



Streitigkeiten zwischen Mietern

985

ANGELA HENSCH

Kommt es zu Streitigkeiten zwischen Mietern, sind sowohl die Rechtsansprüche der Vermieterin als auch diejenigen des gestörten Mieters gegenüber dem störenden Mieter zu prüfen. Zudem stehen dem gestörten Mieter gegebenenfalls Mängelrechte gegenüber der Vermieterin zu. Die Voraussetzungen der Ansprüche der Vermieterin und diejenigen des gestörten Mieters sind auseinander zu halten. In der Praxis geht die Initiative häufig vom gestörten Mieter aus, der von der Vermieterin verlangt, die Störung zu unterbinden. Diese wird den störenden Mieter zu vertragsgemäsem, sorgfältigem und rücksichtsvollem Gebrauch auffordern und bei andauernder Pflichtverletzung das Mietverhältnis auflösen sowie gegebenenfalls Schadenersatzansprüche geltend machen. Das wirtschaftliche Risiko eines miteinander unvereinbaren Gebrauchs der Mietsache durch verschiedene Mieter des gleichen Mietobjekts dürfte nicht selten die Vermieterin zu tragen haben. Dies, weil sie vom gestörten Mieter aufgrund dessen Mängelrechte zur Verantwortung gezogen wird, sie aber die daraus resultierenden Vermögensverluste nicht oder nicht vollständig beim störenden Mieter geltend machen kann.

En cas de litiges entre locataires, il convient d'examiner les droits que peuvent invoquer le bailleur ainsi que le locataire gêné à l'encontre du locataire à l'origine du trouble. En outre, le locataire gêné peut, le cas échéant, faire valoir ses droits de garantie pour les défauts envers le bailleur. Les conditions auxquelles sont soumises les droits du bailleur et ceux du locataire gêné doivent être distinguées. En pratique, l'initiative revient souvent au locataire dérangé qui demande au bailleur de faire cesser le trouble. Celui-ci exigera du locataire qui cause le trouble d'user de la chose conformément au contrat, avec diligence et égard. Il pourra résilier le bail si le locataire en question persiste à enfreindre ses obligations et éventuellement réclamer des dommages-intérêts. Il n'est pas rare que ce soit le bailleur qui ait à supporter le risque économique d'usages incompatibles de la chose louée par les différents locataires d'un même objet : d'une part, parce qu'il risque de devoir répondre à l'égard du locataire gêné en raison des droits que ce dernier déduit de la garantie pour les défauts et d'autre part, parce qu'il ne pourra pas, ou pas entièrement, faire valoir les pertes qui en résultent auprès du locataire à l'origine du trouble.

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Vorgehen der Vermieterin gegen den störenden Mieter
 - 2.1. Pflicht des Mieters zu vertragsgemäsem, sorgfältigem und rücksichtsvollem Gebrauch
 - 2.2. Verletzung von Mieterpflichten und deren Folgen
 - 2.2.1. Ausserordentliche Kündigung nach Art. 257f Abs. 3 und 4 OR
 - 2.2.2. Ausserordentliche Kündigung nach Art. 266g OR
 - 2.2.3. Ordentliche Kündigung
 - 2.2.4. Vertragliche Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche
 - 2.2.5. Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche
3. Vorgehen des gestörten Mieters gegen die Vermieterin
 - 3.1. Mängelrechte
 - 3.1.1. Mangel aus dem Verhalten des störenden Mieters
 - 3.1.2. Einzelne Rechtsbehelfe
 - 3.1.2.1. Beseitigungsanspruch
 - 3.1.2.2. Fristlose Kündigung
 - 3.1.2.3. Mietzinsherabsetzung
 - 3.1.2.4. Mietzinshinterlegung
 - 3.1.2.5. Schadenersatz und Genugtuung
 - 3.2. Abwehrpflicht der Vermieterin bei nicht mangelverursachenden Störungen
4. Vorgehen des gestörten Mieters gegen den störenden Mieter
 - 4.1. Keine Ansprüche aus Nachbarrecht
 - 4.2. Besitzerschutz
 - 4.3. Weitere Rechtsbehelfe des gestörten Mieters
5. Fazit

1. Einleitung

Streitigkeiten zwischen Mietern sind häufig und entstehen aus den unterschiedlichsten Gründen. Das Verhalten des störenden Mieters kann sich unmittelbar oder mittelbar gegen den gestörten Mieter richten und zu Konflikten führen. Zu denken ist etwa an folgende Streitursachen:

- Ein Mieter wird mit Tätlichkeiten, Beschädigungen, Drohungen oder verbalen Attacken eines Hausmitbewohners konfrontiert oder
- er wird durch Lärm (beispielsweise Ehekrach, Hundegebell, Kindergeschrei, Feste, Musik, Baulärm), anröchigen Ruf (beispielsweise Prostitution in der Nebenwohnung), Verschmutzungen der Mietsache oder von Gemeinschaftsräumen (beispielsweise Baustaub aus Mieterbau, Nichtreinigen von Waschküche und Waschmaschine), rücksichtslosen Gebrauch von Gemeinschaftsmietobjekten (beispielsweise Versperren von Durchgang und Durchfahrt) oder Gestank (beispielsweise Grillieren oder Kompostieren auf dem Balkon) gestört.

In der Praxis hält sich der gestörte Mieter in der Regel an die Vermieterin und verlangt von ihr, für Ruhe, Ordnung, Sauberkeit, intakte Reputation, Hausfrieden usw. zu sorgen. Einstweilen wird dieses Begehren mit der Geltendmachung von Mängelrechten verbunden. Die Vermieterin wird alsdann ihre Ansprüche gegen den störenden Mieter durchsetzen. Von der Möglichkeit des gestörten Mieters, direkt gegen den störenden Mieter vorzugehen, wird – soweit aus der publizierten Gerichtspraxis ersichtlich – kaum Gebrauch gemacht.

Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen sind die materiell-rechtlichen Instrumente, die im Rahmen von Streitigkeiten zwischen Mietern von den direkt oder indirekt Beteiligten ergriffen werden können. Die Ausführungen beschränken sich auf Streitigkeiten zwischen Mietern von unbeweglichen Sachen auf demselben Grundstück. Weggelassen werden Konflikte zwischen benachbarten Mietern verschiedener Grundstücke¹. Ebenfalls ausser Acht gelassen werden das Prozessrecht und alternative Konfliktbeilegungsmethoden wie die seit dem 1. Januar 2011 auch in der Zivilprozessordnung vorgesehene Mediation (Art. 213 ff. ZPO).

2. Vorgehen der Vermieterin gegen den störenden Mieter

2.1. Pflicht des Mieters zu vertragsgemäsem, sorgfältigem und rücksichtsvollem Gebrauch

Der Mieter ist nicht nur zu sorgfältigem (Art. 257f Abs. 1 OR²) und rücksichtsvollem (Art. 257f Abs. 2 OR³), sondern vorab zu vertragsgemäsem Gebrauch der Mietsache verpflichtet⁴.

Die Frage, was vertragsgemässer Gebrauch und damit Gebrauchszweck und Gebrauchsmodalität ist, ergibt sich aus dem Mietvertrag, der bei der Wohn- und Geschäfts-

raummiete häufig durch eine Hausordnung ergänzt wird⁵. Die Pflicht erstreckt sich über das eigentliche Mietobjekt hinaus auch auf gemeinsam benutzbare weitere Einrichtungen und Räumlichkeiten (beispielsweise Treppenhaus, Waschküche, Kinderspielplatz, Velokeller, Lift, Zufahrt)⁶. Vertragliche Abmachungen (inklusive Hausordnungen) über den Gebrauch der Mietsache sind soweit zulässig, als sie mit Art. 256 Abs. 2 OR vereinbar sind⁷. Präzisiert der Mietvertrag den vereinbarten Gebrauch nicht klar, muss dieser nach den allgemeinen Regeln über die Vertragsauslegung definiert werden⁸. Soweit keine vertragliche Abmachung über den Gebrauch existiert, gilt als vertragskonformer Gebrauch der übliche Gebrauch, das heisst, der Gebrauch, den jedermann unter den gegebenen Umständen von einer wie der gemieteten Sache gewöhnlich zu machen pflegt⁹. Bei einer Wohnung besteht der übliche Gebrauch auch darin, dass der Mieter die Mieträume mit Familienangehörigen teilt, Gäste empfängt, in Zimmerlautstärke Musik hört oder ein Haustier¹⁰ hält¹¹. Den Mieter trifft grundsätzlich keine Gebrauchspflicht, es sei denn, die Parteien hätten eine solche ausdrücklich vereinbart. Bei der Geschäftsraummiete ist unter Umständen eine stillschweigend vereinbarte Gebrauchspflicht anzunehmen. Eine solche liegt etwa vor, wenn eine Geschäftsliegenschaft infolge geschlossener Läden an Attraktivität verliert und dadurch andere Geschäftsmieter eine Umsatzeinbusse erleiden («Verslumung»)¹².

Die Sorgfaltspflicht verlangt vom Mieter, die Mietsache schonend zu gebrauchen, damit diese möglichst

¹ Vgl. dazu ausführlich PETER REETZ/RAHEL HAEFELI, Ansprüche von Mietern und Vermietern bei Störungen durch benachbarte Mieter, MRA 5/09, 153.

² Art. 257f Abs. 1 OR ist auf alle Mietverhältnisse anwendbar, ungeachtet des Mietgegenstands.

³ Die Pflicht zur Rücksichtnahme beschränkt sich auf die Miete von unbeweglichen Sachen, wozu auch Ferienwohnungen oder Mietobjekte ohne Raumcharakter wie beispielsweise Gärten gehören, SVIT (Hrsg.), Das Schweizerische Mietrecht: Kommentar, 3. A., Zürich 2008, N 6 und N 26 zu Art. 257f OR; PETER HIGI, Zürcher Kommentar, Bd. V2b/1, Die Miete, (Art. 253–265 OR), 3. A., Zürich 1994, N 5 zu Art. 257f OR.

⁴ HIGI (FN 3), N 9 zu Art. 257f OR.

⁵ HIGI (FN 3), N 10 zu Art. 257f OR, N 12 zu Art. 256 OR; ROGER WEBER, Die Miete, Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529, 5. A., Basel 2011, N 3 zu Art. 256 OR.

⁶ HIGI (FN 3), N 10 zu Art. 257f OR.

⁷ PETER HEINRICH, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2012, N 1 zu Art. 257f OR; LACHAT/PÜNTENER, Das Mietrecht für die Praxis, 8. A., Zürich 2009, 23, 29.

⁸ HIGI (FN 3), N 20 zu Art. 256 OR; SVIT (FN 3), N 10 zu Art. 257f OR.

⁹ HIGI (FN 3), N 23 ff. zu Art. 256 OR, N 10 zu Art. 257f OR; LACHAT/PÜNTENER (FN 7), 21.

¹⁰ ANTOINE F. GOETSCHEL/GIERI BOLLIGER, Auswirkungen der neuen Rechtsstellung von Tieren auf das Mietrecht, mp 3/03, 91 ff.; LACHAT/PÜNTENER (FN 7), 24; RICHARD PÜNTENER, Haustiere in Mietwohnungen, mp 3/99, 113 ff. Ob in einem Mietvertrag ein generelles Tierhalteverbot vereinbart werden kann, ist kontrovers. Vom Bundesgericht bejaht, BGer vom 21. Februar 1994 = MRA 2/95, 93 = mp 4/95, 223.

¹¹ HEINRICH (FN 7), N 3 zu Art. 256 OR; LACHAT/ROY (FN 7), 139.

¹² HIGI (FN 3), N 21 f. zu Art. 257f OR; LACHAT/PÜNTENER (FN 7), 27 f.; WEBER (FN 5), N 11 zu Art. 256 OR.

wenig Substanz einbüsst¹³. Vertragliche Vereinbarungen (inklusive Hausordnungen, Benutzungsordnungen und Bedienungsvorschriften) über den Gebrauch sind grundsätzlich einzuhalten, allerdings nur soweit sie den vertraglichen Gebrauch, auf den der Mieter Anspruch hat, nicht beeinträchtigen oder in Frage stellen¹⁴. Der Mieter hat Beschädigungen der Mietsache zu vermeiden, diese zu reinigen und zu unterhalten (vgl. Art. 259 OR), technische Einrichtungen und Apparate vorschriftsgemäss zu bedienen und zu warten sowie dem guten Ruf des Hauses durch Unterlassen von Straftaten und unsittlichem Verhalten Sorge zu tragen¹⁵.

