Recht anzuwenden, so wie das Bundesgericht das im hier kommentierten Urteil bezüglich Ziff. 8 lit. a/cc ABV oder bezüglich Konventionalstrafen tat, auf den es Garantierecht bzw. Konventionalstrafenrecht anwendete.[38] Das schliesst nicht aus, im Einzelfall auch das Recht der einfachen Gesellschaft anzuwenden,[39] also wie vorstehend vorgeschlagen bezüglich Dauer des ABV mit einer an Art. 546 Abs. 1 OR orientierten Ersatzregel zu arbeiten.

[38] Zum Ganzen VISCHER (FN 5), 430 ff.
[39] VISCHER (FN 5), 433.

2.7.2. Obligationenrecht – Besonderer Teil – allgemein/Droit des obligations – Partie spéciale – en général

2.7.2.3. Miete, Pacht/Bail à loyer, bail à ferme

(3) BGer 4A_703/2016: Kündigung Mietvertrag: Begründung der Kündigung kein Gültigkeitserfordernis

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_703/2016 vom 24.5.2017, *A.* gegen *Pensionskasse B.,* Mietvertrag; Kündigung (zur Publikation bestimmt).

MARKUS VISCHER*

Anfechtung der Kündigung des Vermieters wegen Sanierung und Bedeutung der Begründung der Kündigung. Die Begründung stellt kein Gültigkeitserfordernis dar, ist aber relevant für die Beurteilung, ob die Kündigung gegen Treu und Glauben gemäss Art. 271 Abs. 1 OR verstösst.

I. Sachverhalt und Rechtsweg

Die Pensionskasse B. (Beklagte) ist Eigentümerin der Überbauung C. mit insgesamt 82 Wohnungen, 20 Maisonette-Wohnungen, vier Ateliers, zwei Gewerberäumen und diversen Einstellplätzen. A. (Kläger) ist Mieter einer 5½-Zimmer-Maisonettewohnung in dieser Überbauung. B. kündigte den Mietvertrag von A. am 26. Februar 2014 per 30. September 2014. Sie begründete dies mit dringenden Sanierungsarbeiten der Gipsdecken in sämtlichen Wohnungen, die nicht in Anwesenheit der Mieter durchgeführt werden könne. B. focht in der Folge diese Kündigung an, unterlag aber sowohl vor dem Mietgericht Zürich als auch dem Obergericht des Kantons Zürich. B. gelangte in der Folge an das Bundesgericht.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hielt fest, dass die ordentliche Kündigung eines Mietvertrags keine besonderen Kündigungsgründe voraussetze. Die Parteien seien grundsätzlich frei, das (unbefristete) Mietverhältnis unter Einhaltung der Fristen und Termine zu kündigen. Einzige Schranke bilde der Grundsatz von Treu und Glauben: Bei einer Miete von Wohn- und Geschäftsräumen sei die Kündigung anfechtbar (Art. 271 Abs. 1 OR und Art. 271a OR). Allgemein gelte eine Kündigung als treuwidrig, wenn sie ohne objektives,

* MARKUS VISCHER, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG, Zürich.

ernsthaftes und schützenswertes Interesse und damit aus reiner Schikane erfolgt oder Interessen der Parteien tangiert, die in einem krassen Missverhältnis zueinander stehen. Ob eine Kündigung gegen Treu und Glauben verstosse, beurteile sich in Bezug auf den Zeitpunkt, in dem sie ausgesprochen wurde.

Betreffend eine Kündigung, die im Hinblick auf Sanierungsarbeiten erfolge, rekapituliert das Bundesgericht seine Rechtsprechung, wonach eine solche Kündigung nur gegen Treu und Glauben verstosse, wenn der Verbleib des Mieters im Mietobjekt die geplanten Arbeiten nicht oder nur unwesentlich erschweren oder verzögern würden oder wenn das Projekt als realitätsnah oder objektiv unmöglich erscheine. Um dies beurteilen zu können, sei ein genügend ausgereiftes und ausgearbeitetes Projekt notwendig. Im vorliegenden Fall lägen diese Voraussetzungen nicht vor, weshalb an sich kein Verstoss gegen Treu und Glauben vorliege. B. behaupte dies denn auch nicht, sondern mache geltend, die Kündigung verstosse deshalb gegen Treu und Glauben, weil deren Begründung unvollständig und ungenau gewesen sei.

Das Bundesgericht hielt dem entgegen, dass eine ordentliche Kündigung keiner Begründung bedürfe, um gültig zu sein. Sie sei lediglich auf Verlangen zu begründen (Art. 271 Abs. 2 OR). Eine mangelnde oder fehlerhafte Begründung führe deshalb nicht automatisch zu einer Treuwidrigkeit der Kündigung.

