

# Gesetzesumgehung im Mietrecht

Dr. Roger Weber, Präsident des Mietgerichts Zürich

## I. Das teils zwingende Privatrecht der Neuzeit

Die Vertragsfreiheit nach Art. 1 und 19 OR mit ihren Aspekten der Partnerwahl-, Abschluss- und der Inhaltsfreiheit ist das privatrechtliche Spiegelbild unserer durch Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 26 f. BV geprägten verfassungsrechtlichen Ordnung. Anerkannt ist, dass diese Ordnung in ihrer reinen Form nicht nur zu sachgerechten Lösungen führt. Dies gilt nicht allein in den klassischen Bereichen des sozialen Privatrechts wie dem Arbeits- oder Mietrecht, sondern generell dort, wo marktmächtige oder markterfahrene Mitspieler den übrigen Marktteilnehmern gegenüber übertreten.



In seiner Abschiedsvorlesung hat der em. Berner Prof. Thomas Koller – mit einem Seitenblick auf kulturpessimistische Analysen des heutigen Privatrechts – zu recht die These vertreten, dass sich heute die Stärke des Privatrechts viel eher in dessen zwingenden Normen zeige als in den dispositiven. Gerade auch ihretwegen hätten heute jedenfalls in rechtsstaatlich gefestigten Ländern so viele Menschen am Privatrecht teil wie noch nie, so dass von einem Rückzug des Privatrechts nicht gesprochen werden könne. Es sei eine Illusion zu glauben, man könne die Rechtsprobleme des 21. Jahrhunderts mit einer sklavischen Übernahme von Rechtsregeln aus dem 6. Jahrhundert lösen. Die Vertragsfrei-

heit sei zwar ein ganz wesentlicher Teil unserer Rechtsordnung. Für stossende Fälle seien aber Ausnahmen wichtig, etwa wenn Personen bestimmter Herkunft vom Besuch eines Nachtclubs oder der unliebsame Kritiker von einer Kinovorstellung ausgeschlossen werden sollten. Das Privatrecht ohne zwingende Normen schliesse besonders in Armutsgesellschaften weite Teile der Bevölkerung vom Recht aus, denn wer ums nackte Überleben kämpfen müsse, für den existiere das Recht nur auf dem Papier. Umgekehrt habe es sich in den Ländern mit relativem Wohlstand gezeigt, dass soziales Privatrecht zu einer umfassenden Beteiligung der einzelnen Menschen am Wohlstand beigetragen habe, und zwar nicht trotz, sondern gerade wegen der zwingenden Normen. Nur so lasse es sich vermeiden, dass marktmächtige oder markterfahrene Teilnehmer etwa über ausufernde AGB einseitig ihre Interessen durchsetzten, während diejenigen ihrer Vertragspartner mangels einer echten Ausweichmöglichkeit beim Vertragsschluss auf der Strecke blieben.<sup>1</sup>

THOMAS KOLLER hat berichtet, einer seiner Kollegen an der Uni Bern habe ihm zur Abschiedsvorlesung gratuliert und sarkastisch bemerkt, sie verdiene einen Ehrendokortitel im öffentlichen Recht. Wir wollen heute prüfen, was es damit auf sich hat.

## II. Definition der Gesetzesumgehung

Schon der Begriff der Gesetzesumgehung ist schillernd. Umgangen werden kann letztlich nur, was nicht oder nicht vollständig dem Prinzip der Vertragsfreiheit untersteht. Dies setzt voraus, dass eine zwingende Regelung zu einer bestimmten Frage besteht. Ein gewöhnlicher Verstoss gegen zwingendes Recht führt jedoch unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbots schlicht zur Anwendung der entsprechenden Rechtsnorm. Für diese Konstellation ist die Figur der Gesetzesumgehung folglich entbehrlich. Anders verhält es sich, wenn in einem grundsätzlich der Parteidisposition überlassenen Bereich eine vertragliche Regelung getroffen wird, die im Ergebnis auf die Aushebelung zwingenden Rechts hinaus läuft, dieses aber formal unangetastet lässt. Das Element der Aushebelung hat nicht nur eine objektive, sondern auch eine subjektive Komponente:

---

<sup>1</sup> THOMAS KOLLER, Das Privatrecht auf dem Rückzug? – Ein (unwissenschaftliches) Plädoyer wider den Kulturpessimismus im Schuldrecht, ZBJV 2019, 311 ff., insbes. 317 f., 323 und 327.

Zumindest eine Partei handelt in der Absicht, für eine von der zwingenden Regel erfasste Konstellation eine abweichende vertragliche Regelung zu schaffen. Der Grat zwischen vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten und einer Gesetzesumgehung ist schmal. Umstritten ist auch die dogmatische Einordnung. Bisweilen ordnet das Bundesgericht die Figur beim Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 2 Abs. 2 ZGB ein.<sup>2</sup> In anderen Entscheidungen und in der Lehre wird die Gesetzesumgehung stattdessen unter die Gesetzesanwendung nach Art. 1 ZGB, insb. die teleologische Auslegung des zwingenden Rechts subsumiert.<sup>3</sup> Die Unterscheidung ist allerdings mehr von theoretischem Interesse, denn die zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts stellt durchaus einen Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchs dar und ist zumindest hinsichtlich ihrer *Wirkung* mit der Durchsetzung einer umgangenen Norm verwandt.<sup>4</sup> Ein wichtiger Unterschied besteht dennoch: Bei einer Einordnung beim Rechtsmissbrauchsverbot legt das Kriterium des offensichtlichen Missbrauchs die Latte für eine gerichtliche Korrektur recht hoch.

Das Bundesgericht prüft die Umgehungsabsicht einzelfallweise und betont, auf der Sachverhaltsebene trage dafür die Partei die Beweislast, die gegen den vertraglichen Konsens argumentiere. Ob eine Umgehungsabsicht vorliegt, ist eine Frage der Beweiswürdigung, welche das Bundesgericht nur eingeschränkt überprüfen kann.<sup>5</sup> Prozessual wird man so vorgehen, dass die Motive der Parteien für die gewählte Konstruktion nach Art. 56 ZPO zu erfragen sind. Dabei ist das Augenmerk nicht nur auf die strittige Klausel zu richten, sondern auf das ganze Gefüge der Vereinbarungen zwischen den Parteien. Zweifel an der Gesetzesumgehungsabsicht wirken sich zwar zum Nachteil der beweisbelasteten Partei aus. Allerdings genügt für den Nachweis der Umgehungsabsicht als innere Tatsache das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, so dass schon das

---

<sup>2</sup> BGE 139 III 145 E. 4.2.4 = Pra 2013 Nr. 96, mit Analyse auch der arbeitsrechtlichen Rsp. in E. 4.1 und 4.2.2 f.; BGer, 12.4.2019, 4A\_598/2018 E. 2.2 und 4; BGer 4A\_48/2018 v. 18.5.2018, E. 6; anders BGE 140 II 233; BGer 4C.155/2003 v. 3.11.2003, E. 3.3; s.a. CPra-BOHNET/DIETSCHY, Art. 255 OR N 9.

<sup>3</sup> BGE 117 II 290, 296; HÜRLIMANN KAUP, ZBJV 2014, 582; BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 471; BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 ZGB N 85 und 93; ZK-BAUMANN, Art. 2 ZGB N 53; BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Einleitungstitel des ZGB in den Jahren 2014 bis 2017, ZBJV 2019, 79 ff., 121.

<sup>4</sup> BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 31 und 51.

<sup>5</sup> BGer 4A\_48/2018 v. 18.5.2018, E. 6.

Fehlen eines plausiblen Motivs für die gewählte Konstruktion zur Bejahung der Gesetzesumgehung führen kann.<sup>6</sup>

Umgekehrt folgt daraus, dass eine vertragliche Regelung in einem der Parteidisposition zugänglichen Bereich bei einem plausiblen Motiv durchaus Geltung beansprucht, und zwar auch wenn sie im Ergebnis dazu führt, dass eine zwingende Norm nicht zum Tragen kommt.

### III. Anwendungsfälle

#### 1. Befristete Verträge

Art. 255 und 266 OR stellen befristete Mietverträge ohne Einschränkung den unbefristeten gegenüber. Für eine Befristung bestehen oft gute Gründe, denken wir nur an eine Wohnung, die für einen Arbeits- und Sprachaufenthalt gemietet wird, eine Ferienwohnung, an eine Zwischenvermietung bis zum Beginn eines geplanten Baubeginns<sup>7</sup> oder auch an eine vereinbarte Probephase beim Abschluss eines neuen Mietvertrages nach einer Zahlungsverzugskündigung gemäss Art. 257d OR.



Viele der zwingenden Bestimmungen über die Miete von Wohn- oder Geschäftsräumen sind primär auf unbefristete Mietverhältnisse zugeschnitten.<sup>8</sup> Zu denken ist etwa an den

<sup>6</sup> BGer 4A\_598/2018 v. 12.4.2019, E. 4.2.3, unter Hinweis auf BSK OR I-WEBER, Art. 255 N 6; LACHAT, bail à loyer, 798; ähnlich, gestützt auf die Mitwirkungspflicht des Vermieters SIEGRIST, DB 2013, 17; **a.M.** HAP-BÄTTIG, 56 FN 205.

<sup>7</sup> Hier regelt das Gesetz den damit verbundenen Erstreckungsausschluss ausdrücklich, Art. 272a Abs. 1 lit. d OR.

<sup>8</sup> Zu den Unterschieden zwischen befristeten und unbefristeten Mietverhältnissen s. BGE 139 III 145 E. 4.2.3 = Pra 2013 Nr. 96; BSK OR I-WEBER, Art. 255 N 6.

Kündigungsschutz: Ist keine Kündigung erforderlich, entfällt diese Thematik. Möglich ist zwar eine Erstreckung des befristeten Mietverhältnisses, welche spätestens 60 Tage vor dem Ende der Vertragsdauer bei der Schlichtungsbehörde verlangt werden muss. Anders als bei einer Kündigung erhält der Mieter dazu keine Rechtsbelehrung auf einem Formular. Auch die materiellen Hürden sind erheblich, denn bei einem befristeten Vertrag weiss die Mieterin grundsätzlich von Anfang an, dass und auf welchen Zeitpunkt sie sich nach einem Ersatz umsehen muss. Immerhin verschafft ihr im Notfall schon die Dauer eines Erstreckungsverfahrens einen gewissen Ausgleich. Ein wichtiger Unterschied besteht auch in der Mietzinsgestaltung: Während eines befristeten Mietverhältnisses sind Mietzinsanpassungen grundsätzlich nur bei einer Anfangsmietzinsanfechtung oder gestützt auf eine Index- oder Staffelungsklausel möglich.<sup>9</sup> Wird der befristete Mietvertrag nach dessen Ablauf um eine weitere feste Vertragsdauer verlängert, so gilt der Mietzins wiederum als Anfangsmietzins, der grundsätzlich nach der absoluten Methode, d.h. losgelöst vom Mietzins festgesetzt werden kann, der im vorausgegangenen Mietverhältnis gegolten hat.<sup>10</sup> Will die Vermieterin den Mietzins im unbefristeten Mietverhältnis erhöhen, so schützt die Mieterin die sog. relative Methode. Gemäss derselben können Mietzinsanpassungen unter Vorbehalt genau definierter Ausnahmen nicht zu einer grundlegend neuen Berechnung des Mietzinses führen. Vielmehr sind grundsätzlich nur Anpassungen möglich, soweit sich die Verhältnisse seit der letzten Mietzinsfestsetzung verändert haben.<sup>11</sup> Aber auch die Anfangsmietzinsanfechtung als solche lässt sich mit einer Befristung torpedieren: So hat die Rechtsprechung zur verstärkten Mitwirkungspflicht der Vermieterseite bei der Überprüfung eines gegenüber dem vorausgegangenen Mietverhältnis erheblich erhöhten Anfangsmietzinses zwar das Instrument der Anfangsmietzinsanfechtung griffiger gemacht.<sup>12</sup> Besonders im städtischen Umfeld hat dies aber dazu geführt, dass gewisse Vermieter/innen einen entsprechenden Mietvertrag nur noch befristet auf ein oder zwei Jahre offerieren. Mündlich lässt man durchblicken, dass eine Verlängerung möglich sei. So kann die Vermieterseite die Vertragsverlängerung davon

---

<sup>9</sup> Vgl. Art. 269d, 269b und 269c OR.