Die Pflicht zur Rücksichtnahme besteht gegenüber Hausbewohnern und Nachbarn. Hausbewohner sind alle Personen, die ein vertragliches oder dingliches Gebrauchsrecht zur Benützung der unbeweglichen Mietsache haben sowie deren Mitbewohner und Mitbenützer (Ehegatten, Partner, Angestellte etc.). Was Nachbarn sind, ergibt sich aus Art. 684 ZGB¹⁶. Der Mieter hat die übermässigen Einwirkungen auf die anderen Mieter zu unterlassen, die auch nach den Normen des Nachbarrechts verpönt sind¹⁷. Ferner hat er die «allgemeinen Regeln sozialen Zusammenlebens» in einer Gesellschaft und den Ortsgebrauch (beispielsweise in allgemeinen Polizeivorschriften konkretisiert¹⁸) sowie die vertraglichen Vereinbarungen über die konkrete Gebrauchsüberlassung einzuhalten und alles zu unterlassen, was die Hausbewohner ernsthaft beeinträchtigt¹⁹. Die Konkretisierung der Rücksichtnahmepflicht hat in jedem Einzelfall gemäss Art. 4 ZGB zu erfolgen, weil eine Pflichtverletzung in der Regel dann nicht vorliegen kann, wenn der Mieter die Sache vertragsgemäss benützt²⁰.

Nicht jede Beeinträchtigung des ungestörten Gebrauchsgenusses der anderen Mieter stellt eine Verlet-

zung der Rücksichtnahmepflicht dar. Den Mieter treffen auch Duldungspflichten. Er hat den vertragsgemässen Gebrauch anderer zu dulden, also unvermeidliche Unannehmlichkeiten und Störungen hinzunehmen²¹. Die Toleranzmarge hängt unter anderem von der Art und Intensität der Immissionen, dem Anspruch des Mieters auf Berücksichtigung der Privat- und/oder Geschäftssphäre, der Umgebung der Liegenschaft, der Zweckbestimmung der Mieträumlichkeiten, der Qualität des Gebäudes, den getroffenen Lärmschutzmassnahmen und von allfälligen besonderen Vertragsbestimmungen ab²².

Der Mieter ist der Vermieterin für den vertragsgemässen, sorgfältigen und rücksichtsvollen Gebrauch der Mietsache durch Dritte (Hilfspersonen, Untermieter, Familienmitglieder, Angestellte, Gäste, Kunden), denen er Zugang zur oder den Gebrauch der Mietsache gestattet, nach Massgabe von Art. 101 OR und Art. 333 ZGB und für die von ihm gehaltenen Haustiere verantwortlich²³.

Hat die Vermieterin dem störenden Verhalten des Mieters zugestimmt (beispielsweise dem Mieterbau nach Art. 260a Abs. 1 OR, dem Ausbau eines Rohbaus, dem Rückbau eines Mieterbaus), liegt grundsätzlich kein Verstoß gegen Art. 257f Abs. 1 und 2 OR vor, weil der Gebrauch vertragsgemäss ist.

2.2. Verletzung von Mieterpflichten und deren Folgen

Ein Mieter verletzt seine Handlungs- oder Unterlassungspflichten²⁴, wenn er die Mietsache:

- vertragswidrig (Beispiele: Benutzung eines als Büro gemieteten Geschäftsraums als Massagesalon²⁵, Untervermietung einiger Räume einer dem «Wohnen»

¹³ SVIT (FN 3), N 18 zu Art. 257f OR.

¹⁴ LACHAT/PÜNTENER (FN 7), 22, 28 f.; SVIT (FN 3), N 25 zu Art. 257f OR.

¹⁵ HIGI (FN 3), N 18 zu Art. 257f OR; LACHAT/SPIRIG (FN 7), 548.

¹⁶ HIGI (FN 3), N 33 zu Art. 257f OR. Nachbar ist jeder Eigentümer oder Besitzer eines Grundstücks in näherer oder weiterer Entfernung, das von einer Immission, verursacht durch eine bestimmte Grundstücksnutzung, betroffen wird, vgl. HEINZ REY/LORENZ STREBEL, Inhalt/Beschränkung des Grundeigentums, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, 4. A., Basel 2011, N 20 zu Art. 684 ZGB.

¹⁷ HEINRICH (FN 7), N 5 zu Art. 257f OR; HIGI (FN 3), N 34 zu Art. 257f OR; LACHAT/PÜNTENER (FN 7), 26.

¹⁸ Vgl. beispielsweise das Immissionsschutzreglement der Stadt St. Gallen, sRS 751.1.

¹⁹ AJP/PJA 1998, 1367 mit Kommentar von PETER HIGI; HIGI (FN 3), N 34 ff. zu Art. 257f OR; LACHAT/SPIRIG (FN 7), 548.

²⁰ HIGI (FN 3), N 34 zu Art. 257f OR.

²¹ HIGI (FN 3), N 36 zu Art. 257f OR; LACHAT/PÜNTENER (FN 7), 26.

²² BGer vom 4. Juni 1998, 4C.79/1998 = mp 3/98, 130 = AJP/PJA 1998, 1365 mit Kommentar von PETER HIGI; LACHAT/PÜNTENER (FN 7), 26 f.

²³ HIGI (FN 3), N 26 und N 33 zu Art. 257f OR; SVIT (FN 3), N 55 ff. zu Art. 257f OR; LACHAT/PÜNTENER (FN 7), 27; WEBER (FN 5), N 3 zu Art. 257f OR.

²⁴ HIGI (FN 3), N 29 und N 31 zu Art. 257f OR.

²⁵ BGE 132 III 109 = MRA 4/06, 131. Die Ausübung einer Übersetzungstätigkeit in der eigenen Wohnung durch eine dem Mieter nahestehende Firma rechtfertigt keine ausserordentliche Kündigung, BGer vom 1. April 2010, 4A_38/2010 = mp 3/10, 190. Die Verletzung des Verwendungszwecks wurde ebenfalls verneint im BGer vom 11. November 2009, 4A_413/2009 = mp 4/10, 270 (Mal- und Zeichnungskurse in einer Wohnung während 16 Jahren), BGE 136 III 186 = mp 3/10, 196 (gratis Zurverfügungstellung der Wohnung an Bruder und arbeitslosen Freund).

dienenden Villa an Prostituierte²⁶, unerlaubte Tierhaltung²⁷),

- unsorgfältig (Beispiele: Urinieren und Hinterlassen von Exkrementen im Treppenhaus²⁸, Herauswerfen von Abfällen aus dem Fenster²⁹, «Katzenuringestank» aus einer Wohnung³⁰) und/oder
- rücksichtslos (Beispiele³¹: Provokationen gegen andere Hausbewohner³², verbale und körperliche Angriffe auf einen anderen Mieter³³, unerträglicher Lärm und aggressives Verhalten gegenüber anderen Mietern³⁴, lärmige Ehestreitigkeiten, die sich durch eine Flut von Schimpfwörtern, das Zuknallen von Türen und das Werfen von Gegenständen charakterisieren³⁵, nächtliches Herumlaufen mit «Zoccolis», «Möbelrücken», Staubsaugen und Geschirrwaschen³⁶, ekelerregender Gestank)

gebraucht³⁷. Auf das Mass des Verschuldens kommt es – ausser bei der fristlosen Kündigung – nicht an; Fahrlässigkeit genügt³⁸. Solche Pflichtverletzungen führen häufig dazu, dass sich andere Mieter im Gebrauch ihrer Mietsache gestört fühlen und es zwischen dem störenden Mieter und den anderen Mietern zu Auseinandersetzungen und Streitigkeiten kommt.

Der Vermieterin stehen nachfolgende Rechtsbehelfe zu, die im Rahmen von Mieterstreitigkeiten regelmässig auf Verlangen des gestörten Mieters bzw. auf dessen Druck mit der Geltendmachung von Mängelrechten ergriffen werden.

2.2.1. Ausserordentliche Kündigung nach Art. 257f Abs. 3 und 4 OR

Nicht nur der unsorgfältige und rücksichtslose, sondern auch der vertragswidrige Gebrauch der Mietsache (selbst wenn er sorgfältig ausgeübt wird) kann zur ausserordentlichen Kündigung eines (unbefristeten, befristeten oder erstreckten) Mietverhältnisses Anlass geben³⁹. Eine ausserordentliche Kündigung rechtfertigt sich jedoch nur, wenn eine schwere Pflichtverletzung durch den Mieter begangen wird⁴⁰. Bei mehreren Mietern genügt das pflichtwidrige Verhalten eines der Mieter⁴¹.

Das Recht zur ausserordentlichen Kündigung verwirkt nicht etwa deshalb, weil die Vermieterin gegenüber einem störenden Mieter während Jahren tolerant war und keine ordentliche Kündigung ausgesprochen hat. Die Vermieterin ist vielmehr berechtigt, auf diesen Rechtsbehelf solange nicht zurückzugreifen, wie sie es für vertretbar hält. Die Pflichtverletzungen des Mieters werden dadurch nicht «geheilt» und die Vermieterin verliert den Anspruch auf spätere ausserordentliche Kündigung nicht, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind⁴².

Das ausserordentliche Kündigungsrecht der Vermieterin nach Art. 257f Abs. 3 OR setzt formell eine schriftliche Mahnung voraus, die sich auf eine konkrete Verletzungshandlung zu beziehen hat⁴³. Eine Fristansetzung zur Beseitigung der Pflichtverletzung oder eine Kündigungsandrohung hat sie nicht zu enthalten, und sie muss bei Familienwohnungen den Ehegatten oder eingetragenen Partnern auch nicht separat zugestellt werden (vgl. Art. 266n OR e contrario)⁴⁴. Sind mehrere Mieter Vertragspartei, muss die Mahnung an alle Personen mit Mie-

²⁶ BGer vom 6. Oktober 2010, 4A_429/2010.

²⁷ BGer vom 21. Februar 1994 = MRA 2/95, 93; BGer vom 6. Februar 2001, 4C.226/2000 = mp 4/01, 215; Urteil OG Zug vom 18. August 2000 = MRA 1/01, 1.

²⁸ Entscheid des Cour de justice, Genf, vom 17. Mai 1999, mp 1/00, 50.

²⁹ Entscheid des Cour de justice, Genf, vom 17. Mai 1999, mp 1/00, 50.

³⁰ Entscheid des Cour de justice, Genf, vom 11. September 2006, mp 1/08, 26.

³¹ Vgl. PIERRE WESSNER, Sorgfaltspflicht des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen, mp 3/07, 139.

³² BGer vom 18. Juni 2002, 4C.106/2002.

³³ Entscheid der Schlichtungsbehörde Giubiasco vom 22. Dezember 2005, mp 3/11, 214.

³⁴ Entscheid des Cour de justice, Genf, vom 18. Juni 2004, mp 3/05, 170.

³⁵ BGer vom 26. November 2001, 4C.270/2001 = MRA 2/02, 59 = mp 1/02, 24.

³⁶ BGer vom 4. Juni 1998, 4C.79/1998 = mp 3/98, 130 = AJP/PJA 1998, 1365 mit Kommentar von PETER HIGI.

³⁷ Vgl. auch die Kasuistik in SVIT (FN 3), N 59 ff. zu Art. 257f OR.

³⁸ HIGI (FN 3), N 28, 29, 39 zu Art. 257f OR.

³⁹ BGE 132 III 109; BGer vom 11. November 2009, 4A_413/2009 = MRA 1/10, 14 mit Kommentar von BEAT ROHRER; BGer vom 18. Februar 2008, 4A_523/2007 = MRA 1/08, 30 mit Kommentar von BEAT ROHRER; HIGI (FN 3), N 9 zu Art. 257f OR; LACHAT/SPIRIG (FN 7), 549; SVIT (FN 3), N 7 zu Art. 257f OR.

⁴⁰ BGer vom 18. Februar 2008, 4A_523/2007 = MRA 1/08, 30 mit Kommentar von BEAT ROHRER; HIGI (FN 3), N 58 zu Art. 257f OR; LACHAT/SPIRIG (FN 7), 549; SVIT (FN 3), N 33 ff. zu Art. 257f OR; WESSNER (FN 31), mp 3/07, 201; vgl. auch Art. 271a Abs. 3 lit. c OR und Art. 272a Abs. 1 lit. b OR.