Das Bundesgericht rekapitulierte anschliessend seine Rechtsprechung zur Bedeutung der Begründung bei Kündigungen im Allgemeinen und bei Umbau- und Sanierungskündigungen im Besonderen und sah diesbezüglich unter Bezugnahme auf die seiner Meinung nach nicht gänzlich klaren Urteile BGE 142 III 91 und BGE 140 III 496 Klärungsbedarf. Es hielt demzufolge Folgendes fest: Die Begründung der Kündigung sei kein Gültigkeitserfordernis, auch nicht bei Umbau- und Sanierungskündigungen. Es sei aber gleichzeitig hervorzuheben, dass der Begründung auf faktischer Ebene, das heisst im Rahmen der Beweiswürdigung, eine erhebliche Bedeutung zukommen könne, auch wenn es sich bei ihr bloss um eine Obliegenheit handle. Spezifisch bei Umbau- und Sanierungskündigungen verhalte es sich so, dass wenn der Vermieter im Zeitpunkt der Kündigung über ein genügend ausgereiftes Projekt verfügt, es ihm an sich ohne weiteres möglich und zumutbar sei, die Kündigung entsprechend genau zu begründen, sei es von sich aus oder spätestens auf Verlangen hin, so dass sich gestützt auf diese Angaben ein Bild davon machen lässt, ob und inwiefern die Anwesenheit des Mieters diese Arbeiten tangieren würde. Vor diesem Hintergrund könne eine fehlerhafte Begründung ein Indiz dafür sein, dass an einer Kündigung kein schützenswertes Interesse bestehe. Gleiches gelte, wenn im Laufe des Verfahrens ein zuerst angegebener Grund korrigiert und ein anderer Grund als ursprünglich angegeben werde. Im vorliegenden Fall sei die Begründung der Kündigung bezüglich Dringlichkeit und Durchführung der Arbeiten in sämtlichen Wohnungen zunächst ungenau sowie hinsichtlich Umfang der Arbeiten zunächst unvollständig gewesen. Dies mache aber die Kündigung nicht per se treuwidrig, weil sie aus einem an sich schutzwürdigen Grund erfolgt sei, nämlich infolge eines Sanierungsprojekts, das sämtliche Kriterien erfülle, um im Hinblick auf dessen Realisierung sämtliche Mietverhältnisse kündigen zu können, ohne dadurch gegen Treu und Glauben zu verstossen. Das Bundesgericht schützte deshalb den vorinstanzlichen Entscheid.[1]

III. Bemerkungen

Nach Art. 271 Abs. 1 OR ist eine Kündigung anfechtbar, wenn sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst. Art. 271 Abs. 1 OR ist paritätisch ausgestaltet, gilt also für Kündigungen des Vermieters *und* des Mieters.[2]

Das Bundesgericht betont in konstanter Rechtsprechung, dass Art. 271 Abs. 1 OR vor dem Hintergrund von Art. 2 Abs. 1 ZGB *und* Art. 2 Abs. 2 ZGB auszulegen sei. Der relevante Textbaustein des Bundesgerichts lautet wie folgt: «La protection ainsi conférée procède à la fois du principe de la bonne foi et de l'interdiction de l'abus de droit, respectivement consacrés par les alinéas 1 et 2 de l'art. 2 CC; il n'est toutefois pas nécessaire que l'attitude de la partie donnant congé à l'autre constitue un abus de droit ‹manifeste› aux termes de cette dernière disposition […].»[3] Das Bundesgericht begründete diese Rechtspre-

---

1 Siehe auch BGer, 4A_705/2016, 24.5.2016.

2 Siehe zum arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz, der ebenfalls paritätisch ausgestaltet ist (siehe zum Beispiel Kurt Pärli, Die arbeitsrechtliche Kündigungsfreiheit zwischen Mythos und Realität, AJP 2010, 715 ff., 719), Art. 336 ff. OR.

3 BGE 136 III 190 E. 2; für eine Übersetzung dieses Textbausteins auf Deutsch siehe Pra 2010, Nr. 112, E. 2; siehe neuestens auch BGer, 4A_293/2016, 13.12.2016, E. 5.2.2 (nicht abgedruckt in BGE 143 III 15) mit einem etwas ausgebauten Textbaustein: «La protection conférée par les art. 271–271a CO procède à la fois du principe de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) et de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC). Les cas typiques d'abus de droit (art. 2 al. 2 CC), à savoir l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, l'utilisation d'une institution juridique contrairement à son but, la disproportion grossière des intérêts en présence, l'exercice d'un droit sans ménagement et l'attitude contradictoire, permettent de dire si le congé contrevient ou non aux règles de la bonne foi au sens de l'art. 271 al. 1 CO […]. Il n'est toutefois pas nécessaire que l'attitude de la partie donnant congé à l'autre constitue un abus de droit ‹manifeste› au sens de l'art. 2 al. 2 CC […].»; für eine Übersetzung dieses ausgebauten Textbausteins auf Deutsch siehe Pra 2017, Nr. 45, E. 5.2.2.

chung in den ersten diesbezüglich relevanten Entscheiden unter Berufung auf Barbey damit, dass auch der Gesetzgeber bei der Schaffung von Art. 271 Abs. 1 OR nicht zwischen Art. 2 Abs. 1 ZGB und Art. 2 Abs. 2 ZGB unterschieden habe.[4] Damit im Einklang, also wegen des Wegfalls des Worts «offenbar» *(manifeste)*, aber auch wegen der Rechtsfolge der Anfechtbarkeit der Kündigung in Art. 271 Abs. 1 OR,[5] betrachtet das Bundesgericht Art. 271 Abs. 1 OR als *lex specialis* zu Art. 2 Abs. 1 ZGB *und* Art. 2 Abs. 2 ZGB.[6]

