 f.).

Gemäss Bundesgericht ist eine Kündigung insbesondere treuwidrig im Sinne von Art. 271 Abs. 1 OR, wenn sie keinem objektiven, ernsthaften und schutzwürdigen Interesse entspricht, wenn der Kündigungsgrund ein blosser Vorwand ist, wenn ein klares Missverhältnis der Interessen der Beteiligten vorliegt, wenn der Vermieter sein Kündigungsrecht unnötig hart ausübt oder wenn er eine widersprüchliche Haltung einnimmt. Die Haltung der kündigenden Partei müsse allerdings nicht einen «offenkundigen» Rechtsmissbrauch darstellen, wie ihn Art. 2 Abs. 2 ZGB verlange. *Eine Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen verstosse aber im Allgemeinen nicht gegen Treu und Glauben* (BGE 136 III 190 E. 2 S. 192, m. Hw. insbesondere auf die Rechtsprechung zur Ertragsoptimierungskündigung [vgl. zu diesem Kündigungsgrund auch oben Ziff. IV zu BGE 136 III 74, m. Hw.]).

Die Haltung eines Vermieters, der eine bisher vertraglich erlaubte Nutzungsart des Mietobjekts nicht mehr zulassen wolle, sei

objektiv zwar widersprüchlich («objectivement contradictoire»). Eine solche Meinungsänderung verstosse jedoch nicht ipso facto gegen den Grundsatz von Treu und Glauben. Das schweizerische Zivilrecht anerkenne «ewige Verträge» nicht. Art. 271 Abs. 1 OR könne daher nicht zur Folge haben, dass der Vermieter die Nutzungsart des Mietgegenstandes auf unbestimmte Zeit nicht ändern dürfe (BGE 136 III 190 E. 3 S. 193, m. Nw.). Zudem lasse Art. 271 Abs. 1 OR grundsätzlich («en principe») das Recht des Vermieters zur Kündigung des Vertrages bestehen, wenn er die Nutzungsart der ihm gehörenden Sache so ändern möchte, wie er es zur Optimierung seiner Interessen für richtig erachte (BGE 136 III 190 E. 3 S. 194). Im Weiteren sei zu beachten, dass der Vermieter in der Regel auch Eigentümer des Mietobjekts sei und als solcher *a priori* eine dauerhafte Bindung zur Sache habe («un lien a priori perpétuel avec ce bien»), während der Mieter nur in einer temporären Beziehung zur Sache stehe. Daher überwiege das Interesse des Vermieters an der Nutzung des Mietgegenstandes grundsätzlich das Interesse des Mieters. Nur unter besonderen Umständen habe dieses Interesse des Vermieters dem Interesse des Mieters zu weichen (BGE 136 III 190 E. 5 S. 195).

In der Folge kam das Bundesgericht aufgrund einer Abwägung der konkreten Umstände (15 Jahre Mietdauer seit Abschluss des letzten Vertrages; Veränderung des Quartiercharakters in diesen Jahren; Unannehmlichkeiten, resultierend etwa aus Küchengerüchen, über die sich andere Mieter beklagt hätten) zum Schluss, dass die Kündigung nicht gegen Treu und Glauben verstosse. Obwohl die Kündigung für die Mieterin unangenehme Konsequenzen habe, weil sie möglicherweise im Zentrum von Genf keine andern angemessenen Räumlichkeiten für ihr Restaurant finden werde, liege kein klares Missverhältnis der Interessen vor.

