

Sonderdruck aus

Europa Institut Zürich Band 122

Aktuelle Fragen zum Mietrecht

Herausgeber: Beat Rohrer

Neueste Rechtsprechung und Trends bei der Kündigung wegen Sanierung

Armin Zucker

Schulthess §



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Beat Rohrer

Aktuelle Fragen zum Mietrecht

Schulthess § 2012

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2012
ISBN 978-3-7255-6455-2

www.schulthess.com

Inhaltsübersicht

Baustellen-Immissionen als Mangel an der Mietsache	7
<i>Dr. Matthias Tschudi, Rechtsanwalt, Tschudi Rechtsanwälte, Zürich</i>	
Konkurs des Mieters – Stolpersteine für den Vermieter	21
<i>lic. iur. Martin Sohm, Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, Wenger Plattner Rechtsanwälte, Küsnacht</i>	
Die vertragliche Überbindung von Unterhaltspflichten auf den Mieter	43
<i>Dr. Urban Hulliger, Rechtsanwalt, Rohrer Müller Partner, Zürich</i>	
Neueste Rechtsprechung und Trends bei der Kündigung wegen Sanierung	59
<i>Dr. Armin Zucker, Rechtsanwalt, meyerlustenberger, Zürich</i>	
Mietzinserhöhungen aufgrund von energetischen Verbesserungen	77
<i>Hans Bättig, Rechtsanwalt, advokatur56, Bern</i>	
Optionen im Mietrecht	103
<i>Tobias Kunz, Rechtsanwalt, Rechtsanwalt Tobias Kunz, Zürich</i>	
Das Schlichtungsverfahren in Mietsachen nach der neuen Zivilprozessordnung	117
<i>Dr. Zinon Koumbarakis, Rechtsanwalt, Suhr Würgler Maag Bisang, Zürich</i>	
Revisionspostulate im Mietrecht	161
<i>Dr. Beat Rohrer, Rechtsanwalt, Rohrer Müller Partner, Zürich</i>	

Neueste Rechtsprechung und Trends bei der Kündigung wegen Sanierung

Armin Zucker

Inhalt

I.	Einführung	60
II.	Rechtliche Grundlage.....	61
III.	Die Rechtsprechung bis 2008	63
IV.	Das Leiturteil vom 12. November 2008.....	63
V.	Gesamtumbau, Neuchâtel: BGE vom 11. November 2009	64
VI.	Ersatzwohnung, Lausanne: BGE vom 9. Dezember 2009.....	67
VII.	Pizzeria, Genf: BGE vom 25. Februar 2010	69
VIII.	Lifteinbau, Genf: BGE vom 1. Juli 2010	70
IX.	Strategiewechsel des Vermieters, Zürich: BGE vom 23. November 2010.....	71
X.	Beweislast Umbau, Renens: BGE vom 16. Dezember 2010	72
XI.	Fazit	74

I. Einführung

Bei der Gebäudesanierung stehen dem Vermieter grundsätzlich zwei Strategien zur Verfügung, was die Mieter angeht:

- Sanierung bei fortlaufendem Mietvertrag
- Leerkündigung vor Sanierung

Zu den Vor- und Nachteilen der Sanierung bei fortlaufendem Mietvertrag:

Die Sanierung bei fortlaufendem Mietvertrag bietet für den Vermieter den Vorteil ununterbrochener Mietzinseinnahmen. Wegen dem Ausbleiben von Kündigungs- und Erstreckungsverfahren können die Sanierungsarbeiten in der Regel ohne Verzögerung termingerecht ausgeführt werden. Das Mietrecht kommt dem Vermieter bei der Mietzinserhöhung nach durchgeführter Sanierung entgegen – die Kosten umfassender Überholungen gelten in der Regel zu 50-70% als wertvermehrende Investitionen, sodass nebst den wertvermehrenden Erneuerungen auch werterhaltende Arbeiten dem Mieter überwältzt werden dürfen.

Nachteilig für den Vermieter bei der Sanierung bei fortlaufendem Mietvertrag sind mögliche Herabsetzungsansprüche derjenigen Mieter, die infolge der Sanierung im Gebrauch der Sache gestört werden. Bei grösseren Sanierungsprojekten werden Mieter temporär umquartiert werden müssen, was logistischen Aufwand erfordert. Ferner kann die Mietzinserhöhung nach der Sanierung von den Mietern angefochten werden. Schliesslich ist die Neufestsetzung des Mietzinses an den höchstmöglichen markterhältlichen Stand ausgeschlossen.

Für den Mieter ist die Sanierung bei fortlaufendem Mietvertrag im Vergleich zur Leerkündigung in jedem Fall vorteilhafter. Er behält sein Zuhause und die angestammte Umgebung, erspart sich Kündigungs- und Erstreckungsverfahren, vermeidet die Suche nach einer neuen Wohnung und den Umzug. Erweist sich die Miete nach der Sanierung als zu teuer, so ist es dem Mieter im unbefristeten Verhältnis freigestellt zu kündigen.

