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

BGer 4A_74/2021: Einseitige Änderung des Mietvertrags

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_74/2021 vom 30. April 2021, A.A. und B.A. *gegen* C._AG, Anfechtung einer einseitigen Änderung des Mietvertrags.



Markus Vischer*

Eine Einschränkung des Musizierens in einer Mietwohnung ist zwar eine einseitige Änderung des Mietvertrags i.S. von Art. 269d Abs. 3 OR, aber im konkreten Fall nicht zu beanstanden.

I. Sachverhalt

A.A. und B.A. (Mieter) und die C._AG (Vermieterin) schlossen am 15.7.2016 einen Mietvertrag über eine 5½-Zimmer-Wohnung (im Erdgeschoss eines Mehrfamilienhauses).[1] Ziff. 2.7.3 der allgemeinen Bestimmungen zum Mietvertrag sah vor, dass die Bewohner gegenseitig Rücksicht nehmen und Ruhestörungen aller Art vermeiden, insbesondere während der Nachtzeit. Das Musizieren sei nur zwischen 8:00 Uhr und 12:00 Uhr sowie von 14:00 Uhr bis 20:00 Uhr erlaubt.

Die Vermieterin übermittelte den Mietern mit amtlichem Formular vom 24.1.2019 eine Anpassung der Hausordnung, wonach Musizieren zwischen 8:00 Uhr und 12:00 Uhr sowie von 14:00 bis 20:00 Uhr nur für maximal drei Stunden pro Tag gestattet und an Sonn- und Feiertagen nicht erlaubt sei.

Nach erfolglosem Schlichtungsversuch beantragten die Mieter beim Bezirksgericht Einsiedeln, es sei festzustellen, dass die mit amtlichem Formular vom 24.1.2019 angezeigte einseitige Änderung nichtig oder missbräuchlich sei. Das Bezirksgericht Einsiedeln wies die Klage am 19.2.2020 ab. Nach Ablehnung der von den Mietern eingereichten Berufung durch das Kantonsgericht des Kantons Schwyz am 21.12.2020[2] gelangten die Mieter mit Beschwerde in Zivilsachen und subsidiärer Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht.

---

* Markus Vischer, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG, Zürich.

1 KGer SZ, ZK1 2020 15, 21.12.2020, A. und E. 7 und 7a, Internet: https://entscheidsuche.ch/view/SZ_KG_001_ZK1-2020-15_2020-12-21 (Abruf 9.7.2021).

2 S. KGer SZ, ZK1 2020 15, 21.12.2020 (FN 1).

II. Begründung

Das Bundesgericht wies einleitend auf Art. 669d Abs. 2 OR hin, wonach Mietzinserhöhungen nichtig sind, wenn der Vermieter sie nicht mit dem vorgeschriebenen Formular mitteilt (lit. a), wenn er sie nicht begründet (lit. b) oder wenn er mit der Mitteilung die Kündigung androht oder ausspricht (lit. c). Dies gelte nach Art. 269d Abs. 3 OR auch, wenn der Vermieter beabsichtige, «sonstwie den Mietvertrag einseitig zu Lasten des Mieters zu ändern, namentlich seine bisherigen Leistungen zu vermindern oder neue Nebenkosten einzuführen». Der Geltungsbereich von Art. 269d Abs. 3 OR sei nicht von vornherein auf vertragliche Änderungen beschränkt, welche das bisherige Gleichgewicht der Leistungen zu Lasten des Mieters veränderten. Ob sich die Änderung zu Lasten des Mieters auswirke, sei vielmehr Ergebnis der Beurteilung im Anfechtungsverfahren und gehöre zur materiellen Missbrauchsprüfung (E. 2.1).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts würden von Art. 269d Abs. 3 OR grundsätzlich sämtliche Änderungen des Mietvertrags erfasst, die eine einseitige Verschlechterung der Situation des Mieters nach sich ziehen würden. Diese Voraussetzung sei hier gegeben. In der alten Hausordnung seien die Zeiten, in denen das Musizieren generell verboten war, ausdrücklich aufgeführt. In der neuen Hausordnung werde der Rahmen, in denen das Musizieren erlaubt bleibe, enger gezogen, weshalb darin eine einseitige Vertragsänderung im Sinne von Art. 269d Abs. 3 OR zu sehen sei (E. 2.2.1).