Der Tenor dieser Erwägungen ist bemerkenswert (ähnlich wohl auch CONOD, a. a. O., 46). Es mag sein, dass die Rechtmässigkeit dieser Kündigung kein Kopferbrechen verursacht hätte, wenn damit nicht ein Restaurant aus dem Altstadtbild von Genf verschwinden würde, das seit 1912 an dieser Lage betrieben wurde (so GABATHULER/SPIRIG, a. a. O., 46). Jedenfalls hat das Bundesgericht den Fall zum Anlass genommen, um eine öffentliche Sitzung durchzuführen (wie im Entscheid ausdrücklich steht) und in der schriftlichen Urteilsbegründung mit markanten Worten das Prinzip der Kündigungsfreiheit im schweizerischen Mietrecht zu betonen. Die tendenziell starke Ge-

wichtung der Eigentümerstellung in den Erwägungen ist für ein Bundesgerichtsurteil im Mietrecht eher ungewöhnlich. MAAG hat denn auch diesem Entscheid im Hinblick auf die verfassungsmässig garantierte Eigentumsgarantie vorbehaltlos zugestimmt (a. a. O., 195).

Vom Ergebnis her liegt dieses Urteil zur Nutzungsänderungskündigung allerdings im Trend der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Art. 271 Abs. 1 OR, die sich in den letzten Jahren etwa bei der Ertragsoptimierungskündigung (dazu oben Ziff. IV. zu BGE 136 III 74), bei der Renovationskündigung (BGE 135 III 112; dazu THOMAS KOLLER/NORBERT SENNHAUSER, ZBJV 2011, 294 ff., spez. 314 ff.) oder bei der Leerverkaufskündigung (Urteil 4C.425/2004 vom 9. März 2005; dazu THOMAS KOLLER, ZBJV 2006, 404 ff., spez. 416 f.) sehr vermietetfreundlich präsentierte. Die Generalklausel von Art. 271 Abs. 1 OR bietet dem Mieter so letztlich – anders als die Sondertatbestände gemäss Art. 271a Abs. 1 OR – keinen grossen Schutz gegen Kündigungen. Damit steht das Mietrecht in einem deutlichen Gegensatz zum Arbeitsrecht, wo sich in den letzten Jahren die Generalklausel von Art. 2 ZGB im Verhältnis zu den Spezialtatbeständen von Art. 336 OR zu einer immer wichtigeren und schärferen Waffe zum Schutz von Arbeitnehmern gegen missbräuchliche Kündigungen entwickelt hat (vgl. dazu etwa THOMAS KOLLER, ZBJV 2008, 318 ff., spez. 338 ff. [Besprechung von BGE 132 III 115]). Die Zukunft wird weisen müssen, ob der hier besprochene Entscheid den skizzierten Trend im Mietrecht bloss fortsetzt oder ob er mit seiner deutlichen Betonung der Eigentümerstellung des Vermieters einen Meilenstein in der Rechtsprechung des Bundesgerichts bildet und Ausstrahlungswirkung auf die Interessenabwägung in anders gelagerten mietrechtlichen Kündigungsfällen haben wird. Immerhin kann festgestellt werden, dass das Bundesgericht in zwei späteren Urteilen in Anwendung der Generalklausel von Art. 271 Abs. 1 OR Kündigungen als treuwidrig qualifiziert hat (Urteil 4A_300/2010 vom 2. September 2010 und Urteil 4A_297/2010 vom 6. Oktober 2010; dazu THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/11, 53 ff., spez. 59 f.). Auch wenn der jeweilige Sachverhalt in den beiden Fällen eher aussergewöhnlich war, kann man diese Entscheide vielleicht doch in gewissem Sinn als «Rückbesinnung» des Bundesgerichts – wenn nicht gar als «spürbare Änderung der Rechtsprechung» – bezeichnen (so jedenfalls GABATHULER/SPIRIG, a. a. O., 60).

So oder anders ist aber ein Punkt ganz klar: Die in der Literatur zum Teil vertretene Auffassung, im Ergebnis sei eine Kündigung nur noch wegen Eigenbedarfs, Zahlungsrückstands, schwerer Verletzungen der Pflichten des Mieters oder aus sonstigen wichtigen Gründen möglich (PERMANN, Art. 271/271a N 8; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010, 247), ist nicht zutreffend (so bereits auch CHK-P. HEINRICH, Art. 271–271a N 3).