<sup>10</sup> S. dazu aber auch hinten Ziff. III.3.

<sup>11</sup> Näheres dazu in BGE 142 III 568 E. 1.2 = Pra 2017 Nr. 93; BGE 120 II 240 E. 2; BGE 124 II 67 E. 3.

<sup>12</sup> Grundlegend BGE 139 III 13.

abhängig machen, dass keine Anfangsmietzinsanfechtung erfolgt. Wegen der 30-tägigen Anfechtungsfrist von Art. 270 OR erhält sie darüber rasch Klarheit. Wenn dann nach unterlassener Anfechtung und Ablauf der Befristung ein weiterer Mietvertrag geschlossen wird, würde eine Anfangsmietzinsanfechtung nach diesem Plan scheitern, weil gegenüber dem vorausgegangenen Mietverhältnis keine erhebliche Erhöhung des Mietzinses mehr erfolgt. Die Mieterseite kann sich zwar immer noch auf die Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses wegen eines übersetzten Ertrags oder einer Abweichung von der orts- und quartierüblichen Vergleichsmiete berufen. Mangels erheblicher Erhöhung besteht jetzt aber keine verstärkte Mitwirkungsobliegenheit der Vermieterseite bei der Beweisführung in Zusammenhang mit der Vergleichsmiete mehr, so dass die Klage wegen der Beweisschwierigkeiten scheitert, soweit die besonderen Anfechtungsvoraussetzungen nach Art. 270 Abs. 1 OR überhaupt vorliegen.<sup>13</sup>

Beheben lässt sich das Problem durch zwei verschiedene Ansätze, von denen allerdings der erste weniger zuverlässig ist als der zweite: Die Mieterin könnte warten bis zur Vereinbarung der Fortsetzung des Mietvertrages und dann den Mietzins des neuen Vertrages anfechten und geltend machen, beim Vergleich zwischen altem und neuem Mietzins sei auf den Zins zurückzugreifen, der vor ihrem Einzug galt.<sup>14</sup> Da hier der Mieterin der Einwand droht, dass sie letztlich nicht mehr den Anfangsmietzins anfechte, sondern eine Mietzinserhöhung bzw. Vertragsfortsetzung, ficht sie mit Vorteil bereits zu Beginn des befristeten Mietverhältnisses den Anfangsmietzins an und klagt zugleich oder spätestens bei Ablauf der Befristung auf Feststellung der Missbräuchlichkeit der Befristung bzw. Umwandlung des befristeten Vertrages in einen unbefristeten.<sup>15</sup> Indizien für eine entsprechende Absicht sind insbesondere eine kurze Dauer des befristeten Vertrags und fehlende plausible Motive für die Befristung. Die entsprechende Klage gehört zum Kündigungsschutz im weit zu verstehenden Sinn des Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO<sup>16</sup> und kann

---

<sup>13</sup> CPra-BOHNET/DIETSCHY, Art. 255 CO N 9; XAVIER RUBLI, *Jurisprudence choisie en droit du bail, plaidoyer* 5/19, 28 ff., 33; THOMAS KOLLER, *Wertungswidersprüche in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Mietrecht*, ZBJV 2020, 1 ff., 6.

<sup>14</sup> So BSK- OR I-WEBER, Art. 270 OR N 14.

<sup>15</sup> Dazu BGer 4A\_48/2018 v. 18.5.2018, E. 6.

<sup>16</sup> BGE 142 III 690 = Pra 2017 Nr. 95

daher in einem einheitlichen vereinfachten Verfahren mit der Anfangsmietzinsanfechtung verbunden werden.

Das Bundesgericht hat sich in einem ersten Schritt in BGE 139 III 145<sup>17</sup> recht zurückhaltend geäussert zu einer möglichen Gesetzesumgehung durch die kettenartige Aneinanderreihung von befristeten Verträgen. Es verlangte vom Mieter den Nachweis, dass die Vermieterin eigentlich einen unbefristeten Vertrag schliessen wollte und dies in der Absicht unterliess, die zwingenden Regeln des Mietrechts zu umgehen.<sup>18</sup> Im konkreten Fall hatte die Vermieterin vorgetragen, sie bevorzuge bei der Verwaltung ihres Immobilienparks befristete Verträge, so dass sie am Ende die Wahl habe, einen neuen Mietvertrag zu schliessen oder auch nicht. Sie schlage dabei nicht systematisch einen neuen Vertrag vor, je nachdem ob Renovationsarbeiten anstünden oder Dritte Interesse an der Wohnung hätten. Das Bundesgericht berücksichtigte aber ebenso, dass der Mieter selber an der Kettenkonstruktion interessiert war, weil er von seinem Arbeitgeber aus dem Ausland in die Schweiz entsandt worden war gestützt auf einen in der Folge zweimal verlängerten befristeten Arbeitsvertrag.<sup>19</sup>

In einem neueren Urteil hat es jedoch die Gewichte anders gelegt und entgegen der Vorinstanz, aber mit dem Mietgericht Genf einen Rechtsmissbrauch bejaht. Der Vermieter hatte dort zu den Motiven für die Wahl eines befristeten Vertrags geschwiegen. Das Bundesgericht schloss sich der Lehrmeinung an, wonach sich der Nachweis einer Missbrauchsabsicht auf eine innere Tatsache beziehe, so dass der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genüge. Der Beweis sei als erbracht zu erachten, wenn der Vermieter kein plausibles Motiv für sein Vorgehen angegeben habe.<sup>20</sup> KOLLER zweifelt daran, ob es sich hier um eine Praxisänderung oder -präzisierung handle, und verweist darauf, dass das ältere Urteil in Dreierbesetzung gefällt und nicht in der amtlichen Sammlung publiziert worden sei.<sup>21</sup> Zumindest das erste Argument sticht m.E. nicht, denn bei einem Besuch am Bundesgericht am 17. Januar 2020 wurde den Mitarbeitenden

---

<sup>17</sup> Pra 2013 Nr. 96

<sup>18</sup> BGE 139 III 145 E. 4.2 und 4.3

<sup>19</sup> BGE 139 III 145 E. 4.3.3 = Pra 2013 Nr. 96. Kritisch zum Urteil KOLLER, Wertungswidersprüche (Fn. 8), 9.

<sup>20</sup> BGer 4A\_598/2018 v. 12.4.2019, E. 2.2 und 4; BGer 4A\_48/2018 v. 18.5.2018, E. 6.

<sup>21</sup> KOLLER, Wertungswidersprüche (Fn. 8), 10

des Mietgerichts und der Schlichtungsbehörde Zürich aus erster Hand erläutert, zur 5-er Besetzung werde in der Regel nur gegriffen, wenn sich die drei zunächst involvierten Richterinnen und Richter nicht einig seien. Die demzufolge unumstrittene Entscheidung spricht dafür, dass das Bundesgericht in seiner aktuellen Zusammensetzung einen ähnlichen Fall entlang der gleichen Linien entscheiden würde.<sup>22</sup> Einwenden kann man dagegen, dass das Bundesgericht einen Entscheid in der amtlichen Sammlung zu publizieren und dabei auch in 5er Besetzung zu tagen pflegt, wenn es sich grundsätzlich äussern möchte.

Wie dem auch sei: Zu betonen ist, dass stets die Umstände zu betrachten sind. Bei Geschäftsmietverträgen bieten die heute üblich gewordenen Befristungen von fünf, zehn oder gar fünfzehn Jahren, allenfalls verknüpft mit entsprechenden Optionen des Mieters, beiden Seiten Planungssicherheit, gerade auch bezüglich der beidseitigen Investitionen in die Mietsache, denn während der Dauer eines solchen Vertrages ist der Mieter vor Kündigungen unter Vorbehalt der ausserordentlichen Kündigungsgründe absolut geschützt. Je länger die vereinbarte Vertragsdauer ist, desto weniger kann ohne zusätzliche Anhaltspunkte auf eine Umgehungsabsicht geschlossen werden.

## 2. Optionen, die keine Option sind



---

<sup>22</sup> Kritisch zum Entscheid B. ROHRER, MRA 2019, 91 ff., 103.

Bei unserem nächsten Beispiel geht es zunächst nicht um eine Gesetzesumgehung, sondern um die Frage der Vertragsqualifikation bzw. des notwendigen Kerngehalts eines Mietvertrags. Damit verknüpft sind aber auch mögliche Umgehungen des Schutzes vor missbräuchlichen Mietzinsen.

Art. 253 OR definiert die Miete als Überlassung einer Sache zum Gebrauch gegen Leistung eines Mietzinses. Bis zur Mietrechtsrevision vom 15. Dezember 1989<sup>23</sup> liessen Lehre und Rechtsprechung es für den Abschluss eines Mietvertrages einhellig genügen, dass die Parteien die entgeltliche Überlassung einer Sache zum Gebrauch vereinbarten.<sup>24</sup> Die Bestimmung des Mietzinses konnte deshalb im Streitfall grundsätzlich durch die Gerichte erfolgen.<sup>25</sup> 1993 änderte das Bundesgericht indessen überraschend seine Rechtsprechung. Während es bis dahin jeweils darauf hingewiesen hatte, im Mietrecht fehle es zwar an einer analogen Regelung zum Arbeits-, Werkvertrags- oder Auftragsrecht,<sup>26</sup> die richterliche Mietzinsbestimmung entspreche aber einem diesen Normen zu entnehmenden allgemeinen Rechtsgrundsatz, erwog es neu in BGE 119 II 347 gestützt auf die Minderheitsmeinungen von JEANPRÉTRE und MERZ<sup>27</sup> sowie auf ein unveröffentlichtes – seinerzeit also auch nicht öffentlich zugängliches – Urteil des Bundesgerichts vom 17. Juni 1985, eine richterliche Vertragsergänzung bei fehlender Vereinbarung über das Entgelt komme nur noch für die Nutzung einer Sache in der Vergangenheit infrage. Im Übrigen gehöre der Mietzins insofern zu den essentialia negotii, als er in der Höhe bestimmt oder wenigstens bestimmbar sein müsse; andernfalls komme kein Mietvertrag zustande.<sup>28</sup>

Dies hatte weitreichende Konsequenzen für die damals schon im Bereich der Geschäftsräummierte verbreiteten Optionsklauseln, gestützt auf welche dem Mieter das Recht

<sup>23</sup> Zur ähnlichen Formulierung im alten Recht vgl. ZK-SCHMID, aArt. 253 OR.

<sup>24</sup> ZK-SCHMID, N 1 vor Art. 253 - 304 sowie N 40 f. zu Art. 253 aOR; BGE 108 II 112 E. 4 und 5 sowie BGE 100 II 329.

<sup>25</sup> Auch der Gesetzgeber von 1989 sah diesbezüglich keinen Änderungsbedarf, vgl. die unbestritten gebliebenen Ausführungen des Bundesrates in der Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechts vom 27. März 1985, BBl 1985 I 1421.

<sup>26</sup> Art. 322 Abs. 1, 374 und 394 Abs. 3 OR.

<sup>27</sup> JdT 1975 I 610 ff. bzw. ZBJV 1976, 99 ff.