⁴¹ HIGI (FN 3), N 89 zu Art. 257f OR; SVIT (FN 3), N 58 zu Art. 257f OR.

⁴² BGer vom 26. November 2001, 4C.270/2001 = MRA 2/02, 64 mit Kommentar von RAOUL FUTTERLIEB.

⁴³ HIGI (FN 3), N 51 zu Art. 257f OR; LACHAT/SPIRIG (FN 7), 550; SVIT (FN 3), N 43 zu Art. 257f OR; WEBER (FN 5), N 4 zu Art. 257f OR.

⁴⁴ BGer vom 26. November 2001, 4C.270/2001 = MRA 2/02, 59 = mp 1/02, 24; HEINRICH (FN 7), N 8 zu Art. 257f OR; HIGI (FN 3), N 52 und N 54 zu Art. 257f OR; SVIT (FN 3), N 44 f. zu Art. 257f OR; WEBER (FN 5), N 4 zu Art. 257f OR.

tereigenschaft gerichtet sein, weil diese gemeinsam und solidarisch und jeder für den anderen dafür verantwortlich sind, dass auf Hausbewohner und Nachbarn Rücksicht genommen wird⁴⁵.

Bleibt die Mahnung ergebnislos, indem die Pflichtverletzung andauert oder der Mieter das beanstandete Verhalten wiederholt⁴⁶ und ist der Vermieterin oder den Hausbewohnern die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht mehr zumutbar, kann das Mietverhältnis fristlos, bei Wohn- und Geschäftsräumen mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf das Ende eines Monats, gekündigt werden (Art. 257f Abs. 3 OR). Die neue Pflichtverletzung muss ihrer Natur nach mit derjenigen übereinstimmen, für die der Mieter abgemahnt worden ist⁴⁷.

Die Unzumutbarkeit muss objektiv sein. Das bedeutet im Zusammenhang mit Streitigkeiten zwischen Mietern, dass die Störung für die betroffenen Mieter nach Billigkeit (Art. 4 ZGB) aufgrund aller konkreten Umstände des Einzelfalls nicht mehr erträglich ist⁴⁸.

Als konkrete Umstände, die beim Billigkeitsentscheid ins Gewicht fallen, gelten beispielsweise: Zeitpunkt, Häufigkeit, Intensität und Schwere der Störungen, Verhalten des Mieters, Verhalten des gestörten Mieters, Lage und Beschaffenheit des Mietobjekts, Mieterstruktur, Zweckbestimmung, Rechtsansprüche der gestörten Mieter gegen die Vermieterin (Geltendmachung von Mängelrechten), Regeln des Anstandes und ausdrückliche vertragliche Vereinbarungen⁴⁹.

In einem Fall, in dem sich mehrere Mieter eines Mehrfamilienhauses bei der Vermieterin über ein Ehepaar beklagten, das während der Nacht Möbel herumrücke, Bäder nehme und bei dem ein Kommen und Gehen von sechs bis sieben Personen herrsche, befand der Cour de Justice von Genf, dass sich das Gericht ein Bild darüber machen müsse, welches Mass an Toleranz von den Beteiligten vernünftigerweise erwartet werden könne⁵⁰. Das Gericht habe im Hinblick auf die Schwere der Störungen insbe-

sondere folgende Fragen zu beantworten: Wie steht es um die Dauer der Störungen, die dem Ehepaar vorgeworfen werden? Wie oft kamen sie vor? Wie intensiv waren die Belästigungen? Rührten sie eventuell auch von anderen Mietern her? Wie steht es um den Vermietungszweck? Um die örtliche Umgebung? Den Zustand der Liegenschaft, zum Beispiel mit Bezug auf den Schallschutz? Das Bundesgericht erachtete beispielsweise heftige Eheszenen, die vier Polizeieinsätze in fünf Monaten erforderlich machten, als schwere Verletzung der Rücksichtnahmepflicht auf Hausbewohner⁵¹. Schlechte Schallisolationen vermögen nach der Auffassung des Bundesgerichts rücksichtslose Mieter nicht zu entlasten, weil ihnen diese Tatsache bekannt ist und sie deswegen zu besonderer Rücksichtnahme verpflichtet sind⁵². Die Unzumutbarkeit kann hingegen entfallen, wenn eine psychische Störung die Ursache des vertragswidrigen Verhaltens des Mieters bildet und sich der Zustand des Mieters gebessert hat⁵³.

Die Zeitspanne zwischen der Mahnung und der ausserordentlichen Kündigung darf nicht allzu lang sein, weil andernfalls darin ein Indiz für die Zumutbarkeit der Fortdauer des Mietverhältnisses erblickt wird⁵⁴. Das Bundesgericht erachtete einen Zeitraum von vier Monaten und sechs Tagen als nicht zu lang⁵⁵. Erforderlich ist auch, dass nach der erneuten Pflichtverletzung relativ rasch (wenn auch nicht unbedingt kurzfristig) gekündigt wird⁵⁶.

Nach der (kritisierten) Rechtsprechung des Bundesgerichts ist keine gesonderte Prüfung der Zumutbarkeit erforderlich, wenn der Mieter die Mietsache vorsätzlich entgegen dem vertraglich vereinbarten Verwendungszweck gebraucht, etwa für erotische Massagen anstatt, wie abgemacht, als Büroräume⁵⁷.

Fügt der Mieter der Mietsache mindestens eventualvorsätzlich⁵⁸ schweren Schaden zu (beispielsweise durch Öffnen des Gashahns in Selbstmordabsicht und

⁴⁵ Entscheid des Cour de justice, Genf, vom 18. Juni 2004, mp 3/05, 170; LACHAT/SPIRIG (FN 7), 550.

⁴⁶ BGer vom 26. November 2001, 4C.270/2001 = MRA 2/02, 59 = mp 1/02, 24; HEINRICH (FN 7), N 8 zu Art. 257f OR; HIGI (FN 3), N 57 zu Art. 257f OR; LACHAT/SPIRIG (FN 7), 551.

⁴⁷ BGer vom 26. November 2001, 4C.270/2001 = MRA 2/02, 59 = mp 1/02, 24.

⁴⁸ BGer vom 18. Februar 2008, 4A_523/2007 = MRA 1/08, 30 mit Kommentar von BEAT ROHRER; HEINRICH (FN 7), N 8 zu Art. 257f OR; HIGI (FN 3), N 58 ff. zu Art. 257f OR; LACHAT/SPIRIG (FN 7), 551; SVIT (FN 3), N 35 zu Art. 257f OR.

⁴⁹ HIGI (FN 3), N 59 f. zu Art. 257f OR.

⁵⁰ Entscheid des Cour de justice, Genf, vom 26. Mai 2004, mp 3/05, 167.

⁵¹ BGer vom 26. November 2001, 4C.270/2001 = MRA 2/02, 59 = mp 1/02, 24.

⁵² BGer vom 26. November 2001, 4C.270/2001 = MRA 2/02, 59; BGer vom 4. Juni 1998, mp 3/98, 130.

⁵³ BGer vom 22. November 2005, 4C.273/2005.

⁵⁴ BGer vom 8. August 2001, 4C.118/2001; BGer vom 26. November 2001, 4C.270/2001 = MRA 2/02, 59; HEINRICH (FN 7), N 8 zu Art. 257f OR; LACHAT/SPIRIG (FN 7), 550.

⁵⁵ BGer vom 26. November 2001, 4C.270/2001 = MRA 2/02, 59 = mp 1/02, 24.

⁵⁶ WEBER (FN 5), N 6 zu Art. 257f OR.

⁵⁷ BGE 132 III 109; BGer vom 11. November 2009, 4A_413/2009 = MRA 1/10, 14 mit Kommentar von BEAT ROHRER; PETER HIGI, Bemerkungen zu BGE 132 III 109, AJP/PJA 2006, 882 ff.

⁵⁸ HEINRICH (FN 7), N 9 zu Art. 257f OR; WEBER (FN 5), N 7 zu Art. 257f OR.

Verursachung einer Explosion⁵⁹), kann die Vermieterin von Wohn- und Geschäftsräumen ohne vorangehende Mahnung⁶⁰ fristlos kündigen (Art. 257f Abs. 4 OR). Die Vermieterin muss auch nicht nachweisen, dass die Fortsetzung des Mietvertrags unzumutbar geworden ist⁶¹. Entgegen dem engen Wortlaut von Art. 257f Abs. 4 OR ist die fristlose Kündigung nicht nur bei schweren Sorgfaltspflichtverletzungen, sondern auch bei schwerer Verletzung der Rücksichtnahmepflicht anwendbar (beispielsweise bei vorsätzlicher Körperverletzung, Mord sowie vorsätzlicher Zerstörung von Eigentum eines anderen Mieters)⁶². Der nicht vereinbarte Betrieb eines Bordells in einem Wohnhaus und die daraus resultierenden Belästigungen der anderen Mieter können nur dann als schwere Pflichtverletzungen qualifiziert werden, wenn sie tatsächlich schwer wiegen und geeignet sind, den guten Ruf des Hauses zu beeinträchtigen⁶³.

Nach der Auffassung von HIGI hat sich die Überprüfung einer Kündigung nach Art. 257f OR an den Gründen und Tatsachen zu orientieren, die die Vermieterin zur Kündigung veranlasst haben, wobei der Richter nach Art. 4 ZGB zu entscheiden hat⁶⁴.

Die Kündigung ist schriftlich, bei Wohn- und Geschäftsräumen mit amtlichem Formular, zu erklären (Art. 266l Abs. 2 OR). Bei Familienwohnungen ist sie den Ehegatten und den eingetragenen Partnern separat zuzustellen, unbesehen davon, wer von den beiden laut Mietvertrag Mieter ist (Art. 266n OR). Der Vermieterin bleibt es unbenommen, die fristlose Kündigung, zu der sie berechtigt wäre, auf einen späteren Zeitpunkt auszusprechen oder bei Wohn- und Geschäftsräumen eine längere Kündigungsfrist vorzusehen⁶⁵. Nach Art. 271 Abs. 2 OR muss die Kündigung zwar nur auf Verlangen begründet werden. Das Bundesgericht vertritt im Zusammenhang mit Kündigungen aus wichtigem Grund nach Art. 266g OR allerdings die Auffassung, es sei unerlässlich, dass der

Kündigungsempfänger der Erklärung entnehmen könne, dass es sich nicht um eine ordentliche Kündigung handle⁶⁶. Der Vermieterin ist deshalb zu empfehlen, die gestützt auf Art. 257f Abs. 3 oder Abs. 4 OR ausgesprochene Kündigung zu begründen.

Eine bloss in Verletzung der in Art. 257f Abs. 3 OR vorgeschriebenen Kündigungsfrist (30 Tage) und des Kündigungstermins (Monatsende) ausgesprochene ausserordentliche Kündigung macht diese nicht unwirksam. Sie entfaltet ihre Wirkung einfach erst auf den nächstmöglichen Kündigungstermin (Art. 266a Abs. 2 OR)⁶⁷.

Sind die Voraussetzungen der ausserordentlichen Kündigung nach Art. 257f Abs. 3 oder Abs. 4 OR erfüllt, ist eine Erstreckung des Mietverhältnisses über Wohn- oder Geschäftsräume ausgeschlossen (Art. 272a Abs. 1 lit. b OR) und die laufenden Kündigungssperrfristen von Art. 271a Abs. 1 lit. d und e OR sind nicht anwendbar (Art. 271a Abs. 3 lit. c OR)⁶⁸.

Sind die Voraussetzungen von Art. 257f Abs. 3 oder 4 OR hingegen nicht erfüllt, ist die Kündigung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts unwirksam, das heisst, sie entfaltet keine Wirkung, selbst wenn sie nicht innert der Frist von Art. 273 Abs. 1 OR angefochten wird⁶⁹. Dass eine Kündigung unwirksam ist, muss von Amtes wegen beachtet werden und zwar zeitlich unbeschränkt. Der Mieter kann die Ungültigkeit auch noch in einem allfälligen gerichtlichen Verfahren über die Ausweisung geltend machen⁷⁰.