Art. 2 Abs. 1 ZGB und Art. 2 Abs. 2 ZGB sind aber nach herrschender Lehre von der Funktion her fundamental verschiedene Bestimmungen, auch wenn das in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung noch manchmal übersehen wird.[7] Art. 2 Abs. 2 ZGB hat Normberichtigungsfunktion, während dies Art. 2 Abs. 1 ZGB nicht hat.[8]

Art. 271 Abs. 1 OR ist – das Wort *offenbar* hin oder her[9] – konsequent vor dem Hintergrund von Art. 2 Abs. 2 ZGB und nicht vor dem Hintergrund von Art. 2 Abs. 1 ZGB auszulegen.[10] Denn nur bei einem Verständnis von Art. 271 Abs. 1 OR als positivrechtliche Typisierung von Art. 2 Abs. 2 ZGB[11] kann der Gehalt von Art. 271 Abs. 1 OR wirklich erfasst werden,[12] unabhängig davon, ob man anschliessend einen offenbaren oder «schlichten» Rechtsmissbrauch genügen lässt.[13] Das in Art. 271 Abs. 1 OR enthaltene Prinzip von Treu und Glauben hat lediglich Normberichtigungsfunktion. Ausgangspunkt ist und bleibt die Kündigungsfreiheit des Vermieters *und* des Mieters. Kündigungen sind so grundsätzlich, das heisst vorbehältlich der Einhaltung der vorgeschriebenen Fristen, Formen und Verfahren, unbesehen ihres Grundes gültig (sogenannte inhaltliche Kündigungsfreiheit). Der Richter kann diesen Schluss normberichtigend umstossen, aber nur, wenn eine Verletzung des in Art. 271 Abs. 1 OR enthaltenen Prinzips von Treu und Glauben vorliegt. Damit deckt sich die Funktion von Art. 271 Abs. 1 OR mit der Funktion von Art. 2 Abs. 2 ZGB, welcher, wie ausgeführt, ebenfalls Normberichtigungscharakter hat, während Art. 2 Abs. 1 ZGB diesen nicht hat. Diesem Normberichtigungscharakter entsprechend ordnet Art. 271 Abs. 1 OR bei gegebenen Voraussetzungen die Anfechtbarkeit (innert 30 Tagen)[14] an,[15] was eine positivrechtliche Typisierung der in Art. 2 Abs. 2 ZGB statuierten Rechtsfolge ist, wonach bei Rechtsmissbrauch der Rechtschutz zu versagen ist.[16] Dabei kann offenbleiben, ob Art. 271 Abs. 1 OR und Art. 2 Abs. 2 ZGB den Inhalt des Rechts (sogenannte Innentheorie) oder nur dessen Ausübung (sogenannte Aussentheorie) beschlägt.[17]

---

4 BGE 120 II 31 E. 4a: «Pour Barbey, cette ‹différence de vocabulaire ne trahit cependant aucune intention particulière de la part du législateur. Les discussions au sein de la seconde Commission d'experts – qui se trouve à l'origine du système en définitive retenu – témoignent au contraire de ce que, dans l'esprit de ces spécialistes, les deux expressions devaient viser le même phénomène [...]. La portée d'une distinction éventuelle entre l'abus de droit et l'acte contraire à la bonne foi n'a pas plus été approfondie dans la suite des travaux préparatoires [...].› (Commentaire du droit du bail, Chapitre III: Protection contre les congés concernant les baux d'habitation et de locaux commerciaux, Genève 1991, n. ad art. 271–271a CO […]»; siehe auch BGE 120 III 105 E. 3a.

5 Siehe dazu unten S. 1139 f.

6 BGE 133 III 175 E. 3.3; zum Beispiel Heinz Hausheer/Regina Aebi-Müller, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. BK-Hausheer/Aebi-Müller), Art. 2 ZGB N 79; anderer Meinung David Lachat, Le bail à loyer, Lausanne 2008, 728.

7 Zum Beispiel BGE 125 III 257; siehe auch BSK ZGB I-Honsell, Art. 2 N 1, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2014 (zit. BSK ZGB I-Honsell).

8 Herrschende Rechtsprechung und Lehre: siehe zum Beispiel BGE 120 II 123 E. 2a; BK-Hausheer/Aebi-Müller (FN 6), Art. 2 ZGB N 16, 41 ff., 55 ff., 57 ff., 83 ff.; BSK ZGB I-Honsell (FN 7), Art. 2 N 1; Henri Deschenaux, in: Max Gutzwiller et al. (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band II, Basel/Stuttgart 1967 (zit. SPR-Deschenaux), 147 f.; Hans Merz, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung, Artikel 1–10 ZGB, Bern 1966 (zit. BK-Merz), Art. 2 ZGB N 22 ff.