<sup>28</sup> a.a.O., E. 5a. Kritisch ZK-HIGI/BÜHLMANN, 5. A., Zürich 2019, Art. 255 OR N 71 f.

eingerräumt wurde, den Vertrag nach Ablauf einer festen Vertragsdauer (oder einer Mindestdauer in einem unbefristeten Vertrag) um eine weitere derartige Periode zu verlängern. In einem ersten Fall wirkte sich die neue Rechtsprechung zugunsten der Mieterin aus: Dort ging es um einen unbefristeten Mietvertrag mit fünfjähriger Mindestdauer und einer Option des Mieters auf eine weitere fünfjährige *Mindestdauer*. Der Vertrag berechnete für den Fall der Ausübung der Option den Vermieter, den Mietzins auf den Beginn der Optionsdauer am 1. Oktober 2002 an die orts- und quartierüblichen Verhältnisse anzupassen. Nach Optionsausübung durch die Mieterin am 25. September 2001 stellte der Vermieter ihr zunächst einen Vertragsentwurf mit einem von Fr. 9'363.– auf Fr. 11'000.– erhöhten Mietzins zu. Diesen Vorschlag lehnte die Mieterin ab. Darauf kündigte der Vermieter mit amtlichem Formular eine Mietzinserhöhung per 1. Oktober 2002 an, die er mit einer teilweisen Anpassung an die Orts- und Quartierüblichkeit begründete. Nachdem die Mieterin diese angefochten hatte, zog er die Erhöhung zurück, so dass es beim alten Mietzins blieb. In der Folge sprach er auf den 1. Januar 2003 wiederum mit dem amtlichen Formular eine neue Erhöhung gestützt auf den aktuellen Stand des Landesindex der Konsumentenpreise aus, was zu einem Zins von Fr. 9'483.– geführt hätte. Dies war nur zulässig unter den Voraussetzungen von Art. 269b OR, hing mithin vom Bestand einer weiteren fünfjährigen Mindestdauer des Vertrages ab. Das Mietgericht Zürich stützte die Anpassung mit der Begründung, es sei von einer echten Option auszugehen. Ober- und Bundesgericht waren hingegen der Auffassung, eine Einigung über eine weitere fünfjährige Vertragsdauer sei nicht zustande gekommen, und erklärten die Anpassung für unzulässig, weil es der vereinbarten Indexklausel an der erforderlichen festen Mindestvertragsdauer von fünf Jahren fehlte. Die Rechtsmittelinstanzen stützten sich hauptsächlich auf die Überlegung, dass über die Konditionen einer weiteren festen Mindestdauer gemäss dem Vertrag noch verhandelt werden musste und dass eine Einigung darüber, «welche Mietsache der Vermieter zu welchem Mietzins dem Mieter zu überlassen» habe, nicht zustande gekommen sei.<sup>29</sup> Zur Bestimmbarkeit des Mietzinses gestützt auf die Optionsklausel brauchte es in jenem Fall nicht Stellung zu nehmen, denn keine Partei hatte sich darauf berufen: Der Vermieter hatte die Anpassung an die

---

<sup>29</sup> BGer 4C.152/2004 v. 9.7.2004, E. 3.1.

Vergleichsmiete, die Voraussetzung war für die weitere vertragliche Mindestdauer, aufgrund des Widerstands der Mieterin fallen lassen, und der Mieterin ging es im Prozess nur mehr um die Bekämpfung der Anpassung des Mietzinses an den Landesindex und nicht um die Durchsetzung der Option. Das Bundesgericht brachte den Gedanken einer unvollständigen und daher unwirksamen Klausel mit den Worten zum Ausdruck, dass für die neue fünfjährige Mindestdauer des Vertrages «über ein *essentiale negotii*, den Mietpreis, noch keine Gewissheit bestand».<sup>30</sup> Darüber, ob sich auf dem Wege einer Klage hätte Gewissheit schaffen lassen, hatte es nicht zu entscheiden.

Dies verhielt sich anders im – ebenfalls nicht in der amtlichen Sammlung publizierten – Urteil 4A\_551/2008 vom 12. Mai 2009: Hier bestimmte der auf eine feste Dauer von 30 Jahren angelegte Vertrag, bei Ablauf stehe dem Mieter ein einmaliges Optionsrecht für eine Dauer von maximal weiteren 30 Jahren zu. Bei Ausübung des Rechts müsse der Mietzins bezahlt werden, der am Ort für gleichartige Parzellen üblich sei. Nach Ausübung der Option und gescheiterten Verhandlungen über den Mietzins klagte der Mieter auf Verpflichtung der Vermieterin zur Ausstellung einer vertragskonformen Offerte für die Optionsdauer. Das Bezirksgericht Höfe wies die Klage mangels Bestimmtheit des Mietzinses ab. Das Kantonsgericht Schwyz hiess die Berufung teilweise gut und stellte fest, der Mietzins sei bestimmbar und der Mietvertrag damit gültig verlängert worden. Dabei setzte es den am Ort für gleichartige Parzellen üblichen Mietzins gleich mit der orts- und quartierüblichen Vergleichsmiete, zu der eine reichhaltige Praxis bestehe. Das Bundesgericht schützte diesen Entscheid und bestätigte so die Kernaussage von BGE 119 II 347. Konkret erwog es, ein Gestaltungsrecht in Form einer echten Verlängerungsoption liege nur vor, wenn der künftige Vertrag bereits vor Ausübung des Optionsrechts hinsichtlich aller objektiv und subjektiv wesentlichen Punkte hinreichend bestimmbar sei.<sup>31</sup> Es sei möglich, den Mietzins anhand bekannter Preise tatsächlich vermieteter und nach Art, Grösse, Erschliessung, Beschaffenheit und Lage vergleichbarer Grundstücke festzulegen. Selbst wenn keine solche Vergleichsbasis bestehe, könne im Sinne des *favor negotii* nicht einfach von einer nutzlosen Vertragsklausel ausgegangen

---

<sup>30</sup> a.a.O., E. 3.2.

<sup>31</sup> BGer 4A\_551/2008 v. 12.5.2009, E. 5.1.

werden. Vielmehr sei auf eine hypothetische Basis abzustellen, etwa auf einen ortsüblichen Mietzins, aber auch auf statistische Erhebungen oder eine nach den anerkannten Methoden der Immobilienbewertung durchgeführte Ertragswertschätzung.<sup>32</sup>

Beide Entscheide enthalten direkt bzw. am Rande den Hinweis, dass sich die Abgrenzung zwischen einer echten und einer unechten Option danach richte, ob die Parteien den Mietzins für die Verlängerungsdauer aushandeln müssten oder nicht. Dieser Punkt wird in der Lehre kontrovers diskutiert.<sup>33</sup> Im neueren Entscheid brauchte das Bundesgericht sich zur Bedeutung des Verhandlungserfordernisses nicht zu äussern, da die Vorinstanz in tatsächlicher Hinsicht einen Konsens der Parteien bezüglich erforderlicher Verhandlungen ausgeschlossen hatte und ein solches Erfordernis auch aus dem Text der Optionsklausel nicht hervorging.<sup>34</sup>

Diese Rechtsprechung regte die Fantasie gewisser Vermieterinnen bei der Vertragsgestaltung an. In einem über Zürich hinaus bekannt gewordenen Warenhaus-Fall fand sich folgende Vertragsklausel:

«Die Vermieterin verpflichtet sich, der Mieterin eine Offerte zur Fortführung des Vertragsverhältnisses nach 1. Februar 2014 für eine weitere Dauer von mindestens 5 Jahren zu dazumal marktüblichen Vertragskonditionen zu unterbreiten. Die Offerte hat dabei bis spätestens 31. Januar 2011 zu erfolgen.

Können sich die Parteien in der Folge nicht bis spätestens 31. Juli 2012 über eine Fortführung des Vertragsverhältnisses und die dabei massgebenden Vertragskonditionen einigen, so endigt das Vertragsverhältnis, ohne dass es einer Kündigung bedarf, am 31. Januar 2014 definitiv.»<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> E. 5.2.

<sup>33</sup> ZK-HIGI/BÜHLMANN bezweifeln das und bemerken, der Mietzins könne richterlich bestimmt werden: ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 255 OR N 71. Andere Autoren gehen davon aus, dass das Bundesgericht im Urteil 4A\_551/2008 die Frage der Bestimmbarkeit des Mietzinses für die Abgrenzung zwischen echten und unechten Optionen in den Vordergrund gerückt habe: BSK OR I-WEBER, Art. 255 N 7. Wieder andere nehmen ähnlich an, dass eine Option mit bestimmbarem Mietzins beiden Parteien letztlich auch einen Anspruch auf Bestimmung des Mietzinses durch das Gericht verschafft, so dass von einer echten Option auszugehen ist (so CHK-HULLIGER/HEINRICH, Art. 255 OR N 12a, die aber auch einräumen, dass BGer 4C.152/2004 in E. 3.2 letztlich einen anderen Eindruck vermittelte).

<sup>34</sup> BGer 4A\_551/2008 v. 12.5.2009 E. 4.2.

<sup>35</sup> OG ZH, Urteil NG180008-O v. 9.11.2018, in ZMP 2018 Nr. 15, E. 1.2.

In einem neueren Fall des Mietgerichts Zürich – es ging um ein Restaurant – vereinbarten die Parteien sodann:

«3.3 Verlängerung der Mietdauer

Auf den Ablauf der ersten festen Mietdauer gemäss Ziff. 3.2 (Seite 5) steht dem Mieter zweimal ein Optionsrecht für eine weitere feste Mietdauer von jeweils 5 Jahren, d.h. bis zum 31. Januar 2018, bzw. 31. Januar 2023 zu. Dieses Optionsrecht muss vom Mieter spätestens 24 Monate vor Ablauf der festen Mietdauer bzw. der ersten Option schriftlich geltend gemacht werden.

Sofern der Mieter von seinem Optionsrecht Gebrauch macht, wird der Mietzins für die neue Vertragsdauer entsprechend den dannzumal geltenden Marktverhältnissen neu festgelegt. Die Bedingungen für die zu verlängernde Mietdauer sind spätestens 12 Monate vor Ablauf der festen Mietdauer bzw. der ersten Option, also bis zum 31. Januar 2012 bzw. 31. Januar 2017, durch schriftliche Vereinbarung festzulegen.

Macht der Mieter seine Optionsrechte nicht oder nicht rechtzeitig geltend oder kommt innerhalb der erwähnten Fristen keine Einigung über die Bedingungen des zu verlängernden Mietvertrages zustande, so endet der Mietvertrag per Ende der festen Mietdauer bzw. per Ende der ersten optierten Mietdauer.»<sup>36</sup>

Die Offertverpflichtung der Vermieterin im ersten Beispiel kann zwar nicht ohne weiteres mit einer Option gleichgesetzt werden, aber es stellen sich in beiden Fällen die gleichen Fragen: Die Parteien haben für die Verlängerungsdauer zwar einen bestimmbaren Mietzins festgelegt. Sie haben aber auch ein Verhandlungserfordernis vereinbart und explizit stipuliert, dass der jeweils echt befristete Vertrag ohne Verlängerung zu Ende gehen solle, wenn keine Einigung gefunden werde.

Das Mietgericht hielt in beiden Fällen dafür, letztlich bestehe eine vertragliche Pflicht beider Seiten, den für die Fortsetzung des Vertrages vorgesehenen Marktpreis zu bestimmen, so dass dem Verhandlungserfordernis eine zweitrangige Bedeutung zukomme. Scheiterten die Verhandlungen, so sei der Mietzins gerichtlich zu bestimmen. Das Obergericht sah dies – nach einem sich über Jahre erstreckenden Zuständigkeitsstreit, den das Bundesgericht am Ende zugunsten einer miet- statt einer handelsgerichtlichen

---

<sup>36</sup> MG ZH, Urteil MB180001-L v. 18.4.2019, in ZMP 2019 Nr. 8, E. 1.1.

Zuständigkeit entschieden hatte<sup>37</sup> – im Warenhaus-Fall gleich, nachdem es noch in einem Entscheid über die Sistierung des mietgerichtlichen Verfahrens das Gegenteil angenommen hatte. Vor Bundesgericht hatte das Zürcher Ergebnis grundsätzlich Bestand, denn auch in Lausanne kam man zum Schluss, dass die Vermieterin ihre Pflicht zur Abgabe einer vertragskonformen Offerte verletzt habe.<sup>38</sup> Für die Frage der Bedeutung der Verhandlungspflicht bei einem an sich bestimmbareren Mietzins gibt der Entscheid leider nicht viel her. Zwar spricht das bundesgerichtliche Resultat für die Auffassung, die Verhandlungspflicht und die Beendigungsklausel für den Fall des Scheiterns seien bei einem bestimmbareren Mietzins zweitrangig. Gestritten haben die Parteien in jenem Fall aber vor Bundesgericht nur noch darum, ob mit den Marktverhältnissen der allgemeine Markt für Verkaufsflächen oder aber der Markt für Warenhausmieten massgeblich sei.