⁵⁹ BGE 103 III 333.

⁶⁰ SVIT (FN 3), N 41 zu Art. 257f OR; WEBER (FN 5), N 7 zu Art. 257f OR.

⁶¹ HIGI (FN 3), N 74 zu Art. 257f OR; SVIT (FN 3), N 39 zu Art. 257f OR.

⁶² HEINRICH (FN 7), N 9 zu Art. 257f OR; HIGI (FN 3), N 78 zu Art. 257f OR; LACHAT/SPIRIG (FN 7), 554; SVIT (FN 3), N 40 zu Art. 257f OR.

⁶³ BGer vom 10. Januar 1995, mp 1/96, 7.

⁶⁴ HIGI (FN 3), N 59 zu Art. 257f OR; BGer vom 4. Juni 1998, 4C.79/1998 = AJP/PJA 1998, 1367 mit Kommentar von PETER HIGI.

⁶⁵ BGer vom 26. November 2001, 4C.270/2001 = MRA 2/02, 59 = mp 1/02, 24; SVIT (FN 3), N 46 zu Art. 257f OR; LACHAT/SPIRIG (FN 7), 554.

⁶⁶ BGer vom 24. Januar 2001, 4C.16/2000 = MRA 3/01, 81.

⁶⁷ ALFRED KOLLER, Ausserordentliche Kündigung der Wohnungs- und Geschäftsmiete wegen vertragswidrigen Verhaltens des Mieters, AJP/PJA 2010, 845 ff.; SVIT (FN 3), N 46 zu Art. 257f OR mit Hinweis auf Entscheidung der Schlichtungsbehörde Zürich vom 21. Juli 1994, MRA 1/95, 35.

⁶⁸ BGer vom 20. Februar 2004, 4C.306/2003 = MRA 5/04, 177.

⁶⁹ BGE 121 III 156 ff.; BGer vom 8. August 2001, 4C.118/2001 = mp 4/01, 202; LACHAT/SPIRIG (FN 7), 554 f. Der «Kündigungsschutz» bei ausserordentlichen Kündigungen beschränkt sich in der Regel auf die Überprüfung, ob die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Ausnahmsweise kann auch bei Vorliegen aller Voraussetzungen ein Verstoß gegen Treu und Glauben bejaht werden. Diese Frage wird nur überprüft, wenn die Kündigung innert 30 Tagen angefochten wird, vgl. ANITA THANEI, Neues zum Kündigungsschutz, mp, 2/12, 87.

⁷⁰ BGE 131 III 33 ff. = MRA 5/04, 166 mit Kommentar von BEAT ROHRER; BGE 121 III 156 = mp 3/95, 155 ff.; KOLLER (FN 67), AJP/PJA 2010, 852; BEAT ROHRER/JÜRIG P. MÜLLER/TOBIA BARTELS/CHRISTIAN RUF/URBAN HULLIGER/MIRKO SCHNEIDER, 66 Fragen zum Mietrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, 154; SVIT (FN 3), N 51 und 53 zu Art. 257f OR. Das Bundesgericht liess die Frage offen, ob bei einer ausserordentlichen Kündigung, bei der nicht die Anfechtbarkeit, sondern nur die Wirksamkeit strittig ist, unabhängig vom Streitwert das vereinfachte Verfahren nach Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO anwendbar ist, BGer vom 10. April 2012, 4A_87/2012 = mp 3/12, 221.

Erweist sich die Kündigung als unwirksam, wird grundsätzlich eine dreijährige Kündigungssperrfrist ausgelöst (Art. 271a Abs. 1 lit. e OR)⁷¹. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gelangt der zeitliche Kündigungsschutz allerdings dann nicht zur Anwendung, wenn lediglich eine aus formellen Gründen nichtige oder unwirksame Kündigung wiederholt wird⁷². Klar ist, dass eine Kündigung, die die Formvorschriften von Art. 266l Abs. 2 OR (Verwendung des amtlichen Formulars) und Art. 266n OR (separate Mitteilung) missachtet, zwar nichtig ist (vgl. Art. 266o OR), aber formgültig wiederholt werden kann⁷³. Ob eine Sperrfrist ausgelöst wird, wenn eine nach Art. 257f Abs. 3 OR ausgesprochene Kündigung lediglich deshalb als unwirksam erklärt wurde, weil ihr keine schriftliche Abmahnung vorausging, ist umstritten⁷⁴.

Eine ausserordentliche Kündigung, die die Voraussetzungen von Art. 257f Abs. 3 und 4 OR nicht erfüllt, ist unwirksam und kann nicht in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden⁷⁵. Der Richter kann aber rechtsirrtümliche Erklärungen korrigieren (Berufung auf eine unzutreffende, nicht einschlägige Gesetzesbestimmung)⁷⁶.

Die Beweislast für sämtliche Voraussetzungen der ausserordentlichen Kündigung trägt die Vermieterin (Art. 8 ZGB)⁷⁷. Beschwerdeschreiben von Mietern («Mieterpetitionen») ist dabei mit einer gewissen Zurückhaltung zu begegnen⁷⁸. Im erwähnten Entscheid des Cour de justice Genf⁷⁹ führte dieser aus, die allgemeine Lebenserfahrung zeige, dass bei Streitigkeiten zwischen Mietern die Protagonisten nicht zögern würden, ihre Anschuldigungen zu verstärken, indem sie ihre viel weniger oder gar nicht betroffenen Nachbarn einbeziehen. Petitionen, die zuweilen

hastig auf der Türschwelle unterzeichnet werden, können vor Gericht ohne weitere vertiefte Abklärungen kein grosses Gewicht haben.

2.2.2. Ausserordentliche Kündigung nach Art. 266g OR

Art. 257f Abs. 3 und 4 OR sind im Verhältnis zu Art. 266g OR (Kündigung aus wichtigem Grund) Sondertatbestände. Die Anwendung von Art. 266g OR ist bei vertragswidrigem, unsorgfältigem und/oder rücksichtslosem Gebrauch der Mietsache durch den Mieter ausgeschlossen⁸⁰. Eine Konversion einer die Voraussetzungen von Art. 257f OR nicht (ganz) erfüllenden Kündigung in eine Kündigung nach Art. 266g OR ist nicht möglich⁸¹.

2.2.3. Ordentliche Kündigung

Zur ordentlichen Kündigung kann – vorbehaltlich von Kündigungssperrfristen (Art. 271a Abs. 1 lit. d und e und Abs. 2 OR) – auch dann gegriffen werden, wenn feststeht, dass die Pflichtverletzungen nicht die für die ausserordentliche Kündigung erforderliche Schwere aufweisen bzw. wenn es an der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses fehlt⁸². Das Bundesgericht qualifizierte eine ordentliche Kündigung gegen einen Mieter, der sich gegenüber einzelnen anderen Mietern respektlos verhielt, als nicht missbräuchlich, weil sie dem Schutz des Friedens im Hause diene⁸³.

Aufgrund der mit einer ausserordentlichen Kündigung verbundenen Risiken verzichten Vermieterinnen nicht selten auf eine ausserordentliche Kündigung und sprechen – unter Inkaufnahme von allfälligen Mieterstreckungen⁸⁴ und eventuell entsprechend anwachsenden Herabsetzungsansprüchen der gestörten Mieter – im Zweifel eine ordentliche Kündigung aus⁸⁵.

⁷¹ Vgl. BGE 131 III 33 ff. = MRA 5/04, 161; LACHAT/SPIRIG (FN 7), 554; ROHRER/MÜLLER/BARTELS/RUF/HULLIGER/SCHNEIDER (FN 70), 153; SVIT (FN 3), N 47 zu Art. 257f OR.

⁷² BGer vom 8. Mai 2007, 4C.432/2006 = MRA 3/07, 85; HEINRICH (FN 7), N 10 zu Art. 271–271a OR.

⁷³ BGer vom 8. Mai 2007, 4C.432/2006 = MRA 3/07, 85; KOLLER (FN 67), AJP/PJA 2010, 853; LACHAT/SPIRIG (FN 7), 555.

⁷⁴ Gegen die Anwendung von Art. 271a Abs. 1 lit. d und e OR RAOUL FUTTERLIEB, MRA 3/07, 89 und HEINRICH (FN 7), N 10 zu Art. 271–271a OR; a.M. LACHAT/THANEI (FN 7), 599 f.; WESSNER (FN 31), mp 3/07, 209 f.

⁷⁵ BGer vom 2. Februar 2009, 4A_536/2009; BGE 135 III 441 = Pra 2010, Nr. 30 = mp 4/09, 247; BGer vom 1. April 2010, 4A_38/2010; HIGI (FN 3), N 86 zu Art. 257f OR; KOLLER (FN 67), AJP/PJA 2010, 854; LACHAT/SPIRIG (FN 7), 554.

⁷⁶ BGE 123 III 129; KOLLER (FN 67), AJP/PJA 2010, 854.

⁷⁷ BGer vom 10. Januar 1995, mp 1/96, 7; WEBER (FN 5), N 8 zu Art. 257f OR.

⁷⁸ WEBER (FN 5), N 8 zu Art. 257f OR; Entscheid des Cour de justice, Genf, vom 26. Mai 2004, mp 3/05, 167.

⁷⁹ Entscheid des Cour de justice, Genf, vom 26. Mai 2004, mp 3/05, 167.

⁸⁰ BGer vom 2. Februar 2010, 4A_536/2009 = mp 3/10, 202; BGer vom 17. April 2012, 4A_142/2012; HIGI (FN 3), N 87 zu Art. 257f OR; vgl. auch KOLLER (FN 67), AJP/PJA 2010, 845 ff.; IRÈNE SPIRIG, Ausserordentliche Kündigungen ausserhalb des mietrechtlichen Katalogs?, mp 1/12, 1 ff. A.M. BGer vom 23. Januar 2007, 4C.395/2006 = MRA 1/07, 22 mit Kritik von ANDREAS MAAG.

⁸¹ LACHAT/SPIRIG (FN 7), 550; WEBER (FN 5), N 9 zu Art. 257f OR.

⁸² LACHAT/SPIRIG (FN 7), 550. Zum Nachschieben von zusätzlichen Kündigungsgründen vgl. BGE 138 III 59.

⁸³ BGer vom 12. Juli 2010, 4A_114/2010.

⁸⁴ Sind die formellen und materiellen Voraussetzungen für eine ausserordentliche Kündigung gegeben, ist eine Erstreckung auch dann ausgeschlossen, wenn die Vermieterin ordentlich kündigt, HEINRICH (FN 7), N 2 Art. 272a OR.

⁸⁵ ANDREAS MAAG, Die Bundesgerichtspraxis zur ausserordentlichen Kündigung nach Art. 257f OR bei Vertragsverletzungen, MRA 4/06, 136; SVIT (FN 3), N 47 zu Art. 257f OR.

Das Bundesgericht anerkannte in einem neuen Entscheid auch die Möglichkeit einer zweiten, «subsidiären» ordentlichen Kündigung, die ihre Wirkungen nur dann entfalten soll, wenn die erste Kündigung unwirksam ist. Der Wille, subsidiär ein derartiges Gestaltungsrecht auszuüben, muss jedoch deutlich zum Ausdruck gebracht werden⁸⁶. Die Frage, ob es für die nachgeschobene ordentliche Kündigung eine gesonderte Formularanzeige braucht, liess das Bundesgericht offen.

2.2.4. Vertragliche Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche

Die Vermieterin kann – unabhängig vom allfälligen Recht auf Kündigung – gegen einen vertragswidrigen, unsorgfältigen und/oder rücksichtslosen Gebrauch vertragliche Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche geltend machen und die gerichtliche Durchsetzung verlangen (Realerfüllung)⁸⁷.

Diese Massnahmen wird die Vermieterin allenfalls ergreifen, wenn sich der Mieter weigert, einen von ihm verursachten Schaden zu beheben. Ferner dürfte die Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen gegen vom störenden Mieter ausgehende Emissionen zu erwägen sein, wenn sich die Vermieterin mit vom gestörten Mieter geltend gemachten Mängelrechten konfrontiert sieht und mit einer Beendigung des Mietverhältnisses längere Zeit nicht zu rechnen ist. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Voraussetzungen einer ausserordentlichen Kündigung mangels erforderlicher Schwere der Pflichtverletzung bzw. Unzumutbarkeit der Fortführung des Mietverhältnisses nicht gegeben sind und die ordentliche Kündigung wegen Sperrfristen (Art. 271a Abs. 1 lit. d und e und Abs. 2 OR) oder langer fester Mietdauer keine Option ist.