9 Siehe dazu unten S. 1138 f.

10 Gleicher Meinung wohl Philippe Conod, in: François Bohnet/Blaîse Carron/Marino Montini (Hrsg.), Droit du bail à loyer et à ferme, CO et OBLF, Contrats-cadres, Procédure civile, Droit international privé, Disposisitions pénales, Commentaire Pratique, 2. A., Basel 2017 (zit. CPra Bail-Conod), Art. 271 OR N 11, obwohl der von ihm zitierte BGE 120 II 31 seine Meinung nicht stützt (siehe vorne); anderer Meinung BSK OR I-Weber, Art. 271/271a N 1, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-Weber); Roger Weber, Die Kündigung nach Treu und Glauben, mp 2008, 1 ff.; anderer Meinung wohl auch Ernst Zeller, Zum Begriff der «Missbräuchlichkeit» im Schweizerischen Privatrecht, ZSR 1990 I, 261 ff., 271 f., obwohl er bezüglich missbräuchlicher Kündigungen im Arbeitsvertragsrecht eine andere Ansicht vertritt (siehe 268 ff.).

11 Dazu unten S. 1138 ff.

12 Gleicher Meinung Peter Higi, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 271–274g OR, Die Miete, 4. A., Zürich 1996 (zit. ZK-Higi), Art. 271 OR N 55 f.

13 Zu diesen Begriffen siehe Peter Higi, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 266–268b OR, Die Miete, 4. A., Zürich 1995 (zit. ZK-Higi), Vorbemerkung zu Art. 266–266o OR N 141 ff.; ZK-Higi (FN 12), Art. 271 OR N 56; siehe dazu unten S. 1138 f.

14 Siehe Art. 273 OR.

15 Zum Begriff der Anfechtbarkeit als Vernichtung der Wirkungen der Kündigung auf dem Weg der Gestaltungsklage siehe zum Beispiel BSK OR I-Weber (FN 10), Art. 271/271a N 1a.

16 Zur (beschränkten) selbständigen Justiziabilität von Art. 2 Abs. 2 ZGB im Unterschied zur nicht selbständigen Justiziabilität von Art. 2 Abs. 1 ZGB siehe Ernst Zeller, Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot, Prinzipiengehalt und Konkretisierung von Art. 2 ZGB, Zürich 1981, 399 ff. (Art. 2 Abs. 2 ZGB), 304 ff. (Art. 2 Abs. 1 ZGB).

17 Zur Kontroverse siehe zum Beispiel BK-Hausheer/Aebi-Müller (FN 6), Art. 2 ZGB N 59 ff.; BSK ZGB I-Honsell (FN 7), Art. 2 N 25.

Die grundsätzliche Kündigungsfreiheit des Vermieters *und* des Mieters ist so kein blosses Lippenbekenntnis, sondern im Einklang mit dem in der verfassungsrechtlichen Eigentums- und Wirtschaftsfreiheit (Art. 26 BV und Art. 27 BV) ruhenden, allgemeinen privatrechtlichen Fundamentalprinzip der Vertragsfreiheit[18] und der darin enthaltenen Aufhebungsfreiheit[19] ein Grundprinzip des Mietrechts. Damit sei nicht gesagt, dass der Schutz vor missbräuchlichen Kündigungen gemäss Art. 271 Abs. 1 OR (und Art. 271a OR) nicht ebenfalls eine verfassungsrechtliche Grundlage hat (siehe Art. 109 Abs. 1 BV).[20] Freiheiten sind so oder so nie schrankenlos, sondern immer Freiheiten mit Auflagen.[21] Sie bleiben aber Freiheiten. Als solche sind sie Realität und nicht Mythos.[22]

Entsprechend betont das Bundesgericht im hier besprochenen Urteil zu Recht den Grundsatz der Kündigungsfreiheit, also das Recht des Vermieters *und* des Mieters, das Mietverhältnis grundsätzlich unbesehen des Grundes frei zu kündigen.[23] Es betont im hier besprochenen Urteil zu Recht aber auch, dass die (inhaltliche) Kündigungsfreiheit des Vermieters *und* des Mieters beschränkt sei, eine Kündigung im Sinne von Art. 271 Abs. 1 OR also anfechtbar ist, wenn sie «ohne objektives, ernsthaftes und schützenswertes Interesse und damit aus reiner Schikane erfolgt oder Interessen der Parteien tangiert, die in einem krassen Missverhältnis zueinander stehen.»[24] Die Anlehnung dieser Umschreibung an die unter Art. 2 Abs. 2 ZGB und dem darin enthaltenen Leitmotiv des Vertrauens[25] entwickelten Fallgruppen *unnütze Rechtsausübung*, *krasses Missverhältnis der Interessen*, *schonende Rechtsausübung*, *widersprüchliches Verhalten* etc.[26] ist offensichtlich.