Im Fall der Optionsklausel für das Restaurant liess sich das Mietgericht von den gleichen Überlegungen leiten und ging von einem bestimmbareren Mietzins für die Optionsdauer und damit von einer wirksamen Ausübung der Option aus, und zwar schon bevor das Bundesgericht in der Warenhaus-Angelegenheit entschieden hatte. Da hier die Mieterin darüber hinaus eine gerichtliche Senkung des Mietzinses auf das neue Marktniveau verlangt hatte, stellte das Gericht aber zusätzliche Überlegungen zur Bedeutung solcher Vereinbarungen vor dem Hintergrund der Missbrauchsgesetzgebung an – und hier kommt der Aspekt der Gesetzesumgehung ins Spiel:

Nach Art. 269d OR muss die Vermieterin eine Mietzinserhöhung auf den nächsten Kündigungstermin hin mit amtlichem Formular anzeigen und begründen. Der Mieter hat anschliessend die Möglichkeit, die Erhöhung gestützt auf Art. 270b OR bei der Schlichtungsbehörde anzufechten. Der vorliegende Vertrag sei zwar trotz der Verlängerungsoptionen befristet, so dass keine Kündigungstermine im Sinne von Art. 269d OR bestünden. Dennoch seien die genannten Bestimmungen einzuhalten, denn die Parteien könnten auf die Anwendung der Missbrauchsgesetzgebung nicht gültig verzichten. Für

---

<sup>37</sup> BGer 4A\_359/2017 v. 16.5.2018, E. 4.4.

<sup>38</sup> BGer 4A\_653 sowie 4A\_657/2018 vom 14.11.2019, E. 5. Das BGer stellte diesen Umstand aus prozessualen Gründen aber anders als die Vorinstanzen nur fest, denn es hielt dafür, die Mieterin habe im zweitinstanzlichen Verfahren (verfrüht) die gerichtliche Festlegung des Mietzinses verlangt statt die Verpflichtung der Vermieterin zu einer Offerte: a.a.O., E. 6.

die Abgrenzung zwischen einer Kette mehrerer sich aneinander reihender Mietverträge und einem einheitlichen Vertrag, der sich über mehrere Perioden erstreckt, sei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts einerseits massgeblich, ob nur der Mietzins verändert werden solle oder auch noch andere wesentliche Vertragsbestimmungen wie der Umfang der Mietsache und die beteiligten Personen, und andererseits, ob die Vereinbarung der Parteien eher eine Kontinuität vorsehe oder eine Zäsur.<sup>39</sup> Im vorliegenden Fall sehe der an sich befristete Vertrag zwei nur vom Willen des Mieters abhängige weitere fünfjährige Vertragsdauern zu einem bestimmbareren Mietzins vor. Daher stehe der Vertrag auf einer Stufe mit einem solchen mit einer 15-jährigen Höchstdauer mit vorzeitigen Auflösungsmöglichkeiten des Mieters. Daher stelle der Mietzins während der Optionsdauern keinen Anfangsmietzins dar, sondern eine Mietzinsanpassung. Die Parteien hätten sich daher an das Änderungsprozedere nach Art. 269d / 270a OR halten müssen, wenn sie auf den Beginn der Optionsdauer eine Mietzinsanpassung hätten durchsetzen wollen. Da dies nicht geschehen sei, bleibe es aus missbrauchsrechtlichen Gründen beim bisherigen Mietzins, so dass der Marktzins nicht ermittelt zu werden brauche. Zwar stehe eine Klausel, wonach nur der Mieter eine Senkung auf den Marktpreis verlangen könne, nicht im Widerspruch zur Missbrauchsgesetzgebung. Hier sei jedoch mit Blick auf Art. 20 Abs. 2 OR nicht anzunehmen, dass die Parteien eine solche einseitige Regel gewollt hätten, wenn sie gewusst hätten, dass nicht die ganze Optionsklausel vor dem Gesetz stand hält.<sup>40</sup>

Im Berufungsverfahren wurde zwar das mietgerichtliche Ergebnis bestätigt, aber nicht die Begründung. Der Mieter hatte zweitinstanzlich einzig die Bestätigung des Mietgerichtsurteils verlangt – also explizit keine Mietzinssenkung mehr – während die Vermieterinnen weiterhin den Standpunkt einnahmen, das Mietverhältnis sei mangels Einigung

---

<sup>39</sup> ZMP 2019 Nr. 8, MG E. 4.1.3, insbes. E. 4.1.3.8, m. Hinw. auf BGE 137 III 580 E. 2: «La reconduction tacite [gemeint war in concreto die explizite Vereinbarung einer festen Mindestdauer mit anschliessender unbefristeter Fortsetzung des Vertrages] marque donc davantage la continuité dans la relation contractuelle plutôt qu'une césure.»).

<sup>40</sup> ZMP 2019 Nr. 8, MG E. 4.2.5. Inzwischen hat das BGer explizit bestätigt, dass Vereinbarungen zwischen den Parteien über den Mietzins ohne weiteres gültig sind, soweit sie zu einem tieferen Mietzins führen als gemäss der Missbrauchsgesetzgebung: [Zur Publ. in der amtl. Sammlung best.] BGE 4A\_157/2019 v. 21.4.2020 E. 4, zum einkommensabhängigen Mietzins.

über die Marktkonditionen zu Ende gegangen. Die Frage der Missbräuchlichkeit stellte sich daher im zweitinstanzlichen Verfahren so oder anders nicht mehr. Zur Frage der essentialia negotii des Mietvertrags und damit zur Abgrenzung zwischen echter und unechter Option wählte das Obergericht einen eigenen Weg: Es hielt dafür, sowohl der Einigung auf einen bestimmbaren Mietzins während der Optionsdauer als auch der Verhandlungsklausel sei Rechnung zu tragen: Grundsätzlich liege wegen des Verhandlungserfordernisses eine unechte Option vor. Dies gelte aber nur, soweit der Vermieter seiner vertraglichen Pflicht genügt habe, bei der Ermittlung des vereinbarten Marktzinses mitzuwirken. Die Vermieterinnen hatten dies hier nicht getan, sondern sich mit der Vorlage einer nach ihrem Wortlaut völlig unverbindlichen Absichtserklärung einer Konkurrentin des Mieters begnügt, die Mietsache zu einem massiv höheren Zins zu übernehmen. Damit erachtete auch das Obergericht die Vertragsverlängerung als gültig erfolgt.<sup>41</sup> Ein Weiterzug des Entscheids ans Bundesgericht erfolgte nicht.

Zu beachten ist, dass das Obergericht seinen Entscheid vor dem Urteil des Bundesgerichts 4A\_653 und 657/2018 vom 14. November 2019 im Warenhaus-Fall erliess. Zwar möchte ich nicht behaupten, dass das Bundesgericht bei Verlängerungsklauseln der vorliegenden Art nun der Bestimmbarkeit des Mietzinses gegenüber dem Erfordernis von Verhandlungen über den Mietzins den Vorrang eingeräumt hat. Einer solchen Annahme steht zwar nicht schon das Rügeprinzip im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht entgegen, denn auch dieses wendet das Recht von Amtes wegen an und kann seinen Entscheid auf andere Argumente stützen als der Beschwerdeführer.<sup>42</sup> Und dass die Vertragsfortsetzung vertraglich von erfolgreichen Verhandlungen abhängig gemacht worden war, ergab sich im konkreten Fall klar aus den vorinstanzlichen Entscheiden und dürfte dem Bundesgericht nicht entgangen sein. Es bleibt aber dabei, dass das Bundesgericht den Punkt nicht angesprochen hat. Beredtes Schweigen oder nicht: Das bundesgerichtliche Urteil spricht zumindest nicht gegen die These des Mietgerichts Zürich im zweiten Fall. Die obergerichtlichen Erwägungen leiden an der Schwäche, dass letztlich der Inhalt des Vertrages (echte oder unechte Optionsklausel) von dessen Schlechterfü-

---

<sup>41</sup> OG ZH, Urteil NG190014-O v. 17.10.2019, ZMP 2019 Nr. 8, E. 3.4-7.

<sup>42</sup> Z.B. BGE 135 III 397 E. 1.4.

lung (keine gehörige Mitwirkung bei der Preisbestimmung) abhängig gemacht wird – ein problematischer Zirkelschluss.

Auf die Fortsetzung der Geschichte darf man gespannt sein. Wie auch immer sie ausgeht, das Erfordernis des bestimmbareren Mietzinses steht einer umfassenden Lösung des Problems nach wie vor entgegen. Als Beispiel dafür wollen wir uns noch folgende Klausel anschauen:

«Verlängerung der Mietdauer:

Der Mieterin wird das Recht eingeräumt, nach Ablauf der vereinbarten Mietdauer den Mietvertrag um 5 Jahre zu verlängern. Eine solche Verlängerung hat die Mieterin 15 Monate vor Ablauf der Mietdauer schriftlich eingeschrieben anzumelden. Die Bedingungen für die zu verlängernde Mietdauer sind durch schriftliche Vereinbarung festzulegen.»

Auch diese Klausel scheint isoliert betrachtet nicht unproblematisch. Zwar enthält sie nur das Verhandlungserfordernis und zumindest in der Form keinen bestimmbareren Mietzins. Dennoch ist von einem Recht des Mieters zur Vertragsverlängerung die Rede, welches das Papier, auf dem es geschrieben steht, nicht wert wäre, wenn man eine «unechten» Option annehmen würde. Störend daran ist vor allem der Umstand, dass dem unerfahrenen Mieter ein Recht vorgegaukelt wird, das keines ist. Die Erwartung einer einseitig durchsetzbaren Vertragsverlängerung ist aber für den Preis, den der Mieter zu zahlen bereit ist, gerade bei Geschäftsmieten wegen der Investitionen in die Mietsache oft von zentraler Bedeutung. Es liegt daher auch hier nahe, im Interesse des favor negotii gerichtlich einen Mietzins festzulegen. Dabei kann man z.B. vom bisherigen Mietzins ausgehen und beiden Parteien in Anwendung von Art. 269d / 270a / 270b OR eine Gestaltungs- und Anpassungsklage auf Anpassung des Mietzinses zugestehen. Der Mieter ist allerdings wohl besser beraten, einen Mietzinsvorschlag des Vermieters zu akzeptieren und anschließend eine Klage auf Anfechtung des Anfangsmietzinses einzuleiten. In deren Rahmen kann er vorfrageweise auch geltend machen, es handle sich in Wahrheit nur um eine Fortsetzung des bisherigen Mietverhältnisses und somit beim neuen Mietzins gar nicht

um einen Anfangsmietzins, sondern eine Mietzinsanpassung.<sup>43</sup> Bestätigen die Gerichte diese Auffassung, bleibt es beim bisherigen Mietzins.