Weder Art. 269d Abs. 3 OR noch Art. 270b Abs. 2 OR enthielten einen Massstab für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit einseitiger Vertragsänderungen. Dennoch unterlägen auch diese der gerichtlichen Missbrauchsprüfung. Diese habe mangels direkter Regelung im Mietrecht dem allgemeinen Missbrauchsverbot gemäss Art. 2 ZGB zu folgen. Eine Lehrstimme gehe davon aus, dass es um die Zumutbarkeit der Änderung gehe, während eine andere Lehrmeinung dafürhalte, ein Missbrauch sei ausgeschlossen, wenn objektiv betrachtet «räsonable Gründe» für die Änderung vorlägen. Die Frage brauche hier nicht vertieft zu werden, da im vorliegenden Fall ohnehin beide Kriterien erfüllt seien (E. 2.3.1).

Das regelmässige Üben auf einem Musikinstrument sei ohne Weiteres mit dem Wohnzweck vereinbar. Doch es gebe Grenzen. Zu Recht leite die Vorinstanz aus dem Gebot der Rücksichtnahme ab, dass sich das Musizieren wie jeder andere Gebrauch der Wohnung in einem erträglichen Rahmen bewegen müsse. Die von der Vermieterin vorgesehene Begrenzung des Musizierens auf drei Stunden pro Tag sei nur schon deshalb zumutbar, weil die Mieter oder deren Töchter gemäss ihren eigenen Aufzeichnungen von Januar 2019 bis Januar 2020 lediglich an fünf Tagen länger als drei Stunden musiziert hätten. Zudem sei das Ruhebedürfnis an Sonn- und Feiertagen besonders ausgeprägt. Auch gäbe es technische Möglichkeiten, die es erlaubten, mehr als drei Stunden pro Tag sowie an Sonn- und Feiertagen zu üben. Zu denken sei an ein E-Piano mit Kopfhörern (E. 2.3.4).

Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde sei deshalb nicht einzutreten und die Beschwerde in Zivilsachen abzuweisen (E. 3).

III. Bemerkungen

A. Vorbemerkung

Das hier besprochene Urteil BGer 4A_74/2021 vom 30.4.2021 und der darin abgehandelte Klavierfall[3] rückt mit Art. 269d Abs. 3 OR (einseitige Vertragsänderung durch den Vermieter) eine Bestimmung in den Vordergrund, die normalerweise nicht im Rampenlicht steht, aber eine enorme praktische Bedeutung hat. Diese wird von vielen Vermietern übersehen, wenn sie glauben, ihren Mietern ohne Weiteres Vorschriften im Bereich des täglichen (Mieter-) Lebens machen zu können, wie eben hier in Bezug auf das Musizieren.

Das rechtfertigt, kurz auf diese Bestimmung einzugehen.

B. Art. 269d Abs. 3 OR als seltsames Tier im Zoo des Obligationenrechts

Früh im Jusstudium lernt man, dass Verträge durch den Austausch übereinstimmender Willenserklärungen der Parteien zustande kommen (sog. Konsensprinzip).[4] Gleiches gilt auch für die Änderung von Verträgen, welche aufgrund des Grundsatzes pacta sunt servanda grundsätzlich ebenfalls nur konsensual vorgenommen werden kann.[5] Beides ist Ausdruck der Vertragsfreiheit[6] und wird unter den Stichworten Abschlussfreiheit und Aufhebungs- bzw. Änderungsfreiheit abgehandelt.[7]

---

3 Zum Trompetenfall/Trompeterfall des deutschen Bundesgerichtshofs s. FN 51.

4 Z.B. Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 11. A., Bd. I, Zürich/Basel/Genf 2020, N 224 ff.; Peter Higi, Die Vertragsänderung und Art. 269d OR, AJP 1998, 767 ff., 768.