Zu den Vor- und Nachteilen der Leerkündigung vor Sanierung:

Für den Vermieter ist die Leerkündigung mit Kündigungs-, Anfechtungs- und Erstreckungsverfahren verbunden. Der Vermieter hat in der Folge vorab

die Hürde der Kündigungsanfechtung zu nehmen. Dabei ist der genügende Konkretisierungsgrad des Umbauprojektes nachzuweisen. Gelingt dies nicht, so scheitert das gesamte Sanierungsprojekt und der Mieter genießt darüber hinaus einen dreijährigen Kündigungsschutz. Wird die Kündigung geschützt, so steht der Sanierung die Erstreckung als zweites Hindernis im Wege. Langjährige und von einer Härte betroffene Mieter haben Anrecht auf eine Erstreckung, deren Dauer sich nach den Umständen des Einzelfalles bemisst und von Gesetzes wegen bei Wohnungen maximal vier und bei Geschäftsräumen maximal sechs Jahre beträgt. Jeder Fall wird gesondert beurteilt. Bei mehreren Wohnungen kann dies zu unterschiedlichen Erstreckungen und einer phasenweise Leerung der Liegenschaft führen, was wiederum mit Mietzinsausfällen verbunden ist. Der Beginn der Sanierungsarbeiten ist nur schwer planbar. Somit besteht die Gefahr, dass eine Baubewilligung zeitlich abläuft.

Als Vorteil der Leerkündigung für den Vermieter ist vorab die Möglichkeit der Ertragssteigerung zu nennen. Bei der Neuvermietung ist der Markt allein massgebendes Kriterium bei der Festlegung des Mietzinses und es braucht keine Rücksichtnahme auf bestehende Mietverhältnisse. Sodann sind umfassende Komplettumbauten und die Aushöhlung von Gebäuden in der Regel ohne Mieter rascher und unkomplizierter durchführbar als mit Mietern.

Für den Mieter ist die Leerkündigung die schlechteste Variante, weil er ohne Verschulden sein Zuhause verliert und sich oftmals eine gleichwertige Mietsache zu vergleichbarem Mietzins nicht mehr finden lässt. Kündigungs- und Erstreckungsverfahren werden daher von Mietern oft mit Härte geführt, weil viel auf dem Spiel steht.

Dieser Beitrag befasst sich ausschliesslich mit der Leerkündigung wegen Sanierung. Das Thema ist von besonderer Aktualität, da in grösseren Schweizer Städten die Sanierungswelle rollt und höhere Mieten bei der Leerkündigung locken.

II. Rechtliche Grundlage

Die Leerkündigung wegen Sanierung hat vor der Generalklausel Art. 271 Abs. 1 OR zu bestehen:

„Die Kündigung ist anfechtbar, wenn sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst.“

Treuwidrig ist die Kündigung eines Mietverhältnisses nur dann, wenn sie einer der typischen Formen missbräuchlicher Rechtsausübung entspricht. Diese typischen Formen sind: die zweckwidrige Verwendung der Kündigung, die Kündigung als widersprüchliches Verhalten, die Kündigung als unnütze Rechtsausübung, die Kündigung als Ausdruck eines (krassen) Missverhältnisses der Interessen oder einer schonungslosen Rechtsausübung, die Kündigung als Verstoss gegen ein (besonders) begründetes Vertrauen der Gegenpartei.¹

Die Rechtsprechung erachtet in Anwendung dieser Beschreibung eine Kündigung dann als treuwidrig:

- wenn kein schützenswertes Interesse zu Grunde liegt;²
- wenn die Kündigungsgründe vorgeschoben sind;³
- wenn die Kündigung „auf Vorrat“ erfolgt;⁴
- wenn die Kündigung ein unlauteres, illoyales Verhalten darstellt;⁵
- wenn die Kündigung ein klares Missverhältnis der Interessen begründet.⁶

¹ ZK-HIGI, Art. 271, N 58 in Verbindung mit Vorbemerkungen zu Art. 266-266o, N 154-155.

² Urteil des Bundesgerichts vom 24.03.2005, mp 3/05, 172.

³ BGE 120 II 31; BGE 135 III 112, E. 4.1

⁴ Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zirkulationsbeschluss vom 23. Juli 2010, Geschäft Nr. NG 090005, E. 2, S. 5, erwähnt in RÖHRER/MÜLLER/BARTELS/RUF/HULLIGER/SCHNEIDER, 66 Fragen zum Mietrecht, Zürich 2010, 183.

⁵ Mietgericht Zürich 07.11.1991/Obergericht Zürich 17.02.1992, in: Zürcher Mietrechtspraxis, Entscheide des Mietgerichts und der Schlichtungsbehörde, ZMP 1993 Nrn. 10 und 11.

⁶ BGE 131 III 737, E. 3.4.2.

Ob eine Kündigung gegen Treu und Glauben verstösst, bedarf stets der Konkretisierung von Treu und Glauben im Einzelfall.⁷

Die Zulässigkeit einer Leerkündigung ist somit dahingehend zu prüfen, ob sie einer der obgenannten typischen Formen missbräuchlicher Rechtsausübung entspricht unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles.