Das Beispiel zeigt aber auch, dass man sich vor Verallgemeinerungen hüten muss: Im konkreten Fall hatten die Parteien auf Vorschlag der Geschäftsmieter ein partiarisches Rechtsgeschäft abgeschlossen. Die Geschäftsidee der Mieter bestand darin, Dritten im Mietobjekt ausgerüstete Büroarbeitsplätze unterzuvermieten. Der Mietzins richtete sich nach dem Geschäftserfolg der Mieter, der kaskadenartig zuerst die Nebenkosten des Vermieters, dann einen Nettomietzins von Fr. 220.–/m<sup>2</sup> und in dritter und vierter Linie die Investitionskosten der Mieter bis zu Fr. 75'000.– pro Jahr sowie eine Aufwandentschädigung für dieselben von Fr. 50'000.– pro Jahr decken sollte. Was vom Geschäftsergebnis der Mieter übrig blieb, sollte hälftig zwischen den Parteien geteilt werden. Da es sich um ein hängiges Verfahren handelt, möchte ich nicht zu sehr ins Detail gehen. Hier stellt sich aber die Frage, ob die Option wirklich schon die Überlassung der Sache gegen Entgelt für die Optionsdauer zum Ausdruck bringt. Die Mieter hatten die Vertragsgestaltung gestützt auf ein eigenes Konzept und mit dem Argument vorgeschlagen, der von der Vermieterin zunächst verlangte m<sup>2</sup>-Preis von Fr. 280.– pro Jahr sei für ihr Geschäftsmodell nicht tragbar. Nach Ablauf der ersten fünfjährigen Dauer stellte sich daher die Frage, wie der Umstand der zwischenzeitlich zumindest teilweise amortisierten Investitionen der Mieter sich während der Dauer der Vertragsverlängerung auf den Zins auswirken sollten, namentlich auf die Höhe der Erfolgsbeteiligung der Vermieterin. Diese hatte ihrerseits einen neuen Mietzins von Fr. 275.–/m<sup>2</sup> vorgeschlagen, unter Verzicht auf eine Beteiligung am Geschäftserfolg der Mieterin. Unter solchen Vorzeichen kann man sich mit Fug fragen, ob der Mieterin nicht von Anfang an klar sein musste, dass die partiarische Komponente des Vertrags nach fünf Jahren zwingend neu zu regeln sein würde. Hier scheint nur schon fraglich, ob die Optionsklausel im Sinne der alten Rechtsprechung des Bundesgericht überhaupt schon eine entgeltliche Gebrauchsüberlassung der Sache für die Optionsdauer zum Ausdruck bringt. Jedenfalls kann es nicht einfach

---

<sup>43</sup> Eine Mietzinserhöhung wäre diesfalls nichtig, soweit nicht das amtliche Formular nach Art. 269d OR verwendet wurde.

bei der bisherigen Vertragsgestaltung bleiben, selbst wenn das Gericht zum Schluss kommen sollte, die Vertragsfortsetzung sei zustande gekommen.

### 3. Vertragsänderung durch einen neuen Vertrag

Im soeben zitierten Urteil hat das Mietgericht auch die Rechtsprechung zur Frage diskutiert, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen der Vermieter der Mieterin einen neuen Vertrag vorlegen darf, wenn er die Änderung der Konditionen in einem unbefristeten Mietvertrag anstrebt. Auch hier stellt sich die Problematik der Gesetzesumgehung, denn der Änderungsmechanismus nach Art. 269d / 270b OR soll die Änderungskündigung des Vermieters durch ein besonderes Gestaltungsrecht ersetzen, welches ihm eine Mietzinserhöhung im gesetzlichen Rahmen und dem Mieter eine Überprüfung der Erhöhung im Rahmen einer Gestaltungsklage ermöglicht. Zweck der Regelung ist zu vermeiden, dass die Mieterin unter Kündigungsdruck und in Unkenntnis ihrer Rechte über die Vertragskonditionen verhandeln muss.<sup>44</sup>



Das Bundesgericht lehnt bei einem unbefristeten Mietverhältnis (oder bei kündbaren Verträgen mit Höchstdauer) den Abschluss eines neuen Mietvertrags zu einem höheren Mietzins bei ansonsten gleichen Konditionen zwar nicht gänzlich ab, knüpft ein solches Vorgehen aber an strenge Voraussetzungen: Sog. konsensuale Mietzinserhöhungen ohne Formular sind zulässig, sofern der Mieter bei der Anpassung nicht unter Druck stand und über sein Anfechtungsrecht informiert war.<sup>45</sup> Konkret ging es um einen Miet-

<sup>44</sup> MG ZH, Urteil MB180001-L v. 18.4.2019, in ZMP 2019 Nr. 8, E. 4.1.3.5.

<sup>45</sup> BGE 123 III 70 E. 3a und b; BGE 128 III 419 E. 2.4.2 = Pra 2003 Nr. 7

vertrag über ein Gastronomielokal, bei welchem die Parteien am 10. September 1993 für eine fünfjährige Mietdauer einen Mietzins von Fr. 10'000.– pro Monat vereinbart, vier Tage nach Vertragsschluss aber eine Abmachung unterzeichnet hatten, gemäss welchem der Mietzins Fr. 12'000.– betragen sollte. Dennoch bezahlte der Mieter ab Mietbeginn zunächst nur Fr. 10'000.– monatlich. Am 1. Januar 1995 einigten sich die Parteien auf eine Vertragsänderung, die wiederum einen Mietzins von Fr. 12'000.– pro Monat vorsah. Daran hielt sich der Mieter bis zum Ablauf der fünfjährigen Vertragsdauer, forderte danach aber den Differenzbetrag zurück. Alle Instanzen verwehrten ihm dies mit dem Argument, wegen der Befristung des Vertrages bis 1999 sei der Mieter nicht unter (Kündigungs-)Druck gestanden, als er die Vereinbarung vom 1. Januar 1995 unterzeichnet habe, denn während der festen Vertragsdauer sei gar keine Kündigung möglich gewesen. Zudem sei er über seine Rechte informiert gewesen und habe den verlangten höheren Mietzins anstandslos bezahlt. Die ohne Verwendung des Formulars vereinbarte Mietzinsanpassung sei daher gültig.<sup>46</sup> Schon damals betonte das Bundesgericht indes wie später auch in BGE 139 III 145, Vereinbarungen zwischen den Parteien dürften nicht dazu führen, dass die Schutzbestimmungen des Mietrechts umgangen würden.<sup>47</sup> Dies sei etwa der Fall, wenn der Vermieter in einer Situation der einseitigen Vertragsänderung vom Mieter ein entsprechendes, von ihm vorbereitetes Dokument unterzeichnen lasse. Eine konsensuale Mietzinsanpassung sei nur möglich, wenn feststehe, dass der Mieter oder Pächter ausreichend über seine Rechte informiert sei und zudem nicht unter der Drohung einer Vertragsauflösung stehe. Weiter betonte das Gericht, dass die besonderen Voraussetzungen für einen Verzicht auf das Formular streng zu handhaben sind. Insbesondere muss es ausgeschlossen werden können, dass der Mieter unter Druck stand.<sup>48</sup>

Umgekehrt kann eine Umgehungsabsicht nicht schon daraus geschlossen werden, dass bei Auslaufen einer Vertragsphase der Mietzins ohne Rücksicht auf die relative Methode festgelegt werden soll, also unabhängig von der bisherigen Mietzinsgestaltung, insbe-

---

<sup>46</sup> A.a.O., E. 2.4.1 und 2.4.2.

<sup>47</sup> BGE 128 III 419 E. 2.4.2: «Les dispositions impératives de la loi ne doivent cependant pas être éludées.»

<sup>48</sup> Vgl. BGer 4A\_198/2008 vom 7.7.2008 E. 3.1; ebenso schon BGE 123 III 70 E. 3b.

sondere auch unter freier Heranziehung einer Renditeberechnung oder der orts- und quartierüblichen Vergleichsmiete gemäss Art. 269 bzw. 269a lit. a OR. In Zusammenhang mit Index- und Staffelungsklauseln nach Art. 269b und 269c OR hat das Bundesgericht nämlich entschieden, dass bei Auslaufen jeder fünf- bzw. dreijährigen festen (Mindest-) Vertragsdauer der Mietzins nach absoluter Methode neu bestimmt werden kann.<sup>49</sup> Bei echt befristeten Verträgen versteht sich dies von selbst, denn wenn der ursprüngliche Vertrag ausläuft, kommt eine Verlängerung an sich nur aufgrund eines neuen Vertrages in Betracht, so dass ein Anfangsmietzins vorliegt, für dessen Festsetzung bei Geschäftsräumen auch kein amtliches Formular verwendet werden muss.<sup>50</sup> Nur bei einer stillschweigenden Fortsetzung des Mietverhältnisses über das Ende der echt befristeten Vertragsdauer hinaus oder bei einem unecht befristeten Mietvertrag, d.h. einem solchen mit fester Mindestdauer<sup>51</sup> greift die Formularpflicht nach Art. 269d OR wieder.<sup>52</sup>

Dagegen ist eine Umgehungsabsicht ohne weiteres anzunehmen, soweit sich der vereinbarte Anpassungsmechanismus innerhalb eines mehrphasigen Mietvertrags mit bestimmbarem Mietzins für alle Phasen überhaupt nicht an den Kriterien von Art. 269 ff. OR orientiert, denn die Missbrauchsgesetzgebung will gerade verhindern, dass die Mieterseite gegenüber einer Mietzinsfestsetzung nach reinen Marktkriterien im Voraus auf eine Anfechtung verzichten kann.

Auch soweit die Parteien den Mietzins nicht nach den üblichen Gepflogenheiten vereinbaren, wie etwa im Falle einer Umsatzmiete oder einer einkommensabhängigen Miete, haben sie zumindest den Rahmen der Missbrauchsgesetzgebung zu beachten.<sup>53</sup>

Im Übrigen existiert eine reichhaltige Praxis zur Abgrenzung des Abschlusses eines neuen Mietvertrags von einer Vertragsänderung, bei welcher die Schranken der Miss-

---

<sup>49</sup> BGE 121 III 397 E. 2b/bb; BGE 123 III 76 E. 4c = Pra 1997 Nr. 111; BGE 124 III 57 E. 3c; zuletzt bestätigt in BGer 4A\_269/2015 v. 2.11.2015 E. 2.3; vgl. auch BGE 137 III 580 E. 2 = Pra 2012 Nr. 51; BGer 4A\_489/2010 und 4A\_531/2010 vom 6.1.2011 E. 4.2)

<sup>50</sup> BGE 121 III 397 E. 2b/bb; vgl. BGE 128 III 419 E. 2.4.3.

<sup>51</sup> Frz. «bail de durée déterminée improprement dit», vgl. BGE 121 III 397 E. 2b/bb.

<sup>52</sup> BGE 123 III 76, E. 4c sowie BGE 121 III 397 E. 2b/bb; HAP-BÄTTIG, Rz. 1.123.

<sup>53</sup> Betr. einkommensabhängige Miete [zur Publ. best.] BGE, 21.4.2020, 4A\_157/2019 E. 4.

brauchsgesetzgebung zu beachten sind. Kein neuer Mietvertrag liegt vor, wenn bei stillschweigender Fortsetzung des Mietverhältnisses i.S.v. Art. 266 Abs. 2 oder aufgrund der Anwendung einer Verlängerungsklausel ein neuer Mietzins festgelegt wird.<sup>54</sup> Gleiches gilt nach Wegfall der Hauswartkomponente eines gemischten Vertrags.<sup>55</sup> Einen Anfangsmietzins legen die Parteien aber fest beim Abschluss eines neuen Vertrages mit wesentlich veränderten Konditionen, die nicht den Mietzins betreffen (Umfang des Mietobjekts, Gebrauchszweck, Mietparteien etc.).<sup>56</sup> Ein Anfangsmietzins liegt demzufolge auch vor, wenn sich die im Bestand veränderten Parteien im Anschluss an eine wirksame Kündigung wiederum auf einen Mietvertrag über die gleiche Sache einigen.<sup>57</sup> Von einer Anfangsmietzinsfestsetzung geht das Bundesgericht auch aus bei der Neufestsetzung nach Ablauf einer Staffelmiete.<sup>58</sup> Soll mittels eines neuen Vertrags nur der Mietzins angepasst werden, ist aber grundsätzlich von einer blossen Vertragsänderung i.S.v. Art. 269d bzw. 270a auszugehen.<sup>59</sup> BÄTTIG empfiehlt dem sorgfältigen Vermieter mit Blick auf die uneinheitliche Rechtsprechung mit gutem Grund, vorsichtshalber immer das amtliche Formular für die Mietzinsfestsetzung zu benützen.<sup>60</sup>

#### 4. Definition von Vertragszweck und Nutzungsmodalitäten als Mittel zur Durchkreuzung zwingenden Rechts

Nach Art. 256 Abs. 1 OR ist der Vermieter verpflichtet, die Sache zum vereinbarten Zeitpunkt in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und zu erhalten. Abweichende Vereinbarungen sind insbesondere bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen zwar nicht unzulässig, dürfen sich nach Abs. 2 lit. b der genannten Norm aber nicht zum Nachteil des Mieters auswirken.