2.2.5. Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche

Vertragswidriger, unsorgfältiger und/oder rücksichtsloser Gebrauch kann zu Schadenersatzansprüchen der Vermieterin gestützt auf Art. 257f Abs. 1 und/oder 2 i.V.m. Art. 97 OR führen, wenn die vertraglichen Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind⁸⁸. Die Ersatzpflicht kann insbesondere die Kosten der Mängelbeseitigung durch

die Vermieterin (beispielsweise Reparatur- und Instandstellungskosten), die Abgeltung von Minderwerten, den Ersatz von durch die Ausübung von Mängelrechten durch den gestörten Mieter von der Vermieterin zu tragenden Schaden (beispielsweise Mietzinsherabsetzungsansprüche oder fristlose Kündigung) oder den Kündigungsschaden wegen vorzeitiger Vertragsbeendigung nach Art. 257f Abs. 3 und 4 OR umfassen⁸⁹. Letzterer beinhaltet grundsätzlich den Mietzinsausfall bis zur Weitervermietung des Mietobjekts, längstens bis zum frühestmöglichen ordentlichen Kündigungstermin. Die Vermieterin hat jedoch ihrer Schadenminderungspflicht nachzukommen und für eine Weitervermietung besorgt zu sein (Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 44 Abs. 1 OR).

Sind aufgrund des vertragswidrigen, unsorgfältigen und/oder rücksichtslosen Gebrauchs der Mietsache die Voraussetzungen von Art. 47 OR oder namentlich Art. 49 OR erfüllt, steht der Vermieterin ein Genugtuungsanspruch zu⁹⁰.

Hat die Vermieterin in die Störung eingewilligt, stehen ihr keine Ansprüche aus Art. 257f i.V.m. Art. 97 OR zu. Allenfalls kann sie aber gestützt auf eine besondere Schadloshaltungsvereinbarung, die beispielsweise im Rahmen der Zustimmungserklärung zum Mieterbau vereinbart wurde, auf den störenden Mieter im Umfang der den gestörten Mietern zu gewährenden Mietzinsherabsetzungen Regress nehmen.

3. Vorgehen des gestörten Mieters gegen die Vermieterin

Wird der Mieter Opfer von durch einen anderen Mieter verübten Pflichtverletzungen, kann er gestützt auf das Mietrecht nur gegen die Vermieterin vorgehen. Je nach den Umständen stehen ihm Ansprüche aus Mängelrechten zu.

3.1. Mängelrechte

3.1.1. Mangel aus dem Verhalten des störenden Mieters

Die Vermieterin ist verpflichtet, die Mietsache in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und zu erhalten (Art. 256 Abs. 1 OR). Die-

⁸⁶ BGE 137 III 389 = Pra 2012, Nr. 6.

⁸⁷ HIGI (FN 3), N 43 zu Art. 257f OR; SVIT (FN 3), N 29 zu Art. 257f OR; WEBER (FN 5), N 2 zu Art. 257f OR.

⁸⁸ BGer vom 25. Oktober 2000, 4C.175/2000 = mp 4/01, 200; HEINRICH (FN 7), N 7 zu Art. 257f OR; HIGI (FN 3), N 45 und N 88 zu Art. 257f OR; SVIT (FN 3), N 30 zu Art. 257f OR. Zur (kausalen) Tierhalterhaftung vgl. Art. 56 OR.

⁸⁹ HIGI (FN 3), N 45 und 88 zu Art. 257f OR; LACHAT/SPIRIG (FN 7), 555; SVIT (FN 3), N 31 zu Art. 257f OR; WEBER (FN 5), N 11 zu Art. 257f OR; WESSNER (FN 31), mp 4/07, 213 f.

⁹⁰ HIGI (FN 3), N 46 zu Art. 257f OR.

ser Pflicht kommt die Vermieterin nach, wenn sie dem Mieter die Sache in dem Zustand überlässt, der den vertragsgemässen oder – mangels genauer Abrede – üblichen Gebrauch der Mietsache uneingeschränkt zulässt⁹¹. Beide Parteien können auch Zusicherungen abgeben, die den Gebrauch der Mietsache betreffen und Bestandteil des vertragsgemässen Gebrauchs bilden (beispielsweise Zusicherung von besonderer Ruhe)⁹². Ein Mangel an der Mietsache (inklusive gemeinsam benutzbarer weiterer Einrichtungen und Räumlichkeiten) liegt demnach stets dann vor, wenn sich die Mietsache nicht in dem Zustand befindet, den die Vermieterin im Einzelfall konkret schuldet⁹³. Was im Einzelfall geschuldet ist und unter den konkreten Umständen vom Mieter als Leistung objektiv erwartet werden darf (vertragsgemässer Zustand), muss anhand des konkreten Mietvertrags mit seinen Beilagen oder mangels Abrede anhand des üblichen Gebrauchs ausgelegt werden⁹⁴. Der Mieter kann nur diejenigen Eigenschaften der Mietsache verlangen, die er nach objektiven Kriterien (auf subjektive Anschauungen und Wunschvorstellungen des Mieters kommt es grundsätzlich nicht an⁹⁵) vernünftigerweise von ihr erwarten darf⁹⁶. Im Einzelfall sind namentlich zu berücksichtigen: Wohn-, Schlaf-, Privatsphären- oder Arbeitstauglichkeit⁹⁷, Alter des Mietobjekts, Lage, Konstruktion, Qualitätsnormen (übliche Lärmstandards), Zweckbestimmung, Höhe des Mietzinses, Bedürfnisse und Anforderungen des Mieters, übliches voraussehbares Verhalten der anderen Mieter, Verhalten der Mietparteien bei Vertragsschluss usw⁹⁸. Der Mieter kann auch nicht erwarten, dass die Umgebung der Mietsache unverändert bleibt, wenn die Vermieterin dies nicht zugesichert hat. Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge voraussehbare Entwicklungen führen in der Regel nicht zur Mangelhaftigkeit der Mietsache⁹⁹. Der an die

vertragliche Abrede des geschuldeten Zustandes geknüpft Begriff des Mangels erweist sich somit als relativ und ist von Fall zu Fall zu beurteilen¹⁰⁰. Die Beweislast für das Bestehen eines Mangels trägt der Mieter (Art. 8 ZGB)¹⁰¹.

Die tatsächliche Störung eines Mieters im vertragsgemäss geschuldeten Gebrauch stellt einen Mangel dar, weil sie eine Abweichung seines vertraglichen Rechts bedeutet, die Mietsache ungestört gebrauchen zu können, was zur Annahme eines Mangels genügt¹⁰². Die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache an sich muss durch die Störung noch nicht beeinträchtigt sein¹⁰³. Nach den vorstehend dargelegten Kriterien bewirkt aber nicht jede Störung automatisch einen Mangel. So sind beispielsweise normale Alltagsgeräusche wie Trittschall, aus der Nachbarwohnung stammende Musik, Lärm von einem Fest, in der Regel hinzunehmen¹⁰⁴. Für eine mangelrechtlich relevante Störung müssen daher regelmässig zusätzliche Unannehmlichkeiten vorliegen, die die Toleranzschwelle überschreiten (beispielsweise besondere Intensität oder Dauer der Immissionen, besonders lärmige Nachbarn, sehr schlechte Isolation, Störung des Schlafs¹⁰⁵, besondere Beeinträchtigung durch den Zeitpunkt der Störung)¹⁰⁶.

Wer oder was den Mangel herbeigeführt hat, ist für den Begriff (nicht aber für die Rechtsfolgen) des Mangels irrelevant; der Mangel kann also seine Ursache auch im Verhalten eines anderen Mieters haben¹⁰⁷.

Wird ein Mieter durch das Verhalten eines anderen Mieters im geschuldeten vertragsgemässen Gebrauch gestört (beispielsweise intensive Lärm-, Staub- und Geruchsmissionen, Lärm in der Nacht, schlafstörender

⁹¹ Vgl. zum Mangelbegriff HEINRICH (FN 7) N 2 zu Art. 258 OR; HIGI (FN 3), N 27 bis N 29 zu Art. 258 OR; LACHAT/ROY (FN 7), 138; SVIT (FN 3), N 12 zu Vorbem. zu Art. 258–259i OR.

⁹² HEINRICH (FN 7), N 5 zu Art. 256 OR; HIGI (FN 3), N 46 zu Art. 258 OR.

⁹³ HIGI (FN 3), N 27 zu Art. 258 OR.

⁹⁴ HEINRICH (FN 7), N 2 zu Art. 256 OR; HIGI (FN 3), N 34 zu Art. 258 OR; LACHAT/ROY (FN 7), 138.

⁹⁵ HIGI (FN 3), N 29 zu Art. 256 OR.

⁹⁶ HEINRICH (FN 7), N 4 zu Art. 256 OR; HIGI (FN 3), N 29 f. Art. 256 OR.

⁹⁷ REETZ/HAEFELI (FN 1), MRA 5/09, 160.

⁹⁸ BGer vom 31. Juli 2009, 4A_281/2009 = MRA 1/10, 21; BGer vom 21. Februar 2005, 4C.368/2004 = MRA 5/05, 196; HEINRICH (FN 7), N 4 zu Art. 256 OR; HIGI (FN 3), N 30 und N 33 ff. zu Art. 258 OR; LACHAT/ROY (FN 7), 139.

⁹⁹ BGer vom 1. April 2009, 4A_43/2009 = MRA 4/09, 130 mit Kommentar von RAOUL FUTTERLIEB.

¹⁰⁰ BGer vom 21. Februar 2005, 4C.368/2004 = MRA 5/05, 196; HIGI (FN 3), N 28 zu Art. 258 OR.

¹⁰¹ SVIT (FN 3), N 25 zu Art. 256 OR.

¹⁰² HIGI (FN 3), N 34 zu Art. 258 OR; SVIT (FN 3), N 45 zu Vorbem. zu Art. 258–259i OR; WEBER (FN 5), N 1 zu Art. 258 OR; MARTIN ZÜST, Die Mängelrechte des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen, Diss. St. Gallen 1992, Rz 17, 182 ff.

¹⁰³ HIGI (FN 3), N 34 zu Art. 258 OR.

¹⁰⁴ BGer vom 1. April 2009, 4A_43/2009 = MRA 4/09, 130 mit Kommentar von RAOUL FUTTERLIEB; REETZ/HAEFELI (FN 1), MRA 5/09, 161.

¹⁰⁵ BGer vom 21. Februar 2005, 4C.368/2004 = MRA 5/05, 196; BGer vom 31. Juli 2009, 4A_281/2009.

¹⁰⁶ BGer vom 31. Juli 2009, 4A_281/2009 = MRA 1/10, 21 mit Kommentar von MARTIN SOHM; BGer vom 21. Februar 2005, 4C.368/2004 = MRA 5/05, 196; BGer vom 1. April 2009, 4A_43/2009 = MRA 4/09, 130 mit Kommentar von RAOUL FUTTERLIEB; REETZ/HAEFELI (FN 1), MRA 5/09, 161.

¹⁰⁷ Entscheid des Mietgerichts Zürich vom 23. Dezember 1987, mp 3/88, 112; BGer vom 22. Juli 1999, 4C.164/1999 = Pra 2000, Nr. 49 = mp 1/00, 45 = AJP/PJA 2000, 484 mit Kommentar von PETER HIGI; LACHAT/ROY (FN 7), 145; SVIT (FN 3), N 16 zu Vorbem. zu Art. 258–259i OR.

Lärm, persönliche Belästigungen, Verletzung des seelischen Empfindens, Hervorrufen von unangenehmen psychischen Eindrücken wie Ekel, Abscheu, Angst), liegt ein Mangel der Mietsache vor¹⁰⁸. So qualifizierte beispielsweise die Schlichtungsbehörde im Mietwesen von Giubiasco den verbalen und tätlichen Angriff auf eine Mieterin durch eine andere Mieterin als schweren Mangel¹⁰⁹. Das Bundesgericht bestätigte sodann die Mangelqualität der Mietsache wegen «wiederholten Eheszenen» in einer Liegenschaft¹¹⁰ und der Cour de justice, Genf, bejahte die Mangelhaftigkeit der Mietsache aufgrund der Störungen eines Mieters durch zwei Nachbarsfamilien in Form von Exkrementen im Treppenhaus, aus dem Fenster geworfenen Abfällen, Spielenlassen der Kinder im Lift und Treppenhaus, nächtliches Türenschiessen, nächtliches Duschen und Benützen der Waschmaschine als Mangel der Mietsache¹¹¹.