Der konkrete Fall dürfte wohl richtig entschieden worden sein. Die Kündigungsschutzbestimmungen des schweizerischen Wohn- und Geschäftsraummietrechts zielen nicht grundsätzlich darauf ab, Nutzungsänderungen auf Dauer zu verhindern. Die Parallele, die das Bundesgericht zur Unzulässigkeit «ewiger Verträge» zieht, ist richtig: Im schuldrechtlichen Bereich sind überlange Bindungen, wie eine reichhaltige Rechtsprechung des Bundesgerichts eindrücklich belegt, in verschiedener Hinsicht (z. B. unter dem Gesichtspunkt des Persönlichkeitsschutzes gemäss Art. 27 ZGB) problematisch. Daher wäre es nicht angängig, einen Vermieter gestützt auf die Kündigungsschutzbestimmungen im Mietrecht daran zu hindern, die Nutzungsart seiner Sache nach Jahrzehnten zu ändern. Ein zeitlich unbeschränktes Recht des Mieters auf gleiche Nutzung kann es demgemäss nicht geben (gl. M. MAAG, a. a. O., 196, der zum konkreten Fall zutreffend ergänzt, das Mietrecht kenne keine «ehehaften Tavernenrechte»). Dass auf diese Weise gegebenenfalls auch «Traditionsbetriebe» schliessen müssen, die von der Öffentlichkeit sehr geschätzt werden (wie früher in Bern z. B. das berühmte «Café Rudolf» einer war), ist hinzunehmen. Die Rechtsordnung kann letztlich einmal gewählte Sachnutzungen nicht gleichsam auf ewig einfrieren.

Einen Freipass zur beliebigen Kündigung von Mietverträgen aus wirtschaftlichen Gründen darf man im hier besprochenen Urteil indessen nicht erblicken. *Im Einzelfall kann es immer noch Umstände geben, die im Rahmen einer Interessenabwägung eine Kündigung als treuwidrig erscheinen lassen* (dazu eindrücklich auch die beiden vorstehend erwähnten Entscheide des Bundesgerichts vom Herbst 2010). So könnte etwa – wie das Bundesgericht in casu zu Recht antönte – eine Kündigung missbräuchlich sein, wenn die geplante neue Nutzung aus bau- und zonenplanrechtlichen Gründen unzulässig ist (BGE 136 III 190 E. 4 S. 194, unter Verweis auf das Urteil 4P.274/2004 vom 24. März 2005) oder wenn der Vermieter seinem Sohn eine Wohnung im gleichen Haus vermietet und anschliessend dessen Klagen über

unangenehme Immissionen als Vorwand für eine Kündigung nimmt (Urteil 4A_583/2008 vom 23. März 2009; dazu auch CONOD, a. a. O., 46). Ob man darüber hinaus auch eine sachlich nicht begründete (willkürliche) Änderung der Vermietungspraxis als treuwidrig bezeichnen kann (so LACHAT/THANEI, Kap. 29, N 4.8), ist allerdings fraglich.

Im hier besprochenen Fall hatte das Bundesgericht schliesslich noch die Frage der Mieterstreckung zu prüfen. In Anbetracht der Tatsache, dass die Mieterin bisher kein Ersatzobjekt gefunden hatte und ihr die Aufgabe des Geschäftes drohte, gewährte es nach Art. 272 Abs. 1 und Art. 272b Abs. 1 OR eine Erstreckung von sechs Jahren. Dabei berücksichtigte es auch die Tatsache, dass die Vermieterin keinen dringenden Bedarf geltend gemacht hatte, die Räumlichkeiten neu zu nutzen (vgl. BGE 136 III 190 E. 6 S. 195 f.).