<sup>54</sup> LACHAT/STASTNY, *bail à loyer*, 477; BSK OR I-WEBER, Art. 255 N 5; CHK-HULLIGER/HEINRICH, Art. 270 OR N 1; HAP-BÄTTIG, 56; a.M. SVIT-Komm.-ROHRER B., Art. 270 OR N 6; ZK-HIGI, Art. 270 OR N 24 ff.; BLUMER, SPR VII/3, RZ 402)

<sup>55</sup> BGE 131 III 566 E. 3.1 = Pra 2006 Nr. 54.

<sup>56</sup> BGer 4A\_455/2017 E. 2.2 v. 27.11.2017; BGer 4A\_576/2008 v. 19.2.2009, E. 2.2; ausführlich zu den verschiedenen, nicht immer einfach einzuordnenden Konstellationen HAP-BÄTTIG, 54 ff.

<sup>57</sup> BGer 4A\_455/2017 v. 27.11.2017, E. 2.2; Zahlungsverzugskündigung; Ehefrau des Mieters war nicht mehr Partei des neuen Vertrages)

<sup>58</sup> BGE 121 III 397 E. 2b/bb.

<sup>59</sup> BGE 139 III 145 E. 4.2.4 = Pra 2013 Nr. 96; BGE 131 III 566 E. 3.1-2.

<sup>60</sup> HAP-BÄTTIG, 56 f.

Der Gesetzgeber vermeidet bewusst den Begriff des vertragsgemässen Gebrauchs und ersetzt ihn durch denjenigen des vorausgesetzten Gebrauchs, um damit zu verdeutlichen, dass die Mietsache bei der Übergabe und hernach während der gesamten Mietdauer für den vereinbarten Zweck zu taugen hat.<sup>61</sup> Viel ist damit zunächst nicht gewonnen, denn die teilzwingende Ordnung ändert nichts daran, dass die Parteien den Vertragszweck und die Gebrauchsmodalitäten vertraglich regeln können. Was eine Partei dabei «vorausgesetzt» hat, ist nach den Regeln zum Vertragsschluss nur soweit relevant, wie es gegenüber der Gegenseite auch zum Ausdruck gebracht wurde. Das ist immerhin auch nicht wenig. Wer ein Lokal zum Betrieb einer Schmiede mieten will, äussert z.B. den mitverstandenen Willen, im Objekt mächtig Hitze zu erzeugen und zu lärmern. Je nach Vertragsinhalt können aber aus einer sehr engen Umschreibung Probleme entstehen bezüglich der gesetzlich verbrieften Flexibilität des Mieters.

Zwei Problemkreise haben sich durch solche häufiger gewordenen Vertragsgestaltungen in den letzten Jahren akzentuiert:

*a) Durchkreuzung des vorzeitigen Auszugsrechts*



Bei der Miete von Geschäftsräumen sind die Vermieterinnen dazu übergegangen, den Gebrauchszweck eng entlang der Branche des Mieters im Vertrag festzuschreiben («zum Betrieb eines Lebensmittelgeschäfts», «zur Benützung als Goldschmiedewerkstatt»). Daran besteht regelmässig durchaus ein legitimes Interesse. So möchte der Vermieter eines Ladenzentrums für einen attraktiven Mix sorgen und verpflichtet sich oft auch vertraglich, keine Konkurrenzbetriebe in benachbarte Lokale zu setzen. Besonders bei län-

---

<sup>61</sup> Botschaft des Bundesrates zur Revision des Miet- und Pachtrechts vom 27. März 1985, BBl 1985 I 1423.

gerfristigen Verträgen kann dies jedoch zu Problemen führen, wenn der Mieter seinen Betrieb verlagern möchte oder muss. Art. 264 OR verschafft ihm zwar ein zwingendes Recht, die Sache vorzeitig zurückzugeben, wenn er eine Ersatzmieterin stellt, die bereit und in der Lage ist, die Sache zu den gleichen Bedingungen zu übernehmen. Zu diesen gleichen Bedingungen gehört aber grundsätzlich auch die Vereinbarung über die konkrete Benützung der Sache. Besonders wenn Betriebe der gleichen Branche nicht leicht zu finden sind, kann dies dazu führen, dass das Recht zur vorzeitigen Rückgabe der Sache ausgehöhlt wird. Es soll hier nicht behauptet werden, dies sei auch der Zweck einer solchen engen Zweckumschreibung, was auf eine Gesetzesumgehung hinausliefe. Gelegentlich kommt es aber vor, dass Vermieterinnen sich die Sache gar einfach machen und nach dem Auszug des Mieters eine sehr lange Zeit verstreicht, bis dann die perfekte neue Mieterin das Objekt übernimmt. Hier helfen die «Schadenminderungspflicht» nach Art. 264 Abs. 3 lit. b OR bzw. die dort geregelte Spielart des Rechtsmissbrauchsverbots («... oder absichtlich zu gewinnen unterlässt»): Grundsätzlich ist es Sache des Mieters, die vollständigen Befreiungsvoraussetzungen zu schaffen. Erkennt die Vermieterin aber, dass dieser keinen Ersatzmieter stellen wird oder finden kann, ist sie gehalten, selber aktiv zu werden.<sup>62</sup> Dies kann auch bedeuten, dass sie eine Ersatzmieterin akzeptieren muss, welche die Sache einem zumutbaren Verwendungszweck zuführen möchte. Einen Bundesgerichtsentscheid zu dieser Konstellation gibt es zwar noch nicht, aber einen solchen zu einem verwandten Thema: Es kann sein, dass das Mietverhältnis im Zeitpunkt der vorzeitigen Rückgabe bereits gekündigt ist auf einen Termin, der nur kurze Zeit nach dem Auszug liegt. Grundsätzlich muss eine Ersatzmieterin bereit sein, das Objekt auf den genannten Termin wieder zu verlassen. Einer entsprechenden Forderung der Vermieterin kann aber das Rechtsmissbrauchsverbot entgegen stehen, so wenn sie selber die Sache nach dem Auszug des Mieters zwar wieder vermieten will, damit aber ohne vernünftigen Grund monatelang zuwartet.<sup>63</sup> Diese Rechtsprechung kann bei unserem Problem dazu führen, dass die Mietzinsfortzahlungspflicht entfällt oder sich zumindest reduziert, wenn die Vermieterin dem Mieter ohne vernünftigen Grund die Ersatz-

---

<sup>62</sup> BGer 4C.118/2002, E. 3; ZK-HIGI/WILDISEN, N 30 f. und N 80 ff.

<sup>63</sup> BGer 4A\_332/2016 v. 20.9.2016, E. 3.5.

mietersuche durch ihr Pochen auf eine eng umschriebene vertragliche Nutzung der Sache erschwert oder verunmöglicht hat.

*b) Unzulässige Nutzungsbeschränkungen*

Art. 262 OR verschafft der Mieterseite in den Grenzen von Abs. 2 der Bestimmung ein zwingendes Recht zur Untervermietung. Anerkannt ist, dass die Mieterin unabhängig von dieser Bestimmung zwingend das Recht hat, Besuche zu empfangen, Personal zu beherbergen oder Familienangehörige oder einen Lebenspartner bei sich aufzunehmen, solange eine Wohnung nicht überbelegt ist.<sup>64</sup>



Recht häufig finden sich in Wohnungsmietverträge Klauseln über die zulässige Anzahl der Bewohner. Soweit solche Klauseln nicht mit der (objektiven) Grenze der Überbelegung übereinstimmen, dienen sie einzig der Umgehung der beschriebenen zwingenden Vorschriften und sind nichtig.

5. Verschiebung der Pflicht zu Herrichtung und Unterhalt der Sache auf die Mieterin

Art. 256 Abs. 2 lit. b OR erklärt zwar Vereinbarungen für nichtig, die die Pflicht des Vermieters zu Herrichtung und Unterhalt der Sache der Mieterin zuschieben, allerdings nur soweit sich solche Abmachungen «zum Nachteil» der Mieterin auswirken. Ein Ausbau

<sup>64</sup> BGer, 30.6.2020, 4A\_596/2019 E. 4 [jur. Person, die ein Objekt zu Wohnzwecken mietete]; BGer, 23.7.2019, 4A\_39/2019 E. 4; LACHAT/GROBET THORENS, Bail à loyer, 59 f. und 721.

des noch nicht gebrauchstauglichen Mietobjekts und/oder die Übernahme der Unterhaltspflicht durch die Mieterin kann daher grundsätzlich durchaus gültig vereinbart werden.<sup>65</sup> Noch immer ungeklärt ist, wann sich eine solche Regelung über die Grenzen des zwingenden Rechts hinwegsetzt. Erschwert wird die Debatte durch die Abgrenzungsprobleme gegenüber den Erneuerungen und Änderungen durch die Mieterin im Sinne von Art. 260a OR. Dort hat das Bundesgericht entschieden, dass die Mieterin gültig auf jede Entschädigung des Mehrwerts bei Beendigung der Miete verzichten kann, auch wenn Art. 260a Abs. 3 OR an sich nur weitergehende Entschädigungsansprüche der Mieterin vorbehält. Das Bundesgericht begründete dies damit, dass der Vermieter ja schon die Zustimmung zur Erneuerung oder Änderung verweigern könne.<sup>66</sup>



Bei der sogenannten Rohbaumiete und den neuerdings in Mode gekommenen «Double-» oder «Triple-Net»-Verträgen geht es aber nicht nur um Erneuerungen und Änderungen der an sich schon gebrauchstauglichen Sache, sondern um die Herstellung der Gebrauchstauglichkeit im Sinne von Art. 256 OR als solche, die wie die Unterhaltspflicht nur in den Schranken von Abs. 2 der Mieterin überbunden werden darf. Nach h.L. und wohl auch nach der Auffassung des Bundesgerichts ist dabei unter dem Gebrauchszweck immer die vereinbarte Benützung der Sache zu verstehen, demnach in der Benützung als Büro, Lager, Verkaufsraum, Montagehalle, Autowerkstatt usw. Der Endausbau der Sache durch den Mieter hat mit dem vereinbarten Gebrauch nichts zu tun.<sup>67</sup>

<sup>65</sup> SVIT-Komm.-Tschudi M., Art. 256 OR N 56; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 70 ff.

<sup>66</sup> BGE 124 III 149 E. 4 und 5; vgl. BGer, 29.3.2006, 4C.18/2006, E. 3.1.1.

<sup>67</sup> BGer 4A\_208/2015 v. 12.2.2016, E. 3.2; gl.M. ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 256 N 35 und 70 ff., HEUSI, Ausgewählte Fragen zur Geschäftsmiete, mp 1999, 4 f.; KUKO OR-BLUMER, N 9 [ebenso schon WALTER in der Vorauf.]; ZANETTI, Ausgewählte Aspekte der Rohbaumiete, mp 2011, 95 f.; BSK OR I-WEBER, Art.

Damit die Rohbaumiete nicht i.S.v. Art. 256 Abs. 2 *zum Nachteil des Mieters* von der gesetzlichen Ordnung abweicht, muss schon der Rohbau sämtliche Sicherheitsanforderungen erfüllen, etwa betr. Treppen und Notausgänge.<sup>68</sup> Im Übrigen muss der Mieter für den Zeitwert seiner Installationen, die zur Schaffung der Gebrauchstauglichkeit *notwendig* waren, in irgendeiner Form – zwingend spätestens beim Ende des Mietverhältnisses – voll entschädigt werden.<sup>69</sup> Ausserdem kann er jedenfalls nach Beendigung der Miete grundsätzlich nicht verpflichtet werden, auf seine Kosten den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen.<sup>70</sup> Die von der Minderheitsmeinung verfochtene gegenteilige Ansicht beruht im Kern auf einer Unterscheidung zwischen Gebrauchszweck und Gebrauchsmodalitäten; mit letzteren sollen die Parteien den geschuldeten Ausbaustandard beliebig tief festlegen und dem Mieter frei die Verantwortung der Herrichtung der Sache für den vorgesehenen Zweck übertragen können. Diese Argumentation krankt indessen schon an der Identität der beiden genannten Ausdrücke.