5 Z.B. Arnold F. Rusch/Claire Huguenin, Einseitige Änderungsrechte in allgemeinen Geschäftsbedingungen – das trojanische Pferd im Vertrag, SZW 2008, 37 ff., 38 ff.; Higi (FN 4), AJP 1998, 768.

6 Z.B. Higi (FN 4), AJP 1998, 768.

7 Z.B. Gauch/Schluep/Schmid (FN 4), N 614, 616.

Auch einseitige vertragliche Vertragsänderungsrechte einer Partei basieren auf diesen Grundsätzen. Auch sie müssen konsensual verankert sein. Vertragsänderungsrechte einer Partei sind allerdings rechtlich heikel, weshalb sie im Bereich der AGB auch schon als trojanische Pferde bezeichnet wurden.[8]

Art. 269d Abs. 3 OR mit einem gesetzlich vorgesehenen einseitigen Vertragsänderungsrecht einer Partei ist vor diesem Hintergrund ein erstaunliches Phänomen,[9] umso mehr, als es ein einseitiges Vertragsänderungsrecht des Vermieters ist, der allgemein als die stärkere und weniger schutzwürdige Partei im Mietvertragsrecht angesehen wird.[10] Gleiches gilt für Art. 269d Abs. 1 OR, welcher im Folgenden aber nicht mehr thematisiert wird.

Es ist deshalb nicht verwunderlich, dass die Lehre sich vor dem Hintergrund des allgemeinen Teils des Obligationenrechts und des Mietrechts mit Art. 269d Abs. 3 OR schwertut und das darin vorgesehene einseitige Änderungsrecht des Vermieters als ein etwas seltsames Tier im Zoo des Obligationenrechts betrachtet.[11]

C. Ratio von Art. 269d Abs. 3 OR

Das einseitige Änderungsrecht des Vermieters in Art. 269d Abs. 3 OR soll die im Mietrecht weitgehend verpönte Änderungskündigung des Vermieters, also die Kündigung des bisherigen Mietvertrags und die Offerte des Neuabschlusses des Mietvertrags mit geänderten Bestimmungen,[12] ersetzen.[13] Damit wird der durch den weitgehenden Ausschluss des Änderungskündigungsrechts des Vermieters erfolgende schwerwiegende Eingriff in die Vertragsfreiheit etwas abgemildert.[14]

D. Rechtsnatur von Art. 269d Abs. 3 OR

Art. 269d Abs. 3 OR verschafft dem Vermieter ein Gestaltungsrecht zur einseitigen Änderung des Mietvertrags.[15]

E. Anwendungsbereich von Art. 269d Abs. 3 OR

Art. 269d Abs. 3 OR erfasst nur die einseitigen Änderungen des Vermieters zu Lasten des Mieters,[16] ob sich die entsprechende Mietvertragsklausel nun im Mietvertrag selbst oder in allfälligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen inkl. einer allfälligen Hausordnung[17] befindet. Die Änderung zu Lasten des Mieters ist Tatbestandsmerkmal. Ob dies der Fall ist, ist damit nicht erst im Rahmen der Missbrauchsprüfung[18] relevant.[19] Nicht erfasst von Art. 269d Abs. 3 OR sind damit einseitige Änderungen des Vermieters, die neutral oder zugunsten des Mieters sind. Der Vermieter kann deshalb solche einseitigen Änderungen nicht auf Art. 269d Abs. 3 OR abstützen.