Häufig wird ein störendes Verhalten eines Mieters in Verletzung von Art. 257f Abs. 1 und/oder Abs. 2 OR dazu führen, dass auf der Seite des dadurch gestörten Mieters ein Mangel seiner Mietsache vorliegt. Da es sich jedoch um zwei separat zu beurteilende Vertragsbeziehungen handelt (Mietvertrag zwischen dem störenden Mieter und der Vermieterin bzw. Mietvertrag zwischen dem gestörten Mieter und der Vermieterin), sind auch Fälle denkbar, bei denen sich die rechtlichen Qualifikationen nicht decken. Vorstellbar sind beispielsweise folgende Konstellationen:

- Ein Mieter hört häufig, aber unter Einhaltung der in der Hausordnung vereinbarten Ruhezeiten, Musik in normaler Lautstärke, was in der Nebenwohnung gut hörbar ist. Die Vermieterin sicherte dem gestörten Mitmieter im Mietvertrag absolute Ruhe zu. Weil Musik hören tagsüber und in Zimmerlautstärke zum vertragsgemässen Gebrauch der Mietsache gehört, liegt keine Verletzung von Art. 257f OR vor. Aufgrund der vertraglichen Zusicherung ist die Mietsache des gestörten Mieters aber mangelhaft.
- Ein Mieter hält sich nicht an die vereinbarten Bedingungen eines Mietvertrages, indem er die Räume nicht wie ausdrücklich vereinbart ausschliesslich zu Wohnzwecken nutzt, sondern diese zu Geschäftszwecken untervermietet¹¹². Es liegt eine Verletzung von Art. 257f Abs. 1 OR vor. Allenfalls wird ein anderer

Hausbewohner aber durch diese Nutzung nicht in seinem vertragsgemässen Gebrauch gestört, weil aus der geschäftlichen Nutzung keine besonderen Beeinträchtigungen resultieren und kein Mangel der Mietsache vorliegt.

- Eine Vermieterin eines Shoppingcenters hat einem Ladenmieter den Umbau des von ihm gemieteten Ladenlokals genehmigt. Der Mieter nebenan wird in seinem Geschäftsbetrieb durch Lärm- und Staubimmissionen beeinträchtigt. Eine Verletzung von Art. 257f OR liegt wegen der Zustimmung der Vermieterin zum Mieterbau nicht vor. Der gestörte Mieter des Nebenlokals wird eventuell durch die Bautätigkeit beeinträchtigt (Lärm, Staub, Erschütterungen), was gegebenenfalls als Mangel der Mietsache zu qualifizieren ist.

3.1.2. Einzelne Rechtsbehelfe

Liegt aufgrund des störenden Verhaltens eines Mieters ein Mangel der Mietsache eines anderen Mieters vor, kann der gestörte Mieter im Wesentlichen zu folgenden (grundsätzlich kumulativ anrufbaren) Rechtsbehelfen greifen¹¹³.

3.1.2.1. Beseitigungsanspruch

Der in seinem vertragsgemässen Gebrauch gestörte Mieter kann von der Vermieterin verlangen, dass sie die vom störenden Mieter ausgehenden Beeinträchtigungen innert angemessener Frist beseitigt (Art. 259a Abs. 1 lit. a OR, Art. 259b OR)¹¹⁴. Falls der störende Mieter gegen Art. 257f Abs. 1 und 2 OR verstösst, kann die vom gestörten Mieter in Anspruch genommene Vermieterin, wie in dem vorstehenden Abschnitt 2.2. ff. dargelegt, gegen ihn vorgehen und von ihm einen pflichtgemässen Gebrauch der Mietsache verlangen¹¹⁵. Möglicherweise ist die Vermieterin auch zu baulichen oder technischen Massnahmen am Mietobjekt (beispielsweise zur Isolation bei Lärm- oder Geruchsmissionen) oder anderen Behebungsarbeiten (beispielsweise wenn der störende Mieter Gemeinschaftsräume oder das Mietobjekt des gestörten Mieters beschädigt oder verschmutzt hat) verpflichtet.

Der Beseitigungsanspruch findet dort seine Grenzen, wo der Mangel von der Vermieterin aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen objektiv nicht behebbar oder

¹⁰⁸ LACHAT/SPIRIG (FN 7), 548; ZÜST (FN 102), Rz 183 f.

¹⁰⁹ Entscheid der Schlichtungsbehörde Giubiasco vom 22. Dezember 2005, mp 3/11, 214.

¹¹⁰ BGer vom 26. November 2001, 4C.270/2001 = MRA 2/02, 59.

¹¹¹ Entscheid des Cour de justice, Genf, vom 17. Mai 1999, mp 1/00, 50.

¹¹² Vgl. BGer vom 6. Oktober 2010, 4A_429/2010.

¹¹³ Zu den in der Praxis kaum relevanten Rechtsbehelfen gegen die Vermieterin aus (mittelbarer) Besitzesstörung vgl. BETTINA HÜR-LIMANN-KAUP, Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht, Habilitation, Zürich/Basel/Genf 2008, Rz 168 ff.

¹¹⁴ LACHAT/ROY (FN 7), 138; ZÜST (FN 102), Rz 260.

¹¹⁵ Vgl. ZÜST (FN 102), Rz 260.

dieser vom Mieter zu dulden ist¹¹⁶. Eine Beseitigung ist u.a. nicht möglich, wenn die vom störenden Mieter ausgehenden Lärmemissionen nicht im Sinne von Art. 257f Abs. 1 und 2 OR pflichtwidrig sind und keine baulichen oder technischen Massnahmen möglich sind, um diese zu vermeiden. Ist die Mängelbeseitigung zwar möglich, aber aus Kostengründen unverhältnismässig (beispielsweise steht die erforderliche Schallisolation in einer Altbaute in keinem Verhältnis zum Wert des Gebäudes), besteht ebenfalls kein Beseitigungsanspruch¹¹⁷. Auch kann der Mieter, der den Vertrag gestützt auf Art. 259b lit. a OR fristlos gekündigt hat, keine Mängelbeseitigung fordern¹¹⁸.

Die Vermieterin muss vom Mangel Kenntnis haben, das heisst, sie weiss oder muss wissen, dass ein Mangel vorliegt. Dabei ist es unerheblich, auf welchem Weg sie vom Mangel erfährt¹¹⁹. Eine Mängelanzeige des gestörten Mieters wird für den Beseitigungsanspruch nicht vorausgesetzt¹²⁰. Die Beseitigung der Störung durch die Vermieterin hat innert angemessener, das Störungspotential und den Umfang allfälliger Behebungsarbeiten berücksichtigenden Frist zu erfolgen.

Im erwähnten Entscheid der Schlichtungsbehörde im Mietwesen von Giubiasco¹²¹ informierte der Rechtsvertreter der Vermieterin die eine andere Hausbewohnerin verbal und tätlich angreifende Mieterin über die Klagen der betroffenen Mieterin und forderte sie auf, jegliches ungehörige Benehmen gegenüber den Hausbewohnern zu unterlassen. Für den Fall weiterdauernder Verletzungen der Pflicht zur Rücksichtnahme wurde die Kündigung nach Art. 257f OR angedroht und zwei Wochen später schliesslich auch ausgesprochen. Nach der Auffassung der Schlichtungsbehörde hatte die Vermieterin damit alles unternommen, was ihr zur Behebung des Mangels zugemutet werden kann, weshalb das Beseitigungsbegehren abgelehnt wurde.

Behebt die Vermieterin den Mangel nicht innert angemessener Frist, kann der gestörte Mieter mittlere Mängel

auf Kosten der Vermieterin beheben lassen (Art. 259 lit. b OR).

3.1.2.2. Fristlose Kündigung

Der gestörte Mieter kann fristlos kündigen, wenn die von der Vermieterin nicht innert angemessener Frist unterbundene Störung die Tauglichkeit seiner Mietsache zum vertragsgemässen oder üblichen Gebrauch ausschliesst oder erheblich beeinträchtigt (Art. 259b lit. a OR).

Die ausserordentliche Kündigung kommt nur bei Störungen, die zu einem schweren Mangel führen, in Frage. Nach Lehre und Rechtsprechung liegt ein schwerer Mangel vor, wenn er die Gesundheit des Mieters oder seiner Familie gefährdet (beispielsweise ein Mieter regelmässig andere Mieter angreift¹²²), oder die Benützung des Mietobjekts für eine gewisse Zeit ganz oder teilweise verunmöglicht ist¹²³. Bei der Gewichtung des Mangels sind auch dessen Dauer und die Kosten der Behebung zu berücksichtigen¹²⁴.

Mit Bezug auf die angemessene Handlungsfrist gilt Folgendes: Unternimmt die Vermieterin umgehend, was in ihrer Macht steht, um den Mangel zu beseitigen, ist eine Kündigung ausgeschlossen¹²⁵. So ist nicht zu beanstanden, wenn die Vermieterin die Beschwerden gegen einen Mieter in einem Haus untersucht und den störenden Mieter vor einer Kündigung verwarnt, was umso mehr gilt, wenn die sofortige Kündigung eine schwierige soziale Situation schaffen würde¹²⁶. Eine fristlose Kündigung durch den gestörten Mieter ist auch ausgeschlossen, wenn die Vermieterin die notwendigen Massnahmen zur Mängelbeseitigung bereits getroffen hat, beispielsweise indem sie der lärmigen Nachbarsfamilie bereits ausserordentlich gekündigt hat¹²⁷.

Es ist nicht nötig, dass der Mieter der Vermieterin eine Frist zur Mangelbehebung ansetzt, bevor er kündigt¹²⁸. Die Kündigung hat bei Wohn- und Geschäftsräumen schriftlich zu erfolgen (Art. 266l Abs. 1 OR) und die Ver-

¹¹⁶ BGer vom 7. September 2009, 4A_244/2009 = MRA 1/10, 21; HEINRICH (FN 7), N 3 zu Art. 259b OR; LACHAT/ROY (FN 7), 167; WEBER (FN 5), N 4 zu Art. 259b OR; ZÜST (FN 102), Rz 251 und 253.

¹¹⁷ BGer vom 7. September 2009, 4A_244/2009; LACHAT/ROY (FN 7), 167; SVIT (FN 3), N 9 zu Art. 259b OR; ZÜST (FN 102), Rz 251.

¹¹⁸ HEINRICH (FN 7), N 3 zu Art. 259b OR; HIGI (FN 3), N 13 zu Art. 259b OR; ZÜST (FN 102), Rz 252.

¹¹⁹ HEINRICH (FN 7), N 4 zu Art. 259b OR.

¹²⁰ BGer vom 22. Juli 1999, 4C.164/1999 = Pra 2000, Nr. 49; LACHAT/ROY (FN 7), 167 f.

¹²¹ Entscheid der Schlichtungsbehörde Giubiasco vom 22. Dezember 2005, mp 3/11, 214.

¹²² Brandanschläge in Nachbarswohnung führen zu einer unzumutbaren psychischen Belastung: Entscheid des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 7. Juli 2000; Entscheid der Schlichtungsbehörde Giubiasco vom 22. Dezember 2005, mp 3/11, 214; HEINRICH (FN 7), N 7 zu Art. 258 OR; LACHAT/ROY (FN 7), 145.

¹²³ BGer vom 22. Juli 1999, 4C.164/1999 = Pra 2000, Nr. 49 = mp 1/00, 45 = AJP/PJA 2000, 484 mit Kommentar von PETER HIGI.

¹²⁴ BGer vom 22. Juli 1999, 4C.164/1999 = Pra 2000, Nr. 49 = mp 1/00, 45 = AJP/PJA 2000, 484 mit Kommentar von PETER HIGI.

¹²⁵ WEBER (FN 5), N 7 zu Art. 259b OR.

¹²⁶ WEBER (FN 5), N 7 zu Art. 259b OR.