In der Praxis entstehen durch die hier vertretene Ansicht allerdings gewisse Schwierigkeiten, weil im Zeitalter der Corporate Identity die Inneneinrichtungen von Unternehmen – selbst innerhalb der gleichen Branche – nicht einfach austauschbar, sondern für den Vermieter oder auch einen Mietnachfolger häufig uninteressant sind, obwohl sie objektiv noch einen erheblichen Wert aufweisen. Dem Problem kann begegnet werden, indem Vorrichtungen, die ausschliesslich der Anpassung an besondere Bedürfnisse des Mieters dienen, unter dem Blickwinkel von Art. 260a beurteilt werden. Wo die entsprechenden Voraussetzungen nicht erfüllt sind, kann dem Geschäftsraummieter eine Mindestvertragsdauer eingeräumt werden, welche ihm die vollständige Abschreibung seiner

---

256 N 6a; a.M. TSCHUDI J.-P., MRA 1998, 105; SVIT-Komm.-TSCHUDI M., Art. 256 OR N 57 ff. [der immerhin postuliert, dass die Überwälzung der Unterhaltsverpflichtung auf den Mieter in irgendeiner Form im Mietzins ihren Niederschlag finden muss, N 55]; MORITZ VISCHER, Die Rohbaumiete, Diss. Zürich 2014, 94; BK-GIGER, N 94 ff.; CARRON, Le bail de locaux nus ou bruts (Rohbaumiete), 20<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Basel/Neuchâtel 2018, 99 ff. und 136 ff.

<sup>68</sup> BGer 4A\_208/2015 v. 12.2.2016, E. 3.2.

<sup>69</sup> BGE 104 II 202 E. 3; URBACH/MOSKRIC, Die Zulässigkeit von Triple-Net-Mietverträgen im schweizerischen Mietrecht, AJP 2008, 1001; ZANETTI [Fn. 60], 97 f.)

<sup>70</sup> Gl.M. CR CO I-LACHAT, N 10; MPra-WYTTEBACH, 905; HEUSI [Fn. 60], 5; KUKO OR-BLUMER, N 9; CPra-MONTINI/BOUVERAT, N 18 und 51; LACHAT/RUBLI, bail à loyer, 264; BLUMER, SPR VII/3, Rz 386 und 643; teilw. anders SVIT-Komm.-TSCHUDI, N 55 ff.; CHK-HULLIGER/HEINRICH, N 7 sowie Art. 260a N 3; ZANETTI, mp 2011, 99 f.; a.M. TSCHUDI J.-P., MRA 1998, 105; VISCHER MO., Diss., 96 ff. und 143 ff.; BIBER, Rohbaumiete 33 ff.; HAP-BIBER, 717 f.; BK-GIGER, ART. 256 OR N 104).

Investitionen erlaubt. Eine solche Vereinbarung stellt den Mieter getreu Art. 256 Abs. 2 gleich wie bei einer Finanzierung der Investitionen durch den Vermieter, denn der Mietzins wird nur aufgrund der Investitionen des Vermieters kalkuliert und die Installationen des Mieters sind nach Ausnützung der Vertragsdauer wertlos. Dem Mieter können dabei durchaus vorzeitige Kündigungsmöglichkeiten eingeräumt werden. Macht er dann von diesem Recht Gebrauch, verschuldet er durch vertragswidriges Verhalten eine Kündigung des Vermieters oder gibt er die Sache ohne Stellung eines Ersatzmieters vorzeitig zurück, so hat er sich die unmöglich gewordene Ausschöpfung der Lebensdauer seiner Installationen selber zuzuschreiben und demnach keinen Anspruch auf Ersatz des Zeitwerts.

Das OG ZH hat in Zusammenhang mit einer Verschiebung der Unterhaltsverpflichtung auf die Mieterin entschieden, dass unter einem Nachteil im Sinne von Art. 256 Abs. 2 OR schon ein vorübergehender Nachteil zu verstehen sei. Die Mieterin verfüge daher über einen sofortigen Anspruch auf Übernahme der Kosten und könne stattdessen auch die Vornahme der Unterhaltsarbeiten durch die Vermieterin verlangen.<sup>71</sup> Würde man diese Rechtsprechung auf die Kosten für die Herrichtung der Sache übertragen, wäre zu beachten, dass der vereinbarte Mietzins die entsprechenden Kosten nicht enthält. Konsequenterweise müsste der Vermieterin deshalb nach einer Verpflichtung zum Ersatz der Aufwendungen der Mieterin ein Anspruch auf eine Mietzinserhöhung wegen Mehrleistungen im Sinne von Art. 269a lit. b OR zustehen.

#### 6. Zu tiefe Nebenkosten-Akontozahlungen

Gemäss Art. 257b Abs. 1 OR sind Nebenkosten die tatsächlichen Aufwendungen des Vermieters für Leistungen, die mit dem Gebrauch der Sache zusammenhängen. Traditionell, wenn auch ohne explizite Grundlage im Gesetz, erlaubt Art. 4 VMWG auch die Erhebung von Nebenkosten via Akontozahlungen. In einer Zeit, in welcher die Vermieter dazu übergegangen sind, exorbitante Nebenkosten zu erheben – die Liste erfasst jeweils in den Verträgen oft mehr als zwei Dutzend Posten – ergibt sich daraus ein Transparenz-Problem, wenn die Akontozahlungen gemäss dem Mietvertrag zu tief angesetzt sind.

---

<sup>71</sup> ZMP 2020 Nr. 9.



In einem Leiturteil aus dem Jahre 2006 hat das Bundesgericht festgehalten, ob sich der Mieter darauf verlassen könne, dass die Akontozahlungen in etwa den tatsächlichen Aufwendungen entsprechen, hänge von den gesamten Umständen ab.<sup>72</sup> Im konkreten Fall schützte es allerdings den Standpunkt des Vermieters, obwohl die effektiven Nebenkosten sich jeweils auf mehr als das Doppelte (rund 210–260%) der vereinbarten Akontozahlungen beliefen. Zur Begründung führte es aus, nach Vertrauensprinzip setze die Vereinbarung von Akonto-Leistungen die spätere Ausgleichung der Differenz zwischen dem Geleisteten und dem tatsächlich Geschuldeten voraus, ohne dass damit eine Aussage zur maximalen Höhe der Nach- oder Rückzahlung verbunden sei. Der Vermieter könne die Höhe der tatsächlichen Kosten aufgrund der Instabilität der Nebenkosten wegen der variierenden Preise der Drittanbieter und des unterschiedlichen Verbraucherverhaltens gar nicht zuverlässig bestimmen. Umgekehrt sei es dem Mieter zuzumuten, sich nach der ungefähren Höhe der Kosten zu erkundigen.<sup>73</sup> Differenzierter und unter Bezugnahme auf die Kritik in der Lehre äusserte es sich in einem neueren Entscheid, hielt dabei an seiner Rechtsprechung aber fest.<sup>74</sup>

Diese Rechtsprechung überzeugt nicht restlos, und zwar obwohl das Bundesgericht sich im Einzelfall sehr wohl eine Entscheidung zugunsten der Mieterseite vorstellen kann: So räumt es ein, mancher Mieter möge beim Vertragsabschluss vermuten, dass die Akontozahlungen zur Bestreitung der Kosten ausreichen. Diese Erwartung erweist sich nach

---

<sup>72</sup> BGE 132 III 24, Regeste.

<sup>73</sup> Bestätigt in BGer 4A\_268/2009 v. 4.2.2010, E. 2

<sup>74</sup> BGer 4A\_339/2018 v. 29.1.2019.

der hier vertretenen Auffassung für gewöhnlich durchaus auch als berechtigt. Zwar bestehen aus Sicht des Vermieters Unsicherheiten bei der Budgetierung der künftigen Kosten und damit auch bei der Kalkulation der Akontozahlungen. Er kann sich daher durchaus darauf berufen, die Kosten für Drittleistungen hätten sich seit der letzten Abrechnung erhöht oder der neue Mieter verursache viel höhere Kosten als seine Vorgängerin. Zuzugeben ist auch, dass sich die Situation bei einer Erstvermietung auch für den Vermieter nicht leicht einschätzen lässt.<sup>75</sup> Soweit aber keine solchen besonderen Umstände vorliegen, gebieten Treu und Glauben, Manipulationen zu verhindern, gerade in einem Bereich, der von Vertrauensschutz und Kostenwahrheit durchdrungen ist wie die Mietzinsgesetzgebung.<sup>76</sup> Wenn Akontozahlungen schon – wie auch das Bundesgericht ausführt – zur Minimierung des Inkassorisikos des Gläubigers dienen, so darf der Schuldner auch annehmen, der Gläubiger werde diesen Zweck nicht durch viel zu tiefe Akontozahlungen unterlaufen. Das gesetzliche Prinzip der Kostenwahrheit bei den Nebenkosten wird durch die Tolerierung solcher Erscheinungen in sein Gegenteil verkehrt – ein klassischer Fall der Gesetzesumgehung. Das weitere Argument, bei einem unausgeglichene Markt habe der Vermieter kein Interesse an einer verschleierte Preisgestaltung, weil er den von ihm angestrebten Zins ohnehin erlangen könne,<sup>77</sup> trifft mit Blick auf die auch in diesem Marktsegment oft sehr unterschiedlichen Eigenschaften der zur Auswahl stehenden Mietinteressenten nicht zu und ändert nichts daran, dass eine verschleierte Preisgestaltung auch dann nicht schützenswert ist, wenn sie zur Bewerkstelligung des Vertragsschlusses nicht erforderlich wäre: Eine absichtliche Täuschung kann nach Art. 28 Abs. 2 ungeachtet eines wesentlichen Irrtums vorliegen – auch eine sinnlose Regelwidrigkeit bleibt eine Regelwidrigkeit, erst recht, möchte man meinen. Hinzu kommt, dass das Erfordernis der besonderen Vereinbarung der Nebenkosten in Art. 257a Abs. 2 gerade dem Zweck dient, den Mieter vor unabsehbaren Forderungen unter dem Titel von «Neben»kosten zu schützen. Vom Mieter eine Erkundigung nach den tatsächlichen Kosten zu verlangen,<sup>78</sup> obwohl doch der Vermieter über einen Wissensvorsprung ver-

---

<sup>75</sup> So lag auch der neueste Fall: BGer 4A\_339/2018 v. 29.1.2019, E. 1.6.3.1.

<sup>76</sup> Ebenso KOLLER, Wertungswidersprüche [Fn. 13], 15 ff.

<sup>77</sup> BGer 4A\_339/2018 v. 29.1.2019, E. 1.6.3.1.

<sup>78</sup> BGE 132 III 24 E. 5.1.1.

fügt, erscheint in Anbetracht der ungleichen Verhandlungsposition unrealistisch.<sup>79</sup> Wenig sachgerecht scheint die – im neueren Entscheid nicht wiederholte – Überlegung, es bedeute für den Mieter einen finanziellen Vorteil, geringe Akontozahlungen leisten zu müssen. Vielmehr ist für den Vertragsentschluss der am Ende vielleicht 10 oder 20% höhere Bruttomietzins bedeutsamer als die Höhe der vorläufigen Zahlungen. Den berechtigten Anliegen des Vermieters kann ohne weiteres durch eine grosszügige Marge Rechnung getragen werden, die durchaus höher sein darf als beim Kostenvoranschlag nach Art. 375 Abs. 1 OR.<sup>80</sup> Ein Verbot der verschleiernenden Preisgestaltung folgt sodann aus der (vom Bundesgericht ebenfalls verworfenen) Anwendung von Art. 3 lit. b und f UWG.