Überhaupt ist es so, dass das Bundesgericht, wie hier vertreten zu Recht, sich bei seiner Rechtsprechung zu Art. 271 Abs. 1 OR an Art. 2 Abs. 2 ZGB anlehnt, auch wenn es, wie eingangs erwähnt, konstant ausführt, Art. 271 Abs. 1 OR sei im Lichte von Art. 2 Abs. 1 ZGB *und* Art. 2 Abs. 2 ZGB auszulegen.[27]

Art. 2 Abs. 2 ZGB und damit auch Art. 271 Abs. 1 OR sind, wie im Übrigen auch Art. 2 Abs. 1 ZGB, Generalklauseln.[28] Als solche sind sie nur sekundär, nämlich in Bezug auf das Leitmotiv, Sachnormen.[29] Primär sind sie Ermächtigungsnormen, also Normen, in denen ein richterlicher Auftrag zur Wertverwirklichung des Leitmotivs liegt.[30] Es ist offensichtlich, dass solche Ermächtigungsnormen gefährlich sind, weil das Leitmotiv nicht näher bestimmt ist und es deshalb für den Richter möglich ist, sachlich nicht näher bestimmte Grundsätze, die im Ethischen und Ausserrechtlichen liegen, heranzuziehen.[31] Das ist geeignet, das ganze positive Recht zu untergraben und aufzulösen.[32] Die Gefahr für die Rechtssicherheit und die Privatautonomie ist nur gebannt, wenn es dem Richter im Einzelfall gelingt, den Gehalt des Leitmotivs anders als mit blossem Hinweis auf die Billigkeit in diesem Einzelfall zu erklären, was bedeutet, dass im Einzelfall ein darüber hinausgehender Grund für die Anwendung festgestellt, das heisst die praktikable Unternorm gebildet werden muss.[33] In diesem Sinne müs-

---

18 Zum Beispiel BGE 129 III 276 E. 3.1.

19 Zum Beispiel BGE 102 Ia 533 E. 10, insbesondere E. 10a; Andreas Büscher, Die einvernehmliche Aufhebung von Schuldverträgen, Zürich/Basel/Genf 2015, N 56 ff., insbesondere N 64; Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. A., Zürich 2014, N 611a, insbesondere N 11.

20 Zum Beispiel BGer, 4A_474/2016, 20.2.2017, E. 2.5.

21 Bezüglich arbeitsrechtlicher Kündigungsfreiheit siehe Pärli (FN 2), 725.

22 Bezüglich arbeitsrechtlicher Kündigungsfreiheit zu einer anderen Schlussfolgerung gelangend: Pärli (FN 2), 728; anders aber die Rechtsprechung, nach der auch im Arbeitsrecht die Kündigungsfreiheit als «droit fondamental» der klare Ausgangspunkt ist und die Schranken sich aus Art. 2 Abs. 2 ZGB bzw. aus der Art. 2 Abs. 2 ZGB konkretisierenden Bestimmung von Art. 336 OR ergeben (zum Beispiel BGer, 4A_485/2016 und 4A_491/2016, 28.4.2017, E. 2.1, 2.2; 8C_87/2017, 24.3.2017, E. 6.2; BGE 136 III 513 E. 2.3; siehe auch Zeller [FN 10], 269, zu Art. 336 OR als positivrechtliche Typisierung von Art. 2 Abs. 2 ZGB).

23 E. 4.1; siehe auch BGer, 4A_19/2016, 2.5.2017, E. 2.1; BGE 136 III 190 E. 3.

24 E. 4.1.

25 BK-Merz (FN 8), Art. 2 ZGB N 31; siehe auch SPR-Deschenaux (FN 8), 145: «Im Falle des Art. 2 ist es der Gedanke des Vertrauens, welcher den Ton angibt. Der geschichtliche Ausgangspunkt ist das Vertragsverhältnis: indem jede Partei dem gegebenen Worte *treu* bleiben muss, kann die jeweilige Gegenpartei diesem Worte *Glauben* schenken. Hieraus entsteht ein gegenseitiges Vertrauensverhältnis. Niemand soll in seiner gerechtfertigten Erwartung enttäuscht werden, jeder muss auch erwägen, was der andere von ihm erwarten darf.»

26 Zum Beispiel BK-Hausheer/Aebi-Müller (FN 6), Art. 2 ZGB N 206 ff.; BSK ZGB I-Honsell (FN 7), Art. 2 N 38 ff.; BK-Merz (FN 8), Art. 2 ZGB N 58.

27 Siehe zum Beispiel den in FN 3 zitierten Textbaustein in BGer, 4A_293/2016, 13.12.2016, E. 5.2.2 (nicht abgedruckt in BGE 143 III 15).

28 Zum Beispiel BK-Hausheer/Aebi-Müller (FN 6), Art. 2 ZGB N 65 f.; BSK ZGB I-Honsell (FN 7), Art. 2 N 3 und 10; SPR-Deschenaux (FN 8), 149, bezüglich Art. 2 ZGB; Raymund Bisang et al., in: Das Schweizerische Mietrecht, Kommentar, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. SVIT-Kommentar), Art. 271 OR N 10; ZK-Higi (FN 12), Vorbemerkung zu Art. 271–273c OR N 70, Art. 271 OR N 15; siehe auch Zeller (FN 16), 7 ff., 141 ff., zu den Prinzipien im Recht im Allgemeinen und zum Prinzipiengehalt von Art. 2 ZGB im Besonderen.