III. Die Rechtsprechung bis 2008

Die Gerichtspraxis bis 2008 war von der Rechtsprechung unterer Instanzen in der Romandie geprägt. Diese prüften, ob die Sanierung im vorgesehenen Ausmass zumutbar war und folglich vom Mieter geduldet werden musste. Erwies sich die Sanierung als zumutbar, so wurde daraus abgeleitet, dass der Vermieter kein schützenswertes Interesse an einer Kündigung im Hinblick auf die Sanierung hat.⁸ Dahinter stand die Überlegung, dass der Vermieter mit der Leerkündigung und Neuvermietung nach der Renovation die nach relativer Methode korrekte Überwälzung der Sanierungskosten umgehen kann.⁹

IV. Das Leiturteil vom 12. November 2008

In einem vielbeachteten Urteil schützte das Bundesgericht¹⁰ eine Kündigung, die im Hinblick auf eine umfassende Sanierung erfolgte. Das Bundesgericht klärte dabei die Frage, ob der Vermieter auch dann ein schützenswertes Kündigungsinteresse hat, wenn die Arbeiten für den Mieter zumutbar und von ihm daher gemäss Art. 260 Abs. 1 OR geduldet werden müssen. Wie bereits

⁷ ZK-HIGI, Art. 271, N 55.

⁸ Schlichtungsbehörde Neuenburg vom 7. März 2007, mp 1/08, 48; MRA 1/08, 18.

⁹ SPIRIG IRÈNE, Missbrauchsgesetzgebung – neuere Rechtsprechung, in: Seminar Mietrecht St. Gallen 2010, 4.

¹⁰ BGE 135 III 112 = mp 1/09, 43 = MRA 4/08, 163.

ausgeführt vertrat die Rechtsprechung in der Romandie die Auffassung, dass eine Kündigung nur bei unzumutbaren Umbauten, nicht aber bei dem Mieter zumutbaren Sanierungen zulässig sei. Das Bundesgericht konnte diese Betrachtung nicht teilen. Es befand, dass Art. 260 OR nur die Durchführung bestimmter Arbeiten in einem Mietverhältnis regle, nicht jedoch die Frage, ob eine Kündigung im Hinblick auf eine Sanierung zulässig sei. Diese Zulässigkeit beurteilt sich laut Bundesgericht ausschliesslich nach den Regeln von Art. 271 Abs. 1 OR:

„Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer kann nicht davon ausgegangen werden, dass dem Vermieter objektiv der Grund für eine Kündigung fehlt, wenn sich der Mieter bei einer umfassenden Sanierung bereit erklärt, die Unannehmlichkeiten der Bauarbeiten in Kauf zu nehmen und im Mietobjekt zu verbleiben. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, ist der Entscheid über die Art und den Umfang der Sanierung grundsätzlich ausschliesslich Sache des Vermieters. Er kann ein legitimes Interesse daran haben, die Mietverhältnisse aufzulösen, um die Arbeiten rasch und günstig zu erledigen, anstatt eine länger dauernde Renovationsphase mit Mietzinsreduktionen zugunsten der Mieter in Kauf zu nehmen. Unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben ist ihm ein solches Vorgehen nicht vorzuwerfen.“

Zum Schutz der Mieter machte das Bundesgericht gleichzeitig folgende Einschränkung:

„Ohne schützenswerten Grund wäre eine Kündigung des Vermieters im Hinblick auf Modernisierungsarbeiten demgegenüber dann, wenn deren Durchführung durch das Verbleiben des Mieters im Mietobjekt nicht oder nur unerheblich erschwert oder verzögert würde, wie dies etwa beim Streichen von Wänden, blossen Aussenrenovationen oder Balkonanbauten der Fall sein dürfte.“

V. Gesamtumbau, Neuchâtel: BGE vom 11. November 2009

Dem Bundesgerichtsurteil vom 11. November 2009¹¹ lag eine geplante Gesamtrenovation einer veralteten Liegenschaft in Neuchâtel zugrunde. Der

¹¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_425/2009 = MRA 5/09, 182 ff.

Vermieter zog mehrere Umbauvarianten und die Umnutzung zu Wohnungen in Betracht. Wegen einer langen Kündigungsfrist von über zwei Jahren waren im Zeitpunkt der Kündigung weder ein Baugesuch eingereicht noch Arbeiten an Handwerker vergeben. Zwei Mieter fochten die Kündigungen an.

Weil nach der Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanzen das geltend gemachte Sanierungsvorhaben nicht konkret genug war und die Art der geplanten Arbeiten sowie ihre Auswirkungen auf die Mietobjekte nicht feststanden, verneinte das Bundesgericht ein schützenswertes Kündigungsinteresse. Es präziserte, dass ein Umbauprojekt eine „greifbare Realität“ sein müsse, dessen Ausmass aktuell feststehe. Als Indizien für die Konkretisierung seien ein Baugesuch und die Submission der Arbeiten anzusehen, die im konkreten Falle nicht vorlagen. Wenn erst Umbauvarianten und kein definitives Projekt bestehe, so stellt dies eine verpönte Vorratskündigung dar:

„Die Vermieterin hat die Mietverträge mit der Begründung ‚einer umfassenden Renovation der ganzen Liegenschaft‘ begründet. ... Die Kündigung, die damit begründet wird, der Vermieter plane ausgedehnte Sanierungsarbeiten mit der Konsequenz einer erheblichen Einschränkung der Benutzung der Mietlokalitäten, verstösst grundsätzlich nicht gegen Treu und Glauben. Im vorliegenden Fall wurde in tatbeständlicher Hinsicht festgestellt, dass das umfassende Renovationsprojekt der Vermieterin nicht ausgereift ist und insbesondere, dass es keine greifbare Realität darstellt. Die vorinstanzlichen Richter haben auf der Grundlage der vorhandenen Beweiselemente festgestellt, dass es nicht möglich ist, das Ausmass der geplanten Arbeiten festzustellen und damit, ob diese es erforderlich machen, dass das Gebäude von den Mietern geräumt werde. ... Weil die Neuenburger Richter unanfechtbar festgehalten haben, dass das von der Vermieterin als Kündigungsgrund angeführte Projekt nicht konkret war und die Art der geplanten Arbeiten und deren Auswirkungen auf die Mieträumlichkeiten nicht feststanden, fehlt ein schützenswertes Interesse an der Kündigung ...“

Die Mieterverbände äusserten ihre Genugtuung über das Urteil wegen der zunehmenden Renovationswelle, bei der Vermieter nicht selten mit frühzeitigen Leerkündigungen ganzer Liegenschaften operieren. Falls „auf Vorrat“ gekündigt werde, hätten die Mieter gestützt auf dieses Urteil fortan gute

Karten in der Hand, den blauen Brief nicht zu akzeptieren und wegen Missbräuchlichkeit vor die Schlichtungsbehörde zu gehen.¹²

Dieses Urteil löste auch Kritik aus. Raoul Futterlieb bemängelte vorab die rechtliche Würdigung der Vorinstanz.¹³

„Auf das Fehlen einer Baubewilligung oder einer Baueingabe kann es in der Regel nicht ankommen, es sei denn, die Erlangung der Bewilligung sei objektiv unmöglich. Im Neuenburger Fall war unbestritten, dass das Gebäude überaltert war und nur durch einen Abbruch oder Neubau oder aber durch einen tiefgreifenden Umbau den heutigen ... Anforderungen entsprechend gestaltet werden konnte. ... Im Falle einer umfassenden Überholung ist das Vermieterinteresse zur Kündigung legitim. Muss der Vermieter dabei eine über zweijährige Frist einhalten, so kann von ihm zur Plausibilisierung keine abgeschlossene Planung oder gar eine Baubewilligung zum Nachweis der Aktualität seines Bauvorhabens verlangt werden. Die Baubewilligung hat eine beschränkte Gültigkeitsdauer, Handwerker binden sich vertraglich nicht auf unbestimmte Zeit. ... Wäre der Entscheid der Neuenburger Gerichte richtig, so würde dies bedeuten, dass der renovationswillige Vermieter erst dann rechtens die vom Bauvorhaben betroffenen Mietverhältnisse kündigen darf, wenn er mit dem Umbau beginnen könnte (Detailplanung vorhanden, Baubewilligung erteilt oder zumindest beantragt, Werkverträge abgeschlossen).“

Die Kritik von Raoul Futterlieb betrifft nicht die Rechtsprechung des Bundesgerichts. Das Bundesgericht prüfte einzig, ob die Kündigung konkret und aktuell war und folgte damit seiner gefestigten Rechtsprechung. Es stützte sich dabei auf die Sachverhaltsermittlung der kantonalen Vorinstanz, die auf Stufe Bundesgericht nicht mehr zur Diskussion steht. Sind die Auswirkungen der Arbeiten auf das Mietobjekt noch nicht klar, ist auch der schutzwürdige Kündigungsgrund (Erschwerung und Verzögerung der Arbeiten) nicht nachgewiesen.¹⁴

Dieser Fall illustriert die Wichtigkeit der Sachverhaltsfeststellungen der kantonalen Instanzen in Fällen der Sanierungskündigung. Die Feststellungen der Vorinstanzen erweisen sich als derart massgebend für die sich daraus erge-

¹² Mieten & Wohnen 1/11, 16.

¹³ Kommentar FUTTERLIEB RAOUL, MRA 5/09, 184 ff.

¹⁴ SPIRIG (FN 9), 5.

benden rechtlichen Schlüsse bei der Sanierungskündigung, dass das Bundesgericht die Urteile der Vorinstanz in allen hier präsentierten Fällen bestätigte. Mit anderen Worten ist bei Sanierungskündigungen der Prozess vor den kantonalen Gerichten matchentscheidend.

VI. Ersatzwohnung, Lausanne: BGE vom 9. Dezember 2009

In diesem Entscheid vom 9. Dezember 2009¹⁵ wurde ein schutzwürdiges Kündigungsinteresse des Vermieters verneint, weil der betroffene Mieter in der Lage war, seine 5 ½ Zimmerwohnung in Lausanne während der geplanten Sanierung vorübergehend zu verlassen. Der alleinstehende Mieter verfügte über eine zweite Wohnung in Bern, seinem Hauptwohnsitz und Arbeitsort. Vorgesehen war eine umfassende Renovation der betroffenen Wohnung. Der Mieter hatte sich mit der Durchführung dieser Arbeiten ausdrücklich einverstanden erklärt.