Nicht erfasst von dieser Bestimmung sind die nach dem allgemeinen Vertragsrecht grundsätzlich zulässigen[20] konsensualen Änderungen des Mietvertrags durch die Parteien.[21] Nicht erfasst sind auch die nach dem allgemeinen Ver-

---

8 Rusch/Huguenin (FN 5), 38 ff.

9 Higi (FN 4), AJP 1998, 773: «Eine vertragsrechtliche Selbstverständlichkeit … ist daher dieses Anpassungsrecht insoweit gerade nicht!»; s.a. BGE 135 III 1 E. 2.6 und BGE 132 III 24 E. 3.2, wonach Art. 269d OR eine Durchbrechung des Prinzips pacta sunt servanda beinhalte.

10 S. Markus Vischer, Der Mangelbegriff im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht, recht 2015, 1ff., 6 f., wonach Mietrecht nicht nur Mieter-, sondern auch Vermieterschutzrecht sei, auch wenn das oft vergessen gehe (s. jetzt allerdings GFS.Bern, Handlungsbedarf im Mietrecht?, Studie im Auftrag des Bundesamts für Wohnungswesen BWO, Juni 2021, Internet: https://www.bwo.admin.ch/bwo/de/home/mietrecht/mietrecht--politik.html (Abruf 9.7.2021), worin der Vermieterschutz verschiedentlich, z.B. in Grafik 6 «Stärken des aktuellen Mietrechts» und in Grafik 7 «Schwächen des aktuellen Mietrechts» thematisiert ist).

11 Z.B. BGer, 28.3.1995, teilweise abgedruckt in: Beat Rohrer, Keine Formularpflicht bei einvernehmlich vereinbarter Mietzinsanpassung, MRA 1995, 256, E. 2b: «Einseitige Vertragsänderungen sind begrifflich ein Widerspruch in sich selbst […]. In der Literatur wird denn auch festgehalten, dass die vom Gesetz verwendete Terminologie rechtsdogmatisch unklar ist, […].»; Peter Higi, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 269–270e OR, Die Miete, 4. A., Zürich 1998 (zit. ZK-Higi), Art. 269d OR N 39 ff.; Higi (FN 4), AJP 1998, 775: «… kaum das, was man eine geglückte Norm nennt.».

12 S. Art. 269 Abs. 2 lit. c OR; Art. 271a Abs. 1 lit. b OR.

13 Z.B. BGE 125 III 231 E. 3b f.; ZK-Higi (FN 11), Art. 269d OR N 21; Higi (FN 4), AJP 1998, 772, 776; s.a. zum Begriff der Änderungskündigung z.B. BGer, 4A_368/2017, 19.2.2018, E. 5.3; s.a. BGE 120 II 105, wonach die ordentliche Kündigung eines Mietvertrags und der Abschluss eines neuen Mietvertrags mit geänderten Bestimmungen mit einer anderen Person als dem bisherigen Mieter keine Änderungskündigung ist.

14 Z.B. ZK-Higi (FN 11), Art. 269d OR N 21; s.a. BGer, 4A_425/2019, 11.11.2019, E. 7, wo die Änderungen gemäss Art. 269d Abs. 3 OR materiell als Änderungskündigungen und dadurch als Art. 271 OR und Art. 271a OR unterstehend betrachtet wurden.

15 Gl.M. BGer, 4A_616/2020, 6.5.2021, E. 4.3.2 f.; BSK OR I-Weber, Art. 269d N 1, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2019 (zit. BSK OR I-Verfasser); ZK-Higi (FN 11), Vorbem. zu Art. 269–270e OR N 126, Art. 269d OR N 42; Higi (FN 4), AJP 1998, 773 f.

16 S.a. BGE 132 III 24 E. 3.2, wonach die Nachzahlung von Nebenkosten aufgrund der Nebenkostenabrechnung keine einseitige Änderung ist.