¹²⁷ BGer vom 22. Juli 1999, 4C.164/1999 = Pra 2000, Nr. 49 = mp 1/00, 45 = AJP/PJA 2000, 484 mit Kommentar von PETER HIGI.

¹²⁸ BGer vom 22. Juli 1999, 4C.164/1999 = Pra 2000, Nr. 49 = mp 1/00, 45 = AJP/PJA 2000, 484 mit Kommentar von PETER HIGI.

mieterin muss merken können, dass es sich nicht um eine ordentliche Kündigung handelt, ohne dass die konkreten Umstände, auf die sich der Mieter beruft, schon in der Kündigungserklärung erwähnt werden müssen¹²⁹.

Die ausserordentliche Kündigung wegen Mängeln während der Mietdauer ist in Art. 259b lit. a OR geregelt; die allgemeine Bestimmung von Art. 266g OR gelangt nicht zur Anwendung¹³⁰. Sind nicht alle Voraussetzungen von Art. 259b lit. a OR erfüllt, ist die fristlose Mieterkündigung unwirksam. Darauf kann sich die Vermieterin – vorbehaltlich rechtsmissbräuchlichen Verhaltens – jederzeit berufen¹³¹. Die Kündigung kann nicht in eine Kündigung aus wichtigem Grund umgedeutet werden. Vielmehr ist von einer vorzeitigen Rückgabe nach Art. 264 OR auszugehen¹³².

3.1.2.3. Mietzinsherabsetzung

Der in seinem vertragsgemässen Gebrauch gestörte Mieter kann von der Vermieterin verlangen, dass sie den Mietzins vom Zeitpunkt, in dem sie vom Mangel erfahren hat, bis zur Behebung des Mangels herabsetzt (Art. 259d OR). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss der Gebrauch der Mietsache während einer gewissen Zeit mindestens zu 5 % beschränkt sein oder ein leichter Mangel über einen langen Zeitraum bestehen (bei einem dauerhaften Mangel reicht eine Beschränkung von 2 % aus), damit eine Mietzinsherabsetzung gerechtfertigt ist¹³³.

Die Vermieterin muss Kenntnis haben, dass die Störungen den vertragsgemässen Gebrauch des gestörten Mieters beeinträchtigt, sich dieser also in herabsetzungswürdiger Weise gestört fühlt¹³⁴. Ab diesem Zeitpunkt entsteht der Herabsetzungsanspruch und dauert bis zum Wegfall des Mangels bzw. bis zur Beendigung des Mietverhältnisses¹³⁵. Ob die tatsächliche Geltendmachung der Minderung eine besondere Erklärung des gestörten Mie-

ters erfordert, ist in Lehre und Rechtsprechung umstritten¹³⁶.

Die Mietzinsherabsetzung muss verhältnismässig zum Mangel sein und bemisst sich nach dem mangelfreien Wert der Sache. Massgeblich ist die sog. relative Berechnungsmethode: Der objektive Wert der mangelhaften Sache wird mit dem objektiven Wert der mangelfreien Sache verglichen, und der Mietzins wird im gleichen Verhältnis herabgesetzt¹³⁷. Da diese Methode nicht immer einfach ist, ist es bei der Bemessung der Herabsetzung zulässig, eine richterliche Billigkeitsentscheidung (Art. 4 ZGB) unter Berücksichtigung der allgemeinen Lebenserfahrung, des gesunden Menschenverstands und der Gerichtspraxis vorzunehmen¹³⁸. Abzustellen ist auf objektive Kriterien, nicht auf subjektive in der Person des Mieters begründete Umstände (beispielsweise seine Empfindungen oder seine persönliche Lebenssituation)¹³⁹. Bei der Geschäftsraummietsache bildet der Umsatzrückgang ein zentrales Kriterium für die Bemessung des Reduktionsanspruchs¹⁴⁰.

Im Zusammenhang mit Mängeln aus dem störenden Verhalten eines Mieters wurden beispielsweise folgende Mietzinsreduktionen gewährt:

- Betrieb eines Massagesalons in einer Wohnliegenschaft: 35 %¹⁴¹.
- Verbale und körperliche Angriffe einer Mieterin gegenüber einer anderen Mieterin: 25 % bis die störende Mieterin die Wohnung endgültig verliess¹⁴².
- Massive Störungen durch zwei Nachbarsfamilien: 25 % bzw. 10 % ab dem Auszug der ersten bis zum Auszug der zweiten Familie¹⁴³.

¹²⁹ BGer vom 22. Juli 1999, 4C.164/1999 = Pra 2000, Nr. 49 = mp 1/00, 45 = AJP/PJA 2000, 484 mit Kommentar von PETER HIGI.

¹³⁰ BGer vom 22. Juli 1999, 4C.164/1999 = Pra 2000, Nr. 49 = mp 1/00, 45 = AJP/PJA 2000, 484 mit Kommentar von PETER HIGI.

¹³¹ LACHAT/ROY (FN 7), 184; SVIT (FN 3), N 28 zu Art. 259b OR; WEBER (FN 5), N 9 zu Art. 259b OR.

¹³² LACHAT/ROY (FN 7), 184; SVIT (FN 3), N 28a f. zu Art. 259b OR.

¹³³ BGE 135 III 345 = mp 4/09, 222 = MRA 4/09, 130; SVIT (FN 3), N 6 zu Art. 259d OR; REETZ/HAEFELI (FN 1), MRA 5/09, 161; WEBER (FN 5), N 2 zu Art. 259d OR.

¹³⁴ Entscheid des Mietgerichts Zürich vom 26. Juli 2010, MRA 2/12, 92 ff. mit Kommentar von HANS BÄTTIG.

¹³⁵ Entscheid des Mietgerichts Zürich vom 26. Juli 2010, MRA 2/12, 92 ff. mit Kommentar von HANS BÄTTIG; SVIT (FN 3), N 7 und 12 zu Art. 259d OR.

¹³⁶ Vgl. zur Darstellung der kontroversen Auffassungen, WEBER (FN 5), N 4 zu Art. 259d OR; BGer vom 13. Dezember 2002, 4C.248/2002; BGer vom 15. Mai 2011, 4C.66/2001; vgl. zur Verjährung des Herabsetzungsanspruchs BGE 130 III 504 = Pra 2005, Nr. 6 = mp 3/04, 134 = MRA 4/04, 149.

¹³⁷ HEINRICH (FN 7), N 7 zu Art. 259d OR; LACHAT/ROY (FN 7), 173; SVIT (FN 3), N 14 ff. zu Art. 259d OR; WEBER (FN 5), N 6 zu Art. 259b OR.

¹³⁸ BGE 130 III 504 = Pra 2005, Nr. 6 = mp 3/04, 134 ff. = MRA 4/04, 149 ff.; BGer vom 2. Dezember 2011, 4A_483/2011.

¹³⁹ HEINRICH (FN 7), N 7 zu Art. 259d OR.

¹⁴⁰ HEINRICH (FN 7), N 7 zu Art. 259d OR; LACHAT/ROY (FN 7), 173; ROHRER/MÜLLER/BARTELS/RUF/HULLIGER/SCHNEIDER (FN 70), 62.

¹⁴¹ Entscheid des Mietgerichts Zürich vom 23. Dezember 1987, mp 3/88, 112.

¹⁴² Entscheid der Schlichtungsbehörde Giubiasco vom 22. Dezember 2005, mp 3/11, 214.

¹⁴³ Entscheid des Cour de justice, Genf, vom 17. Mai 1999, mp 1/00, 50.

Die Substantiierungs- und Beweislast für den sachlich und zeitlich geltend gemachten Umfang der Herabsetzung trägt der gestörte Mieter¹⁴⁴.

3.1.2.4. Mietzinshinterlegung

Der gestörte Mieter einer unbeweglichen Mietsache kann seinem Recht auf Beseitigung eines bestehenden Mangels durch Mietzinshinterlegung Nachdruck verschaffen (Art. 259g OR)¹⁴⁵. Mit der Hinterlegung gelten die Mietzinsen als bezahlt (Art. 259g Abs. 2 OR). Die Hinterlegung ist ein Druckmittel¹⁴⁶. Ist der Mangel von der Vermieterin nicht behebbar¹⁴⁷, eine Mängelbeseitigung unzumutbar oder muss der Mieter den Mangel dulden, ist eine Hinterlegung ausgeschlossen¹⁴⁸. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist Art. 259g Abs. 2 OR bereits dann anzuwenden, wenn der Mieter in gutem Glauben vom Vorliegen eines Mangels ausgeht, den die Vermieterin zu beheben hat, wohingegen es des tatsächlichen Vorliegens eines solchen Mangels nicht bedarf¹⁴⁹.

In formeller Hinsicht hat der gestörte Mieter der Vermieterin schriftlich eine angemessene Frist¹⁵⁰ zur Mängelbeseitigung zu setzen und die Hinterlegung anzudrohen (Art. 259g Abs. 1 OR). Die schriftliche Ankündigung der Hinterlegung bildet nach herrschender Auffassung eine blosser Ordnungsvorschrift¹⁵¹.

Der gestörte Mieter kann, muss aber nicht, den gesamten Mietzins (Nettomietzins zuzüglich Nebenkosten) hinterlegen, wobei aber nur zukünftig fällig werdende Mietzinsen hinterlegungsfähig sind¹⁵².

3.1.2.5. Schadenersatz und Genugtuung

Hat der gestörte Mieter aufgrund der durch einen anderen Mieter verursachten Störung im vertragsgemässen Gebrauch der Mietsache einen Schaden erlitten (unfreiwillig

lige Vermögenseinbusse¹⁵³, beispielsweise Körper- oder Sachschaden¹⁵⁴, Kündigungsschaden wegen berechtigter fristloser Kündigung¹⁵⁵, entgangener Geschäftsgewinn¹⁵⁶), kann er von der Vermieterin Ersatz verlangen, wenn diese nicht beweist, dass sie kein Verschulden trifft (Art. 259e OR).

Anders als bei den übrigen Mängelrechten setzt die Schadenersatzpflicht ein Verschulden der Vermieterin voraus. Dieses wird vermutet. Die Vermieterin kann sich aber exkulpieren, wenn sie nachweist, dass sie weder an der Entstehung¹⁵⁷ noch an der unterlassenen verzögerten oder unrichtigen Behebung des Mangels ein Verschulden trifft¹⁵⁸. Davon ist etwa auszugehen, wenn sie nachweist, dass sie nach Kenntnis der Störung vom störenden Mieter umgehend deren Beseitigung oder künftige Unterlassung verlangt bzw. diesen abgemahnt hat. Die übrigen Haftungsvoraussetzungen sind vom gestörten Mieter zu beweisen (Vertragswidrigkeit = Mangelhaftigkeit der Sache, Schaden und adäquater Kausalzusammenhang zwischen Mangel und Schaden).

Bei besonders schweren Verletzungen des gestörten Mieters kann gestützt auf Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 47 und Art. 49 OR (Körperverletzung oder Verletzung in der Persönlichkeit) eine Genugtuung geschuldet sein. Schreit beispielsweise die Vermieterin bzw. die beauftragte Verwaltung nicht gegen massive und wiederholte Lärmbelästigungen ein, die von einem Mieter ausgehen, kann der gestörte Mieter nebst einer Mietzinsherabsetzung eine Genugtuung wegen erlittenen Unbills verlangen¹⁵⁹.

3.2. Abwehrlpflicht der Vermieterin bei nicht mangelverursachenden Störungen

Führt ein Verhalten eines störenden Mieters nicht zur Mangelhaftigkeit der Mietsache des gestörten Mieters, stellt sich die Frage, ob dieser gleichwohl einen Anspruch

¹⁴⁴ Entscheid des Mietgerichts Zürich vom 26. Juli 2010, MRA 2/12, 92 mit Kommentar von HANS BÄTTIG; HIGI (FN 3), N 20 zu Art. 259d OR; SVIT (FN 3), N 25 zu Art. 256 OR.

¹⁴⁵ Vgl. Entscheid der Schlichtungsbehörde Giubiasco vom 22. Dezember 2005, mp 3/11, 214.

¹⁴⁶ BGE 125 III 120.

¹⁴⁷ BGer vom 3. Dezember 2003, 4C.264/2003 = MRA 1/04, 10.