29 BK-Merz (FN 8), Art. 2 ZGB N 31.

30 BK-Merz (FN 8), Art. 2 ZGB N 29.

31 BK-Merz (FN 8), Art. 2 ZGB N 31.

32 BK-Merz (FN 8), Art. 2 ZGB N 31.

33 BK-Merz (FN 8), Art. 2 ZGB N 31; siehe auch SPR-Deschenaux (FN 8), 156, zum Verhältnis von Art. 2 und Art. 4 ZGB im Allgemeinen, unter anderem: «Im Rahmen des Art. 4 geniesst der Richter eine grössere Freiheit.»

sen Ermächtigungsnormen wie Art. 2 ZGB, aber eben auch Art. 271 Abs. 1 OR durch die Bildung von Maximen und Regeln, Leitsätzen und Untersätzen, die sich auf typische Tatbestände beziehen, also durch Typisierungen, konkretisiert werden.[34] Ermächtigungsnormen haben so eine Durchgangsfunktion, weil sie die Entwicklung von Maximen und Regeln, Leitsätzen und Untersätzen ermöglichen, die schliesslich qua Richterrecht zu autonomer Bedeutung aufsteigen.[35]

Dieses Gebot der Typisierung gilt insbesondere und vor allem auch in Bezug auf Art. 2 Abs. 2 ZGB und Art. 271 Abs. 1 OR, weil es hier, wie ausgeführt, um Normberichtigung geht.[36] Der Richter greift hier korrigierend in die Domäne des Gesetzgebers ein, was per se eine Mahnung zur starken Zurückhaltung ist, was auch das gesetzliche Erfordernis des *offenbaren* Rechtsmissbrauchs in Art. 2 Abs. 2 ZGB unterstreicht.[37] Ebenso unterstreicht dieses Wort die Verpflichtung des Richters auf eine objektive Betrachtungsweise unter Hintanstellung seines subjektiven Gutdünkens.[38] Nicht mehr und nicht weniger ist dem Wort *offenbar* in Art. 2 Abs. 2 ZGB zu entnehmen,[39] weshalb der angesprochene Streit um dieses Wort im Rahmen von Art. 271 Abs. 1 OR nicht überbetont werden darf.[40] Das Erfordernis der zurückhaltenden Auslegung von Art. 271 Abs. 1 OR ergibt sich im Übrigen auch aus dem Grundsatz, wonach Ausnahmebestimmungen eng auszulegen sind,[41] ist doch wie gesagt die (inhaltliche) Kündigungsfreiheit die Regel und die Anfechtbarkeit bei Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben die Ausnahme. Keinesfalls würde aber ein Wegdenken des Worts *offenbar* bei der Anwendung von Art. 271 Abs. 1 OR eine einzelfallbezogene Billigkeitsrechtsprechung[42] erlauben, welche zum Beispiel auf einer reinen Interessenabwägung im Einzelfall beruhen.[43] Das würde dem Charakter von Art. 271 Abs. 1 OR (und Art. 2 Abs. 2 ZGB) als Sach- und Ermächtigungsnorm und dem dadurch geforderten Vorgehen nicht gerecht. Eine solche Interessenabwägung ist vielmehr (und nur) im Rahmen der Erstreckung gemäss Art. 272 OR angezeigt.[44]

Der Gesetzgeber selbst hat in Art. 271 Abs. 1 OR (und Art. 273 OR) wie erwähnt eine positivrechtliche Typisierung der Rechtsfolge von Art. 2 Abs. 2 ZGB vorgenommen und angeordnet, dass die Rechtsfolge einer gegen Treu und Glauben verstossenden Kündigung die Anfechtbarkeit innert 30 Tagen ist. Der Gesetzgeber hat zudem in Art. 271a OR eine Anzahl von positivrechtlichen Typisierungen für gegen Treu und Glauben verstossende Kündigungen des Vermieters festgeschrieben, was in Bezug auf Art. 2 ZGB angesichts dessen Durchgangsfunktion häufig geschieht.[45] Die Rechtsprechung hat, entsprechend dem Auftrag in Art. 271 Abs. 1 OR, weitere Typisierungen für gegen Treu und Glauben verstossenden Kündigungen entwickelt, unter anderem für Umbau- und Sanierungskündigungen des Vermieters, wie auch das hier besprochene Urteil zeigt. Bezüglich solcher Kündigungen stellte das Bundesgericht in einer Vielzahl von Urteilen und eben auch im hier besprochenen

---

34 BK-Hausheer/Aebi-Müller (FN 6), Art. 2 ZGB N 68; BSK ZGB I-Honsell (FN 7), Art. 2 N 3 und N 37; SPR-Deschenaux (FN 8), 150, bezüglich Art. 2 ZGB; BK-Merz (FN 8), Art. 2 ZGB N 33; ZK-Higi (FN 13), Vorbemerkung zu Art. 266–266o OR N 146 ff., und ZK-Higi (FN 12), Vorbemerkung zu Art. 271–273c OR N 70 f., Art. 271 OR N 50 und N 55 ff.; zur Kontroverse, ob die Typisierung *modo legislatoris* erfolgen soll oder nicht siehe zum Beispiel BK-Hausheer/Aebi-Müller (FN 6), Art. 2 ZGB N 117.