17 So hier besprochenes Urteil BGer, 4A_74/2021, 30.4.2021, E. 2.2.

18 S. dazu III.F.

19 A.M. BGer, 4A_374/2020, 8.2.2021, E. 7.1; BGE 125 III 231 E. 3b.

20 Z.B. ZK-Higi (FN 11), Vorbem. zu Art. 269–270e OR N 111, 114; Higi (FN 4), AJP 1998, 769.

21 Z.B. BGer, 28.3.1995, in: Rohrer (FN 11), 256, E. 2b; Beat Rohrer, in: SVIT (Hrsg.), Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, 4.A., Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. SVIT-Rohrer), Art. 269d OR

tragsrecht grundsätzlich zulässigen[22] Änderungen aufgrund von im Mietvertrag vorbehaltenen einseitigen Vertragsänderungsrechten des Mieters[23] oder des Vermieters.[24]

Das gesetzliche einseitige Vertragsanpassungsrecht des Vermieters zu Lasten des Mieters gemäss Art. 269d Abs. 3 OR kommt, wie sich aus der ratio[25] und dem Kontext[26] ergibt, nur bei kündbaren Mietverträgen zum Zug.[27]

Was als Änderung «zu Lasten des Mieters» gilt, ist offen und im Einzelfall auch schwierig zu klären.[28] Ähnlich wie das bei einer AGB-Kontrolle gemäss Art. 8 UWG zu tun ist,[29] ist eine Gegenüberstellung und Bewertung sämtlicher Änderungen vorzunehmen. Damit ist auch eine allfällige Kompensation, z.B. mittels einer Mietzinsreduktion[30] oder anderweitig, z.B. realiter, zu berücksichtigen.[31] Resultiert aus dieser Gegenüberstellung und Bewertung insgesamt eine Verschlechterung der Rechtsstellung des Mieters, liegt eine Änderung «zu Lasten des Mieters» vor und greift Art. 269d Abs. 3 OR. Das ist gemäss dieser Bestimmung «namentlich», aber eben nicht nur,[32] bei einer Verminderung der bisherigen Leistungen des Vermieters und einer Einführung neuer Nebenkosten durch den Vermieter (ohne angemessene Kompensation, also insbesondere ohne Mietzinsreduktion) der Fall. Eine bloss mögliche, aber nicht sichere Verschlechterung der Rechtsstellung des Mieters genügt nicht.[33]

Der Begriff der Änderung ist weit auszulegen[34] und kann jedes Element des Mietvertrags beschlagen.[35] Keine Rolle spielt, ob die Änderung einen Teil des Mietgegenstands mit ausschliesslichem Benutzungsrecht des Mieters (z.B. an einem bestimmten Gartenteil zur Anlegung eines Gemüsebeets oder an einem bestimmten Vorplatzbereich zur Benützung als Parkplatz) oder mit nicht ausschliesslichem Benutzungsrecht des Mieters (z.B. an allgemeinen Einrichtungen und Nutzflächen wie ein Garten, ein Vorplatz, ein Treppenhaus, eine Waschküche oder ein Trockenraum) betrifft.[36] Ebenso irrelevant ist, ob die Änderung geringfügig ist oder einen Punkt betrifft, der für den Entscheid zum Vertragsabschluss wesentlich war.[37] Nicht massgeblich ist auch der Grund der Änderung und damit insbesondere auch eine mögliche Vertragsverletzung (z.B. eine Verletzung der Pflicht zur Sorgfalts- und Rücksichtnahme gemäss Art. 257f OR) bzw. ein mögliches Verschulden des Mieters.[38]

N 19 f., 64; BSK OR I-Weber (FN 15), Art. 269d N 13a, s. aber auch N 13b bezüglich Gesetzesumgehungen; Rohrer (FN 11), 259 f.; ZK-Higi (FN 11), Art. 269d OR N 13, 42; Higi (FN 4), AJP 1998, 773, 776; s. zu den schwierigen Abgrenzungsfragen der einseitigen und der konsensualen Änderungen z.B. Beat Rohrer, Vertragsänderungen und Mietzinsanpassungen im gegenseitigen Einvernehmen ohne Verwendung des amtlichen Formulars, MRA 2013, 3 ff.