¹⁴⁸ HEINRICH (FN 7), N 3 zu Art. 259e OR; SVIT (FN 3), N 8 ff. zu Art. 259g OR; WEBER (FN 5), N 4 zu Art. 259g OR.

¹⁴⁹ BGE 125 III 120.

¹⁵⁰ Zur zu kurz bemessenen Frist vgl. HEINRICH (FN 7), N 4 zu Art. 259g–259i OR; WEBER (FN 5), N 6 zu Art. 259b OR.

¹⁵¹ BGer vom 3. Dezember 2003, 4C.264/2003 = MRA 1/04, 10.

¹⁵² BGE 124 III 201; HEINRICH (FN 7), N 5 und 6 zu Art. 259g–259i OR; LACHAT/ROY (FN 7), 191 f.; SVIT (FN 3), N 16 f. zu Art. 259g OR; WEBER (FN 5), N 10 f. zu Art. 259g OR.

¹⁵³ Nach herrschender Auffassung begründet der Frustrations- oder Kommerzialisierungsschaden keine Ersatzpflicht, SVIT (FN 3), N 9 zu Art. 259e OR.

¹⁵⁴ ZÜST (FN 102), Rz 355 ff.

¹⁵⁵ HIGI (FN 3), N 13 zu Art. 259e OR; ZÜST (FN 102), Rz 359.

¹⁵⁶ ZÜST (FN 102), Rz 357.

¹⁵⁷ Von einem bewilligten Mieterbau oder einem Rückbau ausgehende Emissionen, die zu einem Schaden bei einem gestörten Mitmieter führen, dürften m.E. dann nicht als von der Vermieterin schuldhaft herbeiführt qualifiziert werden, wenn der Mieter das Bauvorhaben so ausführt, wie es auch die Vermieterin in rechtmässiger Ausübung ihres Eigentums hätte ausführen dürfen. Eine analoge Anwendung der nachbarrechtlichen Bestimmungen (Art. 679a ZGB) würde dem klaren Gesetzeswortlaut von Art. 259e OR widersprechen.

¹⁵⁸ HIGI (FN 3), N 17 zu Art. 259e OR; ZÜST (FN 102), Rz 379.

¹⁵⁹ CLAUDE ROY, Mängelentscheide, mp 3/11, 187.

auf Beseitigung gegenüber der Vermieterin geltend machen kann. Dies wäre dann der Fall, wenn die Vermieterin eine entsprechende, sich aus dem Mietvertrag ergebende Nebenpflicht in der Form einer Schutzpflicht treffen würde¹⁶⁰.

Haben die Parteien eine solche Pflicht vertraglich nicht vorgesehen, kann sich diese nach einer in der Lehre vertretenen Auffassung aus der Pflicht von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) ergeben. Die Vermieterin ist danach gestützt auf das Gebot loyalen Verhaltens verpflichtet, im Rahmen des Zumutbaren gegen abwehnbare Störungen vorzugehen, selbst wenn diese keinen Mangel im mietrechtlichen Sinn verursachen¹⁶¹.

Will man eine solche Abwehripflicht der Vermieterin grundsätzlich anerkennen, ist im Zusammenhang mit Konflikten zwischen Mietern zu berücksichtigen, dass die Vermieterin gegen den störenden Mieter nur wegen Pflichtverletzungen nach Art. 257f Abs. 1 und 2 OR vorgehen kann. Mit Bezug auf andere Massnahmen (beispielsweise bauliche oder technischen Vorkehrungen) ist es kaum vorstellbar, dass die Vermieterin dazu verpflichtet werden kann, wenn die Mangelhaftigkeit der Mietsache nicht gegeben ist. Letztere dürften in der Regel am Kriterium der Zumutbarkeit scheitern.

4. Vorgehen des gestörten Mieters gegen den störenden Mieter

Die Ansprüche gegen den störenden Mieter nach Art. 257f OR stehen ausschliesslich der Vermieterin zu. Aus Mietrecht kann der gestörte Mieter nur gegen die Vermieterin, nicht aber gegen den störenden Mieter vorgehen. Ausserhalb des Mietrechts stehen ihm die nachfolgenden, nicht vertraglichen Rechtsbehelfe zu. Diese erweisen sich jedoch – soweit ersichtlich – als in der Praxis kaum relevant.

4.1. Keine Ansprüche aus Nachbarrecht

Die Mieter von Mietobjekten desselben Grundstücks können sich gegeneinander nicht auf nachbarrechtliche Normen berufen¹⁶². Der sachenrechtliche Nachbarsbegriff

setzt immer mehrere beteiligte Grundstücke im Sinne von Art. 655 Abs. 2 und 943 Abs. 1 ZGB voraus; verschiedene Mieter der gleichen Liegenschaft sind nicht Nachbarn im Sinne des Nachbarrechts¹⁶³.

4.2. Besitzerschutz

Der Mieter ist unselbständiger Besitzer der Mietsache (Art. 920 ZGB). Wird sein Besitz durch verbotene Eigenmacht gestört, kann er gegen den Störenden Klage erheben (Art. 928 Abs. 1 ZGB); die Klage geht auf Beseitigung, Unterlassung und Schadenersatz (Art. 928 Abs. 2 ZGB). Besitzstörungen nach Art. 928 Abs. 1 ZGB sind übermässige Beeinträchtigungen der tatsächlichen Sachherrschaft, worunter auch Immissionen fallen¹⁶⁴.

Gegenüber einem störenden Hausbewohner kann der gestörte Mieter nach den Regeln über den Besitzerschutz Unterlassungs-, Beseitigungs- und ausservertragliche Schadenersatzansprüche nach Art. 41 ff. OR geltend machen (Art. 928 Abs. 2 ZGB)¹⁶⁵. Erforderlich ist – anders als bei der Geltendmachung von Mängelrechten gegenüber der Vermieterin – eine übermässige Störung¹⁶⁶ und die sofortige Geltendmachung, sobald der gestörte Mieter von der Besitzesbeeinträchtigung und der Person des Störers Kenntnis hat (Art. 929 Abs. 1 ZGB). Das Kantonsgericht Wallis schützte die Klage eines Mieters auf Unterlassung einer Besitzesstörung durch eine andere Mieterin, die offenbar durch Ausschütteln ihrer Teppiche von ihrem Balkon aus Hundehaare, andere Abfälle sowie Essensreste auf das Mietobjekt des klagenden Mieters herunterwarf¹⁶⁷.

4.3. Weitere Rechtsbehelfe des gestörten Mieters

Allenfalls können dem gestörten Mieter weitere Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen. Denkbar sind ausservertragliche Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche:

¹⁶⁰ SVIT (FN 3), N 8 ff. zu Art. 256 OR; MATTHIAS TSCHUDI, Mietrechtliche Probleme bei Immissionen als Folge von Umgebungsveränderungen, Diss. Freiburg 2005, 123 ff.

¹⁶¹ TSCHUDI (FN 160), 124.

¹⁶² Entscheid des Kantonsgerichts Wallis vom 14. und 23. Mai 1985, mp 3/87, 78; HÜRLIMANN-KAUP (FN 113), Rz 377; LACHAT/PÜNTENER (FN 7), 27; LACHAT/ROY (FN 7), 163; ZÜST (FN 102), Rz 184a.

¹⁶³ Entscheid des Kantonsgerichts Wallis vom 14. und 23. Mai 1985, mp 3/87, 78; WEBER (FN 5), N 1a zu Art. 259a OR.

¹⁶⁴ RUTH ARNET/PAUL EITEL, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2012, N 2 zu Art. 928 ZGB; HÜRLIMANN-KAUP (FN 113), Rz 138, 180.

¹⁶⁵ HIGI (FN 3), N 37 zu Art. 257f OR; WEBER (FN 5), N 1a zu Art. 259a OR; ZÜST (FN 102), Rz 184a.

¹⁶⁶ Entscheid des Kantonsgerichts Wallis vom 14. und 23. Mai 1985, mp 3/87, 78; WOLFGANG ERNST, Besitz und Grundbuch, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977, 4. A., Basel 2011, N 3 zu Art. 928 ZGB.

¹⁶⁷ Entscheid des Kantonsgerichts Wallis vom 14. und 23. Mai 1985, mp 3/87, 78.

Der störende Mieter haftet gegenüber einem anderen Mieter für diesem zugefügte Vermögenseinbussen aus Delikt (Art. 41, 47, 49 und 56 OR), sofern die Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind. Ausserdem kann der gestörte Mieter allenfalls strafrechtlich gegen den störenden Mieter vorgehen. Sanktioniert werden können namentlich Tätlichkeiten (Art. 126 StGB) oder Beschimpfungen von Hausbewohnern (Art. 177 StGB), Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB) oder Nachtruhestörungen nach kantonalem oder kommunalem¹⁶⁸ Strafrecht. Es können auch Ansprüche aus Art. 28 ff. ZGB wegen widerrechtlicher Persönlichkeitsverletzungen durch den störenden Mieter in Betracht fallen.

5. Fazit

Kommt es zu Streitigkeiten zwischen Mietern, sind sowohl die Rechtsansprüche der Vermieterin als auch diejenigen des gestörten Mieters gegenüber dem störenden Mieter zu prüfen. Zudem stehen dem gestörten Mieter gegebenenfalls Mängelrechte gegenüber der Vermieterin zu.

Wenn auch die Quelle der Streitigkeit auf dem gleichen Lebenssachverhalt basiert, sind die Voraussetzungen der Ansprüche der Vermieterin und diejenigen des gestörten Mieters auseinander zu halten und aufgrund der konkreten Rechtsbeziehung getrennt zu beurteilen. Die ergriffenen Rechtsbehelfe und die Ergebnisse der einzelnen Verfahren können sich jedoch gegenseitig beeinflussen.

In der Praxis geht die Initiative häufig vom unmittelbar betroffenen gestörten Mieter aus, der sich an die Vermieterin wendet und von ihr verlangt, die Störung zu unterbinden. Für ihn ist es einfacher, gestützt auf die mietrechtlichen Mängelrechte vorzugehen als nach den Regeln des Besitzschutzes, weil er nicht eine übermässige Beeinträchtigung, sondern lediglich eine Störung des vertragsgemäss vereinbarten oder üblichen Gebrauchs nachzuweisen hat. Ausserdem steht dem gestörten Mieter allenfalls mit der Mietzinshinterlegung ein effizientes Druckmittel zur Verfügung, und er kann im Prozessfall von den Vorteilen des mietrechtlichen Verfahrens profitieren¹⁶⁹.

Die Vermieterin wird – unter Umständen auf Druck des gestörten Mieters mit der Geltendmachung von Mängelrechten – den störenden Mieter zu vertragsgemässem, sorgfältigem und rücksichtsvollem Gebrauch der Mietsache auffordern und bei andauernder Pflichtverletzung das Mietverhältnis auflösen sowie gegebenenfalls Schadenersatzansprüche geltend machen.

Die Gerichtspraxis macht deutlich, dass es bis zur (letztinstanzlichen) gerichtlichen Klärung der Frage, ob der störende Mieter auszuziehen hat, Jahre dauern kann. Dies ist sowohl für den unter Umständen schwer betroffenen gestörten Mieter als auch für die mit Mängelrechten konfrontierte Vermieterin ausserordentlich unbefriedigend.

Das wirtschaftliche Risiko eines miteinander unvereinbaren Gebrauchs der Mietsache durch verschiedene Mieter des gleichen Mietobjekts dürfte nicht selten die Vermieterin zu tragen haben. Dies, weil sie vom gestörten Mieter aufgrund dessen Mängelrechte zur Verantwortung gezogen wird, sie aber die daraus resultierenden Vermögenseinbussen nicht oder nicht vollständig beim störenden Mieter geltend machen kann.

¹⁶⁸ Vgl. beispielsweise Art. 22 des Immissionsschutzreglements der Stadt St. Gallen, sRS 751.1.

¹⁶⁹ Eventuell paritätische Schlichtungsstelle (Art. 200 Abs. 1 ZPO), eventuell Urteilsvorschlag (Art. 210 Abs. 1 lit. a oder lit. c ZPO), eventuell vereinfachtes Verfahren mit sozialer Untersuchungsmaxime (Art. 243 Abs. 1 oder Abs. 2 lit. c ZPO; Art. 247 Abs. 2 lit. a oder lit. b ZPO).