35 BK-Hausheer/Aebi-Müller (FN 6), Art. 2 ZGB N 68; Zeller (FN 16), 129 ff.; BK-Merz (FN 8), Art. 2 ZGB N 42.

36 BK-Merz (FN 8), Art. 2 ZGB N 39 und 58.

37 BK-Merz (FN 8), Art. 2 ZGB N 40; siehe auch BK-Hausheer/Aebi-Müller (FN 6), Art. 2 ZGB N 16: «Angesichts der Gewaltenteilung zwischen Gesetzgebung und Justiz steht eine solche Normkorrektur […] nur ganz ausnahmsweise und bloss unter ganz besonderen Voraussetzungen in Frage.»

38 BK-Hausheer/Aebi-Müller (FN 6), Art. 2 ZGB N 201.

39 Siehe auch Zeller (FN 16), 364: «Dem Element der Offensichtlichkeit in der gesetzlichen Umschreibung kommt aber keine selbständige Bedeutung zu. Es hat sich nämlich gezeigt, dass, auch ohne Berücksichtigung des Wortes offenbar in Art. 2 Abs. 2 ZGB, nur eine krasse Überdehnung der verselbständigten Regelhaftigkeit des Rechts überhaupt mit genügender Sicherheit festgestellt werden kann.»

40 Anderer Meinung BSK OR I-Weber (FN 10), Art. 271/271a N 1 und 3; Weber (FN 10), 1 ff.

41 Zum Beispiel BSK ZGB I-Honsell (FN 7), Art. 1 N 15; siehe zum Beispiel auch BGE 116 II 431 E. 1b *in fine*: «[…] eine Ausnahmevorschrift darstellt und nach der Rechtsprechung deshalb eng auszulegen ist.»; zurückhaltender Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 5. A., Bern 2016, 227, wonach nur systemfremde Ausnahmebestimmungen restriktiv auszulegen sind.

42 Zur Definition der Billigkeitsrechtsprechung als «Rechtsprechung, die – unter zu weitgehender Vernachlässigung der Regelhaftigkeit des gesetzlichen Rechts – vorrangig die ganz besonderen Umstände betrachtende Einzelfallurteile fällt» siehe Zeller (FN 10), 270, Fn. 25; siehe auch ZK-Higi (FN 13), Vorbemerkung zu Art. 266–266o OR N 146: «[...] hat die Konkretisierung nicht Billigkeitsgesichtspunkten zu folgen.»; BK-Merz (FN 8), Art. 2 ZGB N 32.

43 Gleicher Meinung bezüglich reiner Interessenabwägung im Einzelfall zum Beispiel BGer, 4A_293/2016, 13.12.2016, E. 5.2.2 (nicht abgedruckt in BGE 143 III 15); 4A_19/2016, 2.5.2017, E. 2.2; 4A_694/2016, 4.5.2017, E. 4.1.2; 4A_388/2016, 15.3.2017, E. 3.3; 4A_18/2016, 26.8.2016, E. 3.2.

44 Gleicher Meinung zum Beispiel BGer, 4A_293/2016, 13.12.2016, E. 5.2.2 (nicht abgedruckt in BGE 143 III 15); 4A_19/2016, 2.5.2017, E. 2.2; 4A_694/2016, 4.5.2017, E. 4.1.2; 4A_388/2016, 15.3.2017, E. 3.3; 4A_18/2016, 26.8.2016, E. 3.2; für ein Bespiel einer solchen Interessenabwägung, auch im Zusammenhang mit einem Umbau- und Sanierungsprojekt, siehe zum Beispiel BGer, 4A_58/2017, 23.5.2017, E. 3.

45 BK-Merz (FN 8), Art. 2 ZGB N 48; siehe auch Zeller (FN 10), 268, der bei positivrechtlichen Typisierungen von einer «abgekürzten» Durchgangsfunktion von Art. 2 Abs. 2 ZGB spricht.

Urteil immer detailliertere Regeln auf, die Art. 271 Abs. 1 OR konkretisieren.[46] Jedes Urteil ist so nicht nur Fallentscheidung, sondern, entsprechend der Durchgangsfunktion von Art. 271 Abs. 1 OR, auch Rechtsfortbildung.[47]

Das hier besprochene Urteil enthält eine weitere Rechtsfortbildung, das heisst eine weitere Verfeinerung der Regeln in Bezug auf die Bedeutung der Begründung der Kündigung im Allgemeinen und der Umbau- und Sanierungskündigung im Speziellen. Diesbezüglich hält es zu Recht fest, dass eine Begründung, geschweige denn eine frühe und korrekte Begründung, kein Gültigkeitserfordernis der Kündigung ist.[48] Denn sonst würde Art. 271 Abs. 2 OR, wonach der Kündigungsempfänger die Begründung der Kündigung verlangen kann, keinen Sinn ergeben.[49] Ebenso zu Recht hält aber das hier besprochene Urteil fest, dass die Begründung, und insbesondere eine frühe und korrekte Begründung, eine Bedeutung bei der Beurteilung hat, ob der Vermieter bzw. der Mieter treuwidrig im Sinne von Art. 271 Abs. 1 OR handelte.[50] So kann eine verspätete, inkorrekte oder im Laufe der Zeit geänderte Begründung durchaus und gerade bei Umbau- und Sanierungskündigungen ein Indiz für eine im Sinne von Art. 271 Abs. 1 OR treuwidrige Kündigung sein, muss es aber nicht, vor allem dann nicht, wenn es um kleinere und erklärbare Fehler geht, wie das Bundesgericht im hier besprochenen Urteil zu Recht festhält.[51]