Dass das Bundesgericht die gesetzlich maximal mögliche Erstreckungsdauer gewährt hat, ist bemerkenswert, zumal die Mieterin offenbar gar nicht beabsichtigte, das Restaurant in einem anderen Quartier weiterzuführen, sondern vielmehr den Betrieb aufzugeben (vgl. BGE 136 III 190 E. 6 S. 195 f.). Entschliesst sich ein Mieter zur Betriebsschliessung und verzichtet er darauf, auch in einem anderen Quartier einen Ersatz zu suchen, so hätte durchaus auch weniger grosszügig entschieden werden können (vgl. zu dieser Problematik ebenso MAAG, a. a. O., 196 f.). Ein wesentlicher Grund, warum das Bundesgericht das Mietverhältnis um die maximale Dauer erstreckte, ist wohl darin zu erblicken, dass es nicht ohne Not in das Ermessen der ersten kantonalen Instanz eingreifen wollte (MAAG, a. a. O., 196).

VIII. Schlichtungsbehörde; Obliegenheiten der Parteien eines Schlichtungsverfahrens bei fehlender Einigung (Art. 274e Abs. 2 in fine, Art. 274f Abs. 1 in fine aOR; Art. 209 ZPO)

BGE 136 III 90 (4A_538/2009) = Pra 2010 Nr. 99 S. 686 ff. = mp 2010, 140 ff. = SJ 2010 I 239 f. = DdB 2010, 52 f.

Die Mieter einer Wohnung in Genf widersetzten sich einer von der Vermieterin mitgeteilten Mietzinshöhung (Art. 270b OR) und verlangten ihrerseits eine Herabsetzung des Mietzinses (Art. 270a OR).

Vor der Schlichtungsbehörde kam an der Verhandlung vom 2. Oktober 2008 keine Einigung zustande. Die Mieter gelangten daraufhin mit ihrem Herabsetzungsbegehren fristgerecht an das Mietgericht, zogen aber noch vor Ablauf der der Vermieterin für die Klageantwort angesetzten Frist ihre Klage wieder zurück. In der danach (dennoch) eingereichten Klageantwort beantragte die Vermieterin die Abweisung des Herabsetzungsbegehrens und die Bestätigung der von ihr mitgeteilten Mietzinserhöhung. Das Mietgericht befand, die Vermieterin habe auf die Mietzinserhöhung verzichtet, weil sie nicht binnen 30 Tagen nach Feststellung der Nichteinigung durch die Schlichtungsbehörde Klage eingereicht habe. Die Berufungskammer bestätigte diesen Entscheid.

Vor Bundesgericht machte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, es sei nicht ihre Pflicht gewesen, innert 30 Tagen nach der gescheiterten Einigung die Mietzinserhöhung beim kantonalen Gericht klageweise geltend zu machen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab. In den Fällen, in welchen die Schlichtungsbehörde entscheiden könne, genüge es, wenn eine Partei die Sache weiterziehe; die andere Partei habe dann die Möglichkeit, ihren Standpunkt in der Klageantwort einzubringen oder eine Widerklage zu erheben (BGE 136 III 90 E. 2.2 S. 92, unter Verweis auf BGE 135 III 253 [betreffend Kündigungsanfechtung und Mieterstreckung]; zu letzterem Urteil einlässlich THOMAS KOLLER/NORBERT SENNHAUSER, ZBJV 2011, 294 ff., spez. 324 ff.). Anders verhalte es sich, wenn die Schlichtungsbehörde – wie bei Streitigkeiten um die Erhöhung oder Herabsetzung des Mietzinses – nicht entscheidbefugt sei. Hier müsse jede Partei selber entscheiden, ob sie binnen Frist prozedieren oder verzichten wolle. Für den Vermieter sei dies umso mehr zumutbar, als er auf den nächsten Kündigungstermin hin wiederum eine Mietzinserhöhung gestützt auf die gleiche Begründung anzeigen könne (BGE 136 III 90 E. 2.2 S. 92 f.). Im Weiteren hielt das Bundesgericht fest, dass bei einer Mietzinserhöhung im Falle einer Nichteinigung vor der Schlichtungsbehörde gestützt auf Art. 274f Abs. 1 aOR der Vermieter weiterzugsbelastet sei, nicht der Mieter (BGE 136 III 90 E. 2.1 S. 91 f.; siehe zu diesem Entscheid auch THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/10, 39 ff., spez. 48).