Das Bundesgericht schaffte mit diesem Entscheid unterschiedliche Rechtspositionen der Mieter innerhalb der gleichen Liegenschaft, was es nach seinem Urteilstext bewusst in Kauf nahm. Vor einer Kündigung ist geschützt, wer die Möglichkeit hat, den Sanierungsarbeiten auszuweichen. Ein Nachbar, der diese Möglichkeit nicht hat, kann die Kündigung dagegen nicht mit Erfolg anfechten. Die entscheidende Passage aus der Urteilübersetzung in mp 2/10, 138 dazu lautet:

„Das entscheidende Element für die Frage, ob eine Missbräuchlichkeit vorliegt oder nicht, liegt in den Verzögerungen oder der Erschwerung der Arbeiten bei einem Verbleib des Mieters im Mietobjekt. Sind solche Verzögerungen oder Komplikationen nicht zu befürchten, so ist die Kündigung im Hinblick auf die Ausführung dieser Arbeiten grundsätzlich nicht gerechtfertigt. Sicher vermag der Mieter, der über eine andere Wohnmöglichkeit verfügt, so gegenüber anderen Mietern im Vorteil sein, die diese Möglichkeit nicht haben. Das grundsätzliche Recht des Vermieters, einem Mieter zu kündigen, der die Arbeiten behindert, darf aber nicht dazu führen, dass der Vermieter auch einem Vertragspartner kündigen kann, der die Arbeiten nicht behindert.“

¹⁵ BGer 4A_414/2009 = mp 2/10, 134.

Das Bundesgericht legt offenbar Wert auf diese Präzisierung, denn im betreffenden Fall hätte es auch ausweichen und die Frage offen lassen können. Letztlich entschied nämlich ein anderer Grund das Schicksal der Kündigung. Der Vermieter machte neben der geplanten Sanierung auch geltend, die 5 ½ Zimmerwohnung an eine Familie vermieten zu wollen. Dieser Beweggrund wurde als in sozialer Hinsicht wünschenswertes Ziel angesehen vor dem Hintergrund der Wohnungsnot in Lausanne und der Nutzung der Wohnung als blosser Zweitwohnsitz durch den betroffenen Mieter. Das Bundesgericht stellte fest, dass es sich zwar nur um eine Absichtserklärung des Vermieters handelte, an Familien vermieten zu wollen, an deren Ernsthaftigkeit aber nicht zu zweifeln sei. Offenbar hatte der Mieter dieses Kündigungsmotiv zu wenig substantiiert bei der Vorinstanz bestritten.

Weil das Bundesgericht ausdrücklich auf die Bedeutung der Ausweichmöglichkeit für den Mieter hinweist, ist nicht davon auszugehen, es handle sich bei diesem Urteil um einen Spezialfall, der bloss bei Zweitwohnungen zur Anwendung käme.¹⁶ Laut Bundesgericht ist einzig entscheidendes Element, ob das Verbleiben des Mieters die Arbeiten verzögert oder erschwert, nicht aber die Art der Nutzung des Mietobjektes durch den Mieter.

Das Urteil wirft noch die praktische Frage auf, wie der Vermieter bei einer Totalsanierung vorgehen soll und in welchem Zeitpunkt der Mieter eine vorübergehende Überlassung der Wohnung anbieten muss. Grundsätzlich beurteilt sich die Missbräuchlichkeit der Kündigung nach den Verhältnissen im Zeitpunkt, in dem die Kündigung ausgesprochen wird. Bedeutet nun der Entscheid, dass der Vermieter im Sinne einer schonenden Rechtsausübung vorerst beim Mieter die Bereitschaft und Fähigkeit abklären muss, ihm für die Dauer der Arbeiten das Mietobjekt zu überlassen? Kann der Mieter diese Bereitschaft auch nach Erhalt der Kündigung geltend machen, wenn er vorher dazu nicht angefragt wurde? Das Urteil legt dieses Vorgehen zumindest nahe. Es legt auch nahe, dass ein Festhalten des Vermieters an seiner Kündigung rechtsmissbräuchlich wäre, wenn der Mieter das Mietobjekt für den ungehinderten Ablauf der Arbeiten freigeben würde.¹⁷

¹⁶ Anderer Meinung ROHRER/MÜLLER/BARTELS/RUF/HULLIGER/SCHNEIDER (FN 4), 188.

¹⁷ SPIRIG (FN 9), 5 f.

VII. Pizzeria, Genf: BGE vom 25. Februar 2010

Diesem Urteil vom 25. Februar 2010¹⁸ lag die Kündigung einer Pizzeria in Genf zugrunde. Die Vermieterin kündigte im Frühjahr 2007 wegen eines geplanten Erweiterungsbaus, was den Abbruch der betroffenen Pizzeria erforderte. Somit war ein Abbruch und nicht eine Sanierung der Kündigungsgrund. Gleichwohl ist dieser Fall hier von Relevanz, weil er ebenfalls die Frage behandelt, ob die Kündigung konkret und aktuell war. Die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz ergab, dass die Bauarbeiten für den Erweiterungsbau bereits im Dezember 2006 begonnen hatten. Das Projekt beinhaltete drei Phasen, wobei die vom Mieter gemietete Pizzeria die dritte und letzte Phase betraf. Die behördlichen Bewilligungen für die dritte Phase lagen noch nicht vor. Der Ingenieur der Bauleitung, als Zeuge befragte, war der Ansicht, die letzte Bauphase sei im Jahre 2011 realisierbar. Ausserdem seien die verkehrsmässige Erschliessung und die Finanzierung der Phase 3 gelöst und gesichert.