Kein Thema war im hier besprochenen Urteil die Beweislast für das Vorliegen einer im Sinne von Art. 271 Abs. 1 OR treuwidrigen Kündigung. Nach dem allgemeinen Grundsatz von Art. 8 ZGB liegt diese Beweislast beim Kündigungsempfänger.[52] Daran ändert auch nichts, wenn die Beweismittel, wie oft bei der Umbau- und Sanierungskündigung durch den Vermieter, sich ausschliesslich beim Vermieter befinden. Eine Nichtherausgabe der Beweismittel durch den Vermieter ist nur (aber immerhin) im Rahmen der Beweiswürdigung (zulasten des Vermieters) relevant,[53] führt also mindestens im Regelfall nicht zu einer Beweislastumkehr.[54]

Im Resultat führen die gezeigten Regeln zur Begründung und zur Beweislast bei Umbau- und Sanierungskündigungen des Vermieters dazu, dass dieser gut beraten ist, dem Mieter frühzeitig eine korrekte Begründung für die Kündigung und die nötigen Fakten und Beweismittel zum Umbau bzw. zur Sanierung zu liefern. Ansonsten riskiert er, dass die Kündigung zum Vornherein bzw. spätestens im Rahmen der Beweiswürdigung als eine im Sinne von Art. 271 Abs. 1 OR treuwidrige Kündigung betrachtet wird.

---

46 Siehe zum Beispiel BGer, 4A_694/2016, 4.5.2017; 4A_409/2016, 4A_411/2016, 13.9.2016; BGE 142 III 91; BGer, 4A_625/2014, 25.6.2015; 4A_619/2014, 25.6.2015; 4A_583/2014, 23.1.2015; 4A_391/2014, 29.10.2014; BGE 140 III 496; BGer, 4A_210/2014, 17.7.2014; 4A_503/2013, 5.3.2014; 4A_126/2012, 3.8.2012; 4A_518/2010, 16.12.2010; 4A_227/2010, 1.7.2010; 4A_621/2009, 25.2.2010; 4A_414/2009, 9.12.2009; 4A_425/2009, 11.11.2009; BGE 135 III 112; 4A_131/2008, 25.6.2008; sowie die Besprechung einzelner dieser Urteile: Urban Hulliger, BGer 4A_409/2016, 4A_411/2016, 13. September 2016 (Originaltext französisch, ins Deutsche übertragen durch den Kommentator), MRA 2017, 21 ff.; Urban Hulliger, BGer 4A_327/2015, 9. Februar 2016 (BGE 142 III 91 ff.), MRA 2016, 96 ff.; Zinon Koumbarakis, BGer 4A_625/2014, 25. Juni 2015 (Originaltext französisch, ins Deutsche übertragen durch den Kommentator), MRA 2016, 89 ff.; Lukas Polivka, BGer 4A_210/2014, 17. Juli 2014 (Originaltext französisch, ins Deutsche übertragen durch den Kommentator), MRA 2015, 133 ff.; Bernard Leutenegger, BGer 4A_518/2010, 16. Dezember 2010 (Originaltext französisch, ins Deutsche übertragen durch den Kommentator), MRA 2011, 59 ff.; Raoul Futterlieb, BGer 4A_414/2009, 9. Dezember 2009 (Originaltext französisch, ins Deutsche übertragen durch den Kommentator); MRA 2010, 140 f.; Raoul Futterlieb, BGer 4A_425/2009, 11. November 2009, MRA 2009, 182 ff.; Raoul Futterlieb, BGer 4A_399/2008, 12. November 2008 (BGE 135 III 112), MRA 2008, 163 ff.

47 BK-Merz (FN 8), Art. 2 ZGB N 46.

48 E. 5.3.3, unter Hinweis auf BGE 125 III 231 E. 4b.

49 Siehe auch Art. 266a Abs. 1 OR und Art. 266l OR.

50 E. 5.3.4.

51 E. 5.3.4 ff., unter Hinweis unter anderem auf BGE 125 III 231 E. 4b.

52 Zum Beispiel BGE 140 III 496 E. 4.1; 138 III 59 E. 2.1; 135 III 112 E. 4.1; 120 II 105 E. 3c.

53 Gleicher Meinung wohl BGE 138 III 59 E. 2.1; 135 III 112 E. 4.1; 120 II 105 E. 3c; siehe auch Art. 164 ZPO.

54 Gleicher Meinung BGer, 4A_345/2007, 8.1.2008, E. 2.4.3; CPra Bail-Conod (FN 10), Art. 271 OR N 39; SVIT-Kommentar (FN 28), Art. 271 OR N 38; anderer Meinung wohl Raoul Futterlieb, BGer 4A_472/2007, 11. März 2008 (Originaltext französisch, ins Deutsche übertragen durch den Kommentator), MRA 2008, 113 ff., 119; im Allgemeinen zum Beispiel BGE 140 III 264 E. 2.3; Hans Peter Walter, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012, Art. 8 ZGB N 320 f.; Max Kummer, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung und Personenrecht, Art. 1–10 ZGB, Bern 1966, Art. 8 ZGB N 183 ff.