Was den letztgenannten Punkt betrifft, ist der Bundesgerichtsentscheid nur noch von historischem Interesse. *Art. 209 Abs. 1 lit. a ZPO weist die Weiterzugslast bei der Anfechtung einer Miet- oder*

Pachtzinserhöhung nach gescheiterter Schlichtung ausdrücklich dem Vermieter zu. Dass unter altem Recht dasselbe galt, liess sich zwar dem Text des bis Ende 2010 geltenden Art. 274f Abs. 1 aOR nicht ganz eindeutig entnehmen, wohl aber der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. dazu nur etwa BGE 124 III 245) und auch der diesbezüglich soweit ersichtlich einhelligen Literatur (vgl. etwa SVIT-KOMMENTAR, Art. 274e N 4 und Art. 274f N 7; LACHAT/PÜNTENER, Kap. 5, N 3.2.1; LACHAT/DÖRFLINGER, Kap. 17, N 3.3.7; CR CO I-LACHAT, Art. 274f N 3; ZK-HIGL, Art. 274f N 49; CHK-P. HEINRICH, Art. 274f N 5). Dass die – vor Bundesgericht immerhin anwaltlich vertretene – Vermieter-AG diese Weiterziehungslast nicht beachtet hat, ist bemerkenswert.

Auch unter der Herrschaft der Schweizerischen ZPO immer noch interessant ist demgegenüber ein anderer Aspekt des hier diskutierten Entscheids: Im vorliegenden Fall hatte die Vermieterin in der Klageantwort unter anderem die Bestätigung der von ihr mitgeteilten Mietzinserhöhung beantragt. Dieses Begehren kann man als *Widerklage* interpretieren (so auch das Bundesgericht in der nicht amtlichen publizierten E. 3 des hier besprochenen Urteils). Auf diese Widerklage war nach genferischem Prozessrecht nicht einzutreten, weil sie nach dem Rückzug der Klage eingereicht worden war (nicht amtlich publizierte E. 3 des Urteils). Wie aber würde es sich *mietrechtlich* verhalten, wenn die Vermieterin die Widerklage vor dem Klagerückzug eingereicht hätte?

Diese Frage bleibt unter der nunmehr geltenden Schweizerischen ZPO aktuell, weil die prozessual rechtzeitig – also spätestens mit der Klageantwort (Art. 224 Abs. 1 ZPO) – erhobene Widerklage bei einem Rückzug der Hauptklage nicht dahinfällt (BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, Art. 224 N 1; ERIC PAHUD, Art. 224 N 28, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, hrsg. von Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander, Zürich/St. Gallen 2011; SVIT-KOMMENTAR, Art. 274f N 3c, bereits mit Bezug zur neuen ZPO; dazu auch schon KOLLER/SENNHAUSER, a. a. O., 326). Kann der Vermieter auf die fristgerechte Prosequierung seines Mietzinserhöhungsbegehrens im Sinne von Art. 209 Abs. 1 lit. a und Abs. 4 ZPO verzichten, sein Begehren aber widerklageweise geltend machen, wenn der Mieter Klage auf Mietzinserhöhung einreicht? Eine Antwort auf diese Frage lässt sich dem besprochenen Entscheid nicht mit Sicherheit entnehmen. *Der Tendenz nach wird man wohl aus dem Urteil ableiten*

müssen, dass eine nach Ablauf der Frist von Art. 209 Abs. 4 ZPO eingereichte Widerklage des Vermieters nicht genügen wird (so auch MICHEL DUCROT, DdB 2010, 52 f., spez. 53: «Il ne peut pas, dans une demande reconventionnelle formée après l'écoulement de ce délai, articuler des conclusions tendant à la validation de la hausse»; ebenso GABATHULER/SPIRIG, a. a. O., 48; zurückhaltender CPRA BAIL-BOHNET/SANDOZ, Art. 274f N 6, denen zufolge das Bundesgericht diese Frage offengelassen habe). Dem Vermieter ist daher vorsichtshalber zu raten, sein Mietzinserhöhungsbegehren rechtzeitig mit einer Hauptklage geltend zu machen, wenn er nicht Gefahr laufen will, den Mietzins erst auf den nächsten Kündigungstermin hin mit einem erneuten Begehren erhöhen zu können (ähnlich auch CPRA BAIL-BOHNET/SANDOZ, Art. 274f N 6).