Zuzugeben ist dem Bundesgericht allerdings, dass es dem Mieter zuzumuten ist, sofort gegen die erste überraschende Nebenkostenabrechnung vorzugehen. Mit einer Klage zu warten, bis die Summe der zurückgeforderten Nebenkostenbetreffnisse die Streitwertgrenze für eine Berufung ans Bundesgericht erreicht, darf sehr wohl mit dem Argument der Genehmigung quittiert werden.<sup>81</sup>

Die Rechtsprechung kontrastiert auffällig zu derjenigen in Zusammenhang mit der Ausscheidung neuer Nebenkosten durch eine Vertragsänderung nach Art. 269d Abs. 3 OR: Diese ist richtig, wenn für den Mieter aus der Begründung der Anpassung nicht erkennbar ist, dass die aus dem Nettomietzins in die Nebenkosten verschobenen Beträge zur Bestreitung der fraglichen Aufwendungen nicht ausreichen. Der Vermieter hat die Anpassung so zu begründen, dass ein Vergleich des alten und des neuen Gesamtmietzinses möglich wird. Dazu hat er auch anzugeben, wie hoch die mutmasslichen effektiven Kosten der neuen Nebenkosten sind und wieviel er bislang für die entsprechenden Posten aufgewendet hat, denn die Ausscheidung muss kostenneutral sein.<sup>82</sup> Die gleichen Re-

---

<sup>79</sup> Ähnlich PÜNTENER, Der Vertrauensschutz bei der Mietzins- und Nebenkostengestaltung, mp 2006, 1 ff., 14 ff.; KOLLER TH., ZBJV 2007, 836 f.; CPra-BIERI, Art. 257a–257b N 56; krit. auch HAP-WYTTENBACH, 273; BRÄNDLI, Nebenkosten: Rechtliche Grenzen bei der Verteilung, mp 2016, 287; a.M. ROHRER B., MRA 2006, 151 ff.; BLUMER, SPR VII/3, Rz 480; BK-GIGER, Art. 257a N 66).

<sup>80</sup> Vorschlag: 15%; ebenso KGer BL, mp 2013, 121 ff.; ähnlich KOLLER TH., ZBJV 2007, 836: 20%.

<sup>81</sup> Gl.M. PÜNTENER, mp 2006, 21; THANEI, mp 2005, 235; TSCHUDI J.-P., MRA 2005, 178; KOLLER TH., ZBJV 2007, 833 f.; CPra-BIERI, Art. 257a–257b N 56.

<sup>82</sup> BGE 137 III 362 E. 3.2-3 = Pra 2012 Nr. 5; BGE 126 III 124 E. 2b = Pra 2000 Nr. 186; BGE 121 III 460 E. 4a; HAP-WYTTENBACH, 278.

geln gelten auch, wenn ein Kanton für die Festsetzung des Anfangsmietzinses die Verwendung des amtlichen Formulars vorgesehen hat und der Vermieter bei einem Mieterwechsel neue Nebenkosten ausscheiden möchte.<sup>83</sup>

Zu überlegen wäre, ob nicht auf dem Weg der Gesetzgebung eine Entschlackung des unübersichtlichen und streitträchtigen Nebenkostenwesens erreicht werden könnte. Einzuräumen ist auf der anderen Seite, dass das Problem am Ende so gross nicht ist. Gerade die Profis der Vermieterseite sind sich bewusst, dass man Akontozahlungen im Interesse der Kundenzufriedenheit trotz der bestehenden Rechtsprechung besser zu hoch als zu tief ansetzt. Laut Verbandsjuristin und Mietrichterin Sandra Heinemann führen die problematischen Konstellationen nämlich immer wieder zu Diskussionen.<sup>84</sup>

## 7. Ertragsoptimierungskündigung



Art. 271a Abs. 1 lit. b OR verbietet ausdrücklich die Kündigung mit dem Zweck, eine Mietzinserhöhung durchzusetzen. Dies führte schon relativ früh zur Folgefrage, ob es zulässig sei zu kündigen, um die Sache an einen Dritten zu einem höheren Mietzins wei-

<sup>83</sup> Art. 270 Abs. 2 OR; BGer 4A\_571/2017 v. 10.7.2018, E. 4.1.1 und 4.1.2.

<sup>84</sup> SANDRA HEINEMANN, Heiz- und Nebenkosten – Akontobeiträge, Der Zürcher Hauseigentümer 1/2020, 35.

terzuvermieten. Das Bundesgericht hat die Frage im Grundsatz zugunsten der Gültigkeit der Kündigung entschieden, jedoch vom Vermieter den Nachweis gefordert, dass der Mietzins berechnet nach der absoluten Methode tatsächlich erhöht werden kann und dass auch kein anderer Verstoss gegen Treu und Glauben, namentlich gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens vorliege.<sup>85</sup> In einer neueren Entscheidung hat es klargestellt, dass eine nur unbedeutende zulässige Mietzinserhöhung von Fr. 75.– pro Jahr keine Kündigung rechtfertigt.<sup>86</sup> M.E. wäre es besser, hier einen Fall der Gesetzesumgehung anzunehmen. Statt den Mieter seines Wohn- oder Geschäftsraumes um der Rendite willen zu berauben, könnte man der Vermieterin das Recht einräumen, den Mietzins in Perioden von z.B. 5 Jahren den absoluten Anpassungsgründen anzupassen – auch wenn das im heutigen Zinsumfeld unattraktiv erscheint. Zumindest sollte die Vermieterin gehalten sein, einen nach absoluter Methode zulässigen Mietzins dem bisherigen Mieter vorzuschlagen, bevor man ihr erlaubt, zur Kündigung zu greifen. Die Rechtsprechung scheint zwar als gefestigt, und ohne eine Andeutung aus Lausanne kann ich mir nicht vorstellen, dass das Mietgericht Zürich hier einen Versuchsballon steigen lassen würde. Noch immer klingt mir aber die Bemerkung meines Vor-Vorgängers Raymond Bisang in den Ohren, der 1994 schrieb, das Bundesgericht habe ein falsches Prinzip durch eine inkonsequente Ausnahme ergänzt.<sup>87</sup> Geht es dem Vermieter nur um den Mietzins, so soll er den Weg der Erhöhung zu beschreiten; eine Kündigung dient in dieser Situation allein der Gesetzesumgehung. Immerhin sind die Hürden in der Praxis hoch genug, um derselben zu begegnen.<sup>88</sup>

---

<sup>85</sup> BGE 120 II 105 = Pra 1995 Nr. 144; bestätigt in BGE 136 III 74 E. 3.1 = Pra 2010 Nr. 86 [zum Ende der Geschichte s. BGer 4A\_612/2012 v. 19.2.2013] sowie in BGer 4A\_397/2013 v. 11.2.2014, E. 3.5, und neu-estens in BGer 4A\_239/2018 v. 19.2.2019.

<sup>86</sup> BGer 4A\_211/2015 v. 8.12.2015.

<sup>87</sup> BISANG, MRA 1994, 28.

<sup>88</sup> BGer 4A\_239/2018 v. 19.2.2019.

## 8. Schiedsgericht zur Aushebelung des zwingenden Mietrechts



Streitigkeiten über Mietverhältnisse sind nach dem Wortlaut von Art. 354 ZPO unbeschränkt schiedsfähig. Das Bundesgericht legt die Bestimmung allerdings einschränkend aus und hat festgehalten, dass der Gesetzgeber an der nach aArt. 274c OR geltenden Rechtslage nichts ändern wollte. Die Miete von Wohnräumen ist daher nicht schiedsfähig, jedenfalls im nationalen Verhältnis.<sup>89</sup> Das Bundesgericht schliesst dies zu Recht aus Art. 361 Abs. 4 ZPO, wonach bei der Miete von Wohnungen nur die paritätische Schlichtungsbehörde als Schiedsgericht gewählt werden darf. Die grundsätzlich freie Wahl auch eines ausländischen Rechts und das Fehlen der unentgeltlichen Rechtspflege im Schiedsverfahren bergen für die schwächere Vertragspartei erhebliche Gefahren. Im internationalen Verhältnis kommt die Schranke von Art. 354 und Art. 361 Abs. 4 ZPO nach richtiger Betrachtung ebenfalls zur Anwendung, da die Bestimmung zum schweizerischen *Ordre public* gehört, soweit das Mietobjekt in der Schweiz liegt und der Mieter Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat.<sup>90</sup>

Für das Arbeitsvertragsrecht mit rein schweizerischem Bezug hat das Bundesgericht dies mittlerweile bestätigt.<sup>91</sup> Zu beachten ist allerdings, dass die arbeitsrechtliche Rechtsprechung vorab auf der Überlegung fusst, dass der Arbeitnehmer während des Arbeitsver-

<sup>89</sup> BGE 141 III 201 E. 3.2.3, der zugleich Schiedsgutachten zur Mietzinsfestsetzung selbst bei der Miete von Luxuswohnungen für unzulässig erklärt; DIETSCHY, *Bail à loyer et procédure civile*, Basel 2018, 39; krit. EICHENBERGER/HULLIGER, *MRA* 2015, 53 ff.)

<sup>90</sup> ZK-HIGI, aArt. 274c N 4 ff.; SVIT-Komm. ZPO-BISANG/KOUMBARAKIS N 402; IPRG-Kommentar-VISCHER, Art. 177 N 15; a.M. GEHRI, *AJP* 2001, 1243; KUKO ZPO-DASSER, Art. 354 N 14, der die Möglichkeit des Opting-out zugunsten des IPRG nach Art. 353 Abs. 2 ZPO eher bejaht.

<sup>91</sup> BGE 144 III 235.

hältnisses selbst im Rahmen eines Vergleichs nicht frei auf seine Ansprüche verzichten kann (a.a.O., E. 2.3.2; vgl. Art. 341 Abs. 1 OR). Es genügt daher zwar für den Ausschluss von Schiedsklauseln nicht, dass die materielle Regelung zwingender Natur ist. Bei rein schweizerischen Verhältnissen in einem Mietvertrag über Wohnräume ein internationales Schiedsgericht zu vereinbaren, liefe aber ähnlich wie im Arbeitsrecht auf eine Gesetzesumgehung (hier von Art. 361 Abs. 4 ZPO) hinaus. Zudem manifestiert sich der besondere Schutz der sozial schwächeren Partei auch in der Schaffung besonderer Verfahrensregeln, die auf die staatlichen Gerichte zugeschnitten sind.<sup>92</sup> Überträgt man diesen Gedanken auf das Mietrecht, so dürften die Materien, die gemäss der ZPO im vereinfachten Verfahren zu behandeln sind und der sozialen Untersuchungsmaxime unterliegen, mithin die Prozesse gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO (Kündigungsschutz, Mietzinsanfechtung, Hinterlegung, Klagen mit Streitwert bis Fr. 30'000.–), bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen keinen schiedsfähigen Gegenstand im Sinne von Art. 354 ZPO haben. Ein «Opting-out» nach Art. 353 Abs. 2 ZPO ist diesbezüglich im rein nationalen Mietverhältnis zudem ausgeschlossen.

#### IV. Fazit

Es lässt sich nicht leugnen, dass faire vertragliche Lösungen letztlich den wirtschaftlichen Kuchen für alle Beteiligten grösser machen. Das dispositive Gesetzesrecht ist Ausdruck solcher Lösungen, das zwingende Privatrecht der Garant. Die gesetzlichen Lösungen stellen wie die vergleichbaren vertraglichen Abmachungen am ehesten sicher, dass die Gegenseite nur eine Leistung in Anspruch nimmt, die sie auch finanzieren kann. Zudem führen sie auf beiden Seiten zu mehr Zufriedenheit. Zufriedene Kunden sind auch künftige Kunden. Und sie tragen zum guten Image ihrer Vertragspartner durch ihre Berichte bei Verwandten und Freunden bei, die so zu potentiellen künftigen Kunden werden. Es lässt sich nicht belegen, ob dieser Ansatz am Ende besser rentiert als die alternative Vorgehensweise. Bezieht man die nicht in Franken und Rappen messbaren Faktoren mit ein, ist ein solches Geschäftsmodell aber im Gegensatz zu ihrem Konterpart nach-

---

<sup>92</sup> BGE 144 III 235 E. 2.3.3.

haltig und erspart dem betroffenen Unternehmen Konflikte mit kaum messbaren Kosten. Schon aus diesem Grund verdient es den Vorzug.