Wie bei der Sanierungskündigung ging es um die Frage des notwendigen Konkretisierungsgrades des neuen Projektes, in Verbindung mit einer lange im Voraus ausgesprochenen Kündigung. Aufgrund der Ähnlichkeiten zum vorne dargestellten Neuenburger Fall hätte es sich hier um eine verpönte Vorratskündigung handeln müssen. Das Bauvorhaben der Phase 3 war nicht definitiv und stellte keine „greifbare Realität“ dar. Auch ein Baugesuch und die Submission der Arbeiten fehlten. Das Genfer Kantonsgericht berücksichtigte aber die speziellen Umstände des Falles. Es handelte sich um ein Grossprojekt von drei Phasen, wovon die ersten zwei Phasen schon umgesetzt bzw. im Bau waren. Die behördlichen Bewilligungen schienen gesichert zu sein, ebenso die Finanzierung. Ausserdem stellte das Kantonsgericht keine sonstigen Hindernisse gegen die Realisierbarkeit des Projektes fest. Daraus wurde gefolgert, dass der notwendige Konkretisierungsgrad der Arbeiten für Phase 3 glaubwürdig bewiesen sei.

Es handelte sich um einen besonders gelagerten Sachverhalt eines Grossprojektes mit einer Kündigung, welche die letzte Phase betraf. Unter solchen

¹⁸ BGer 4A_621/2009, auszugsweise und ohne Ausführungen zur Kündigung übersetzt, mp 3/10, 218ff.

speziellen Umständen macht es durchaus Sinn, für die entscheidende Frage, ob die Kündigung konkret und aktuell war, den Stand der Planung und Bewilligungen des Gesamtprojektes bzw. der bereits erfolgten Arbeiten zu berücksichtigen. Damit stellt dieses Urteil (das sich schwergewichtig mit der Erstreckung befasst) keine Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung dar.

VIII. Lifteinbau, Genf: BGE vom 1. Juli 2010

Der Bundesgerichtsentscheid vom 1. Juli 2010¹⁹ befasst sich mit dem Umfang der Umbauarbeiten. Im Leiturteil vom 12. November 2008²⁰ zählte das Bundesgericht als Voraussetzung für eine Sanierungskündigung eine *umfassende Sanierung auf*. Werden bloss *Einzelarbeiten* ausgeführt, bei denen das Verbleiben des Mieters zu keiner Verzögerung des Umbaus führten würde, so wäre folgerichtig eine Kündigung missbräuchlich.

Allen Mietern einer Genfer Liegenschaft wurde mit der Begründung eines Lifteinbaus und nicht näher präzisierter Einzelarbeiten gekündigt. Das Bauprojekt war ausgearbeitet und die behördlichen Bewilligungen beantragt und bereits erteilt. Der Kündigungsgrund war unbestrittenermassen konkretisiert. Ein Lifteinbau ist aber *nur ein teilweiser Umbau* und fraglos nicht eine umfassende Sanierung. Wurde damit die Voraussetzung der umfassenden Sanierung aufgegeben? Die nähere Analyse des Urteils offenbart, dass das Bundesgericht an seiner Rechtsprechung festhielt. Einmal wurde der Lifteinbau zusammen mit den übrigen Arbeiten als wichtige bauliche Massnahme qualifiziert. Dabei wurde die Veränderung des Grundrisses der Mietobjekte besonders erwähnt. Sodann tangierte der Lifteinbau alle Stockwerke und alle Mieter. Das Ausmass der Arbeiten war derart gross, dass ein Verbleiben der Mieter die Durchführung der Arbeiten erschwerte und verzögert hätte. Unter diesen Umständen wurde dieser Teilumbau einer umfassenden Sanierung gleichgesetzt. Nach wie vor bedarf es aber grundsätzlich eines umfassenden Umbaus, um eine Sanierungskündigung zu rechtfertigen.

¹⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_227/2010.

²⁰ BGE 135 III 112 = mp 1/09, 43 = MRA 4/08, 163.