Fraglich ist schliesslich, wie es sich in umgekehrter Richtung verhält: Ist der Mieter für die Durchsetzung seines Herabsetzungsbegehrens auf eine fristgerechte Hauptklage verwiesen, oder steht ihm später allenfalls noch die Möglichkeit offen, seinen Anspruch widerklageweise geltend zu machen? In der Literatur ist diese Frage umstritten (für die Möglichkeit der Widerklage etwa FRANÇOIS BOHNET, Das mietrechtliche Schlichtungsverfahren im schweizerischen Zivilprozessrecht, SZPZ 2010, 419 ff., spez. 437; BSK OR I-WEBER, Art. 270a N 6a; LCHAT/DÖRFLINGER, Kap. 17, N 4.3.10; CHK-P. HEINRICH, Art. 270a N 11; a. M. demgegenüber SVIT-KOMMENTAR, Art. 270a N 41, und ZK-HIGI, Art. 270a N 19). Dem hier besprochenen Urteil lässt sich zu dieser Frage nichts mit Sicherheit entnehmen. Zwar äusserte sich das Bundesgericht recht apodiktisch: «... l'alternative pour chaque partie (sic!) est simplement de procéder dans le délai ou de renoncer» (BGE 136 III 90 E. 2.2. S. 93; daher wohl auch die Aussage von GABATHULER/SPIRIG, a. a. O., 48: «Wer diese Frist versäumt, kann sein Begehren beim Gericht nicht mehr weiterverfolgen, auch nicht widerklageweise.»). Zu beurteilen hatte das Bundesgericht das Problem aus Mietersicht aber nicht. Die Frage dürfte daher (weiterhin) offenbleiben. Der Mieter, der nicht riskieren will, ein erneutes Herabsetzungsverfahren (mit Wirkung auf einen späteren Kündigungstermin!) in Gang setzen zu müssen, sollte aber vorsichtshalber sein Begehren fristgerecht mit einer Hauptklage vor Gericht prosekuieren.

Damit ist das Fazit durchgezogen: Viel zur Klärung interessanter Fragen trägt das besprochene Urteil leider nicht bei. Das ist umso

bedauerlicher, als das Bundesgericht im nicht amtlich publizierten Urteil 4C.291/2001 vom 9. Juli 2002, E. 4b, Folgendes ausgeführt hat: «Par conséquent, si les parties ne parviennent pas à s'entendre devant l'autorité de conciliation, chacune d'elle doit veiller à la sauvegarde de ses droits indépendamment de l'autre en faisant appel au juge de sa propre initiative dans le délai prévu à cette fin (cf. art. 274f CO); elle ne saurait attendre que son cocontractant le fasse pour agir, reconventionnellement, une fois ce délai échu, et réclamer la baisse de loyer litigieuse, respectivement la validation de la hausse contestée.» Mithin wären eigentlich längst beide oben gestellten Fragen entschieden gewesen. Indes: In der Literatur wurde dieser Entscheid praktisch nirgends beachtet (siehe als Ausnahme CHK-P. HEINRICH, Art. 270a N 11, der sich kritisch dazu äussert), und im hier besprochenen Urteil nimmt das Bundesgericht auch keinen Bezug darauf. Zudem ist der Stellenwert der zitierten Aussage fraglich, da sie damals nur en passant erfolgte. Eine (baldige) ausdrückliche Klarstellung in einem amtlich publizierten Entscheid wäre daher von Vorteil.