IX. Strategiewechsel des Vermieters, Zürich: BGE vom 23. November 2010

Der Vermieter kaufte ein über fünfzig Jahre altes Mehrfamilienhaus in Zürich im Jahre 1993. Bei Mieterwechseln liess er in den entsprechenden Wohnungen jeweils Renovationsarbeiten vornehmen. 2007 kündigte der Vermieter Mietverhältnisse mit der Begründung, die betroffenen Wohnungen umfassend renovieren zu wollen. Die Mieter bestritten, dass der Vermieter eine umfassende Sanierung beabsichtige, vielmehr sei dieser Grund vorgeschoben. Das Obergericht Zürich kam aufgrund verschiedener Indizien zum selben Schluss²¹: Nachdem der Vermieter in der Vergangenheit bei Mieterwechseln eine moderate Sanierung vornahm, sollten die gekündigten Wohnungen nun weit kostspieliger umfassend saniert werden. Überdies vermietete der Vermieter eine Wohnung in der Liegenschaft kurze Zeit nach den Kündigungen weiter, ohne dass überhaupt eine Sanierung vorgenommen wurde. Dies stellte einen zweimaligen Strategiewechsel in kurzer Zeit dar, der vom Vermieter nicht plausibel begründet wurde. Ferner untermauerte der Vermieter die von den Mietern bestrittene Sanierungsabsicht mit einer Kostenschätzung, welche indessen erst erstellt wurde, nachdem die Schlichtungsbehörde die Kündigung als missbräuchlich erklärt hatte. Es sei somit laut Obergericht Zürich nicht auszuschliessen, dass diese Kostenschätzung aus prozesstaktischen Gründen produziert worden sei. Ferner wurde die angefochtene Kündigung ausgesprochen kurz nach Auslaufen einer Kündigungsfrist ausgesprochen. Schliesslich fand die Besichtigung der fraglichen Wohnungen durch den Vermieter erst nach der Kündigung statt.

Das Bundesgericht schützte den Entscheid der Vorinstanz mit Urteil vom 23. November 2010.²² Wie gewohnt stellte das Bundesgericht auf die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz ab und griff nicht in deren Beweiswürdigung ein. Zu erwähnen ist, dass das Zürcher Mietgericht die Kündigung als gültig erklärt hatte.²³

²¹ Urteil des Obergerichtes des Kanton Zürich vom 13. August 2009 = mp 2/11, 140.

²² Urteil des Bundesgerichts 4A_528/2010, erwähnt in: Mieten & Wohnen 2/11, 7.

²³ Unveröffentlichtes Urteil des Mietgerichtes Zürich vom 19. März 2009.

Dieser Fall illustriert, dass sich bei einer Umbaukündigung zwei grundsätzliche Beweisthemen stellen. Neben dem Konkretisierungsgrad des geltend gemachten Umbaus ist auch abzuklären, ob der geltend gemachte Umbau überhaupt der wahre Kündigungsgrund ist (entsprechende Einreden des Mieters vorausgesetzt). Der vom Vermieter genannte Kündigungsgrund muss ernst gemeint und nicht etwa vorgeschoben sein, um einen anderen Kündigungsgrund zu verheimlichen. Vor allem in städtischen Ballungsgebieten mit starkem Nachfrageüberhang nach Wohnungen und zentral gelegenen Büro- und Verkaufsflächen werden Kündigungen mit Umbau/Sanierung begründet, obschon in Tat und Wahrheit der Auszug der Altm Mieter und die Neuvermietung bezweckt werden.

X. Beweislast Umbau, Renens: BGE vom 16. Dezember 2010

An einer hundertjährigen Liegenschaft, die nicht regelmässig instand gehalten wurde, waren umfassende Unterhalts- und Renovationsmassnahmen erforderlich. Die Notwendigkeit der kompletten Renovation der Wohnungen war durch einen Experten bestätigt. Ein Mieter wehrte sich mit den Argumenten, seine Wohnung betreffende Arbeiten hätten das Projektstadium nicht überschritten und seien nicht konkret genug nachgewiesen worden. Zum Kündigungszeitpunkt habe weder ein Terminplan noch ein Werk- oder Architektenvertrag vorgelegen, welche es ihm erlaubt hätten, den Grad der Konkretisierung des Umbauprojektes zu beurteilen. Zudem hätte der Vermieter im Zeitpunkt der Kündigung weder über eine Baubewilligung für das Renovationsvorhaben verfügt, noch sei ein Baugesuch bei der zuständigen Behörde in jenem Zeitpunkt eingereicht worden.

Die Waadtländer Gerichte und das Bundesgericht²⁴ erachteten die Notwendigkeit und den Willen des Vermieters zur Durchführung der umfangreichen Sanierungsarbeiten als glaubhaft dargetan. Die Art und der Umfang der geplanten Renovationsarbeiten waren derart gross, dass die Weiterbenützung der Wohnung stark eingeschränkt wurde und der Verbleib des Mieters in der

²⁴ BGer 4A_518/2010 = MRA 2/11, 59.

fraglichen Wohnung die geplanten Bauarbeiten erheblich verkompliziert, teilweise verzögert und Mehrkosten verursacht hätte.

Diese Schlussfolgerung ergab sich offensichtlich aus dem stark vernachlässigten Zustand des Gebäudes und dem daraus resultierenden umfassenden Renovations- und Umbaubedarf. Ein anderes Ergebnis hätte sich laut Bundesgericht bei einfachen Modernisierungsmassnahmen ergeben.²⁵

Interessant sind sodann die Erwägungen zur Frage der Beweislastverteilung bei der Sanierungskündigung. Es obliegt dem Empfänger der Kündigung, den Beweis dafür zu erbringen, dass die Kündigung in Verletzung von Treu und Glauben ausgesprochen worden ist. Der Kündigende hat nur (aber immerhin) die Pflicht, bei der Wahrheitsfindung loyal mitzuwirken, indem er alle sich in seinem Besitz befindenden Beweismittel vorlegt, die für die Überprüfung des von ihm geltend gemachten Kündigungsgrundes notwendig sind. Die Mitwirkungspflicht schliesst ein, den Kündigungsgrund zumindest glaubhaft zu machen.²⁶ Die Glaubhaftmachung der Notwendigkeit und des Willens zur Durchführung umfassender Renovation setzt nicht notwendigerweise das Vorliegen einer Baubewilligung oder eines eingereichten Baugesuches im Zeitpunkt der Kündigung voraus. Zur Präzisierung und Konkretisierung der Kündigungsgründe (die im Zeitpunkt der Kündigung vorliegen müssen) kann der Vermieter auch auf Tatsachen verweisen, die sich erst nach dem Kündigungszeitpunkt verwirklicht haben. So wurde dem Vermieter ausnahmsweise zugestanden, spätere Tatsachen, in casu das genehmigte Hypothekendarlehen einer Bank,²⁷ vorzubringen. Diese Ausnahme lässt sich damit erklären, dass die wesentlichen Kündigungsgründe bereits im Kündigungszeitpunkt existierten (hoher und grosser Umbaubedarf), und das spätere Hypothekendarlehen bloss ein weiteres Indiz darstellte.

Die Anforderungen an die Glaubhaftmachung des geltend gemachten Kündigungsgrundes werden durch diesen Entscheid nicht in Frage gestellt. In einem kurz zuvor ergangenen Urteil liess es das Bundesgericht gelten, dass die Vorinstanz die Renovationsabsicht des Vermieters für ungenügend un-

²⁵ BGer 4A_518/2010 E.2.7 = MRA 2/11, 65.

²⁶ BGer 4A_518/2010, E 2.4.1 = MRA 2/11, 63.

²⁷ BGer 4A_518/2010, E.2.3 = MRA 2/11, 62.

termauert erachtete, weil dieser keinen Kostenvoranschlag eingereicht hatte und als Folge nicht erstellbar war, ob die Arbeiten bei Verbleib des Mieters hätten durchgeführt werden können oder nicht.²⁸ Das Bundesgericht wertete diese Auffassung der Vorinstanz als nicht willkürlich und erachtete die entsprechenden Feststellungen der Vorinstanz als bindend. Dieses Urteil hin wurde dahingehend kritisiert, dem Vermieter sei ein strikter Beweis für den Kündigungsgrund auferlegt worden.²⁹ Dem ist nach Auffassung des Autors nicht so – die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Sanierungskündigung wurde nahtlos weitergeführt, indem für die Frage, ob eine Missbräuchlichkeit der Kündigung vorliegt, auf das Entstehen einer Verzögerung oder Erschwerung der Arbeiten bei einem Verbleib des Mieters im Mietobjekt abgestellt wurde. Und weil der Vermieter diesen Umstand im Entscheid BGer 4A_448/2009 nicht glaubhaft machen konnte, wurde die Kündigung folgerichtig als missbräuchlich erklärt.

XI. Fazit

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zur Sanierungskündigung ist einheitlich und konsequent. Die unterschiedlichen Ergebnisse sind die Folge der besonderen Umstände der Einzelfälle und der grundsätzlichen Bindung des Bundesgerichtes an die Sachverhaltsfeststellungen der kantonalen Vorinstanz.

Das entscheidende Element zur Prüfung der Missbräuchlichkeit einer Renovationskündigung liegt in den Verzögerungen und Komplikationen, welche die Anwesenheit des Mieters während der Bauarbeiten zur Folge hätte. Sind solche Verzögerungen oder Komplikationen nicht zu befürchten, ist eine Kündigung aufgrund von vermierterseitigen Renovationsarbeiten grundsätzlich nicht gerechtfertigt.

²⁸ BGer 4A_448/2009 E.2.1, vom 1. Februar 2010 = MRA 2/11, 79.

²⁹ Kritik von SOMMER MONIKA zu BGer 4A_448/2009 = MRA 2/11, 86, welche übersieht, dass BGer 4A_244/2009 vom 7. September 2009 (MRA 1/10, 26) eine Abbruchkündigung betraf. Bei einem solchen Kündigungsgrund ist im Unterschied zur Sanierungskündigung logischerweise nicht zu prüfen, ob ein Verbleib des Mieters das Vorhaben verzögern oder erschweren würde.

Der Entscheid über Art und Umfang der Sanierung ist ausschliesslich Sache des Vermieters. Nicht entscheidend ist, ob die Sanierungsarbeiten für die Mieter zumutbar sind. Eine umfassende Sanierung ist erforderlich für eine zulässige Kündigung.

Die Anforderung für den Nachweis der Sanierungsabsicht wurde durch den Gesamtumbaufall Neuchâtel präzisiert:

- Das Renovationsprojekt muss eine greifbare Realität darstellen. Das Ausmass der geplanten Arbeiten hat festzustehen zur Prüfung, ob diese die Räumung des Gebäudes von den Mietern erfordert.

Der Ersatzwohnungsfall Lausanne fügt ein zusätzliches Entscheidungskriterium hinzu:

- Zieht der Mieter während der Sanierung aus, entfallen Verzögerungen oder Komplikationen für den Vermieter, so dass die Kündigung missbräuchlich ist.