22 Z.B. ZK-Higi (FN 11), Vorbem. zu Art. 269–270e OR N 116; Higi (FN 4), AJP 1998, 769.

23 Z.B. ZK-Higi (FN 11), Art. 269d OR N 14.

24 Wohl z.T. a.M. ZK-Higi (FN 11), Art. 269d OR N 39 ff.

25 S. III.C.

26 Art. 269d Abs. 1 und 2 OR.

27 Z.B. BGer, 28.3.1995, in: Rohrer (FN 11), 256, E. 2a; SVIT-Rohrer (FN 21), Art. 269d OR N 7; ZK-Higi (FN 11), Vorbem. zu Art. 269–270e OR N 148; zu weiteren ausgenommenen Mietverhältnissen z.B. SVIT-Rohrer (FN 21), Art. 269d OR N 4, 6.

28 SVIT-Rohrer (FN 21), Art. 269d OR N 71, mit der Empfehlung, im Zweifel die Formalien gemäss Art. 269d Abs. 1 und 2 OR einzuhalten; ebenso Higi (FN 4), AJP 1998, 776, auch mit dem richtigen Hinweis, es sei aus der Einhaltung der Formalien zu schliessen, dass in der Tat eine Änderung zu Lasten des Mieters vorliege; s. für ein Anwendungsbeispiel eines vorsichtigen Vorgehens des Vermieters, in concreto der Stadt Genf, BGer, 4A_425/2019, 11.11.2019, bezüglich eines neuen Reglements für Sozialwohnungen.

29 Dazu z.B. Markus Vischer, Zur generell-abstrakten AGB-Kontrolle nach UWG, AJP 2014, 964 ff., 972 ff., auch zum Stichwort der Kompensation.

30 Wohl gl.M. BSK OR I-Weber (FN 15), Art. 269d N 10, s. aber auch N 12.

31 Wohl a.M. Mietgericht Zürich, MB190012-L, 12.12.2019, ZMP 2020 Nr. 4, E. I.1.4 und IV.1.2.2, betreffend Ersatz eines Kellerabteils durch ein zwar kleineres (12.5 statt ca. 14.5m^2), aber besser gelegenes (2. statt 3. UG) Kellerabteil.

32 Z.B. BGE 125 III 62 E. 2b.

33 A.M. OGer SO, Zivilkammer, ZKBER.2018.81, 23.7.2019, in: mp 2020, 177, E. 2.7, bezüglich Verlegung der Warmwasserkosten nicht mehr nach Quadratmetern, sondern neu nach Verbrauch; wohl auch a.M. BGer, 4A_571/2017, 10.7.2018, E. 4.1.1.2, BGE 137 III 362 E. 3.2.1, BGE 126 III 124 E. 2b und BGE 121 III 460 E. 4b bezüglich Wechsel der Art der Abrechnung der Nebenkosten von «inkl.» zu «exkl.» unter gleichzeitiger Reduktion des Mietzinses.

34 Hier besprochenes Urteil BGer, 4A_74/2021, 30.4.2021, E. 2.2.1; BGer, 4A_36/2018, 1.3.2018, E. 3 bezüglich Übernahme des Namens der Bar der Mieterin; BGer, 4A_227/2017, 5.9.2017, E. 4.2.2.1 bezüglich Rücknahme der Zustimmung zur Untermiete; BGE 125 III 231 E. 3b, s. aber auch E. 3d f., wo festgehalten wird, dass keine Änderung des formell selbstständigen Mietvertrags über eine Wohnung als Hauptsache gemäss Art. 269d OR vorliege, wenn der ebenfalls formell selbstständige Mietvertrag über einen Parkplatz als Nebensache gekündigt werde; BGE 125 III 62 E. 2b bezüglich Rücknahme der Zustimmung zur Untermiete; s.a. KGer BL, 400 18 384, 9.4.2019, in: BJM 2020, 121, E. 4.1 f. bezüglich höheren Hauswartkosten infolge Wechsel des Dienstleisters; a.M. ZK-Higi (FN 11), Art. 269d OR N 43 ff.; Higi (FN 4), AJP 1998, 774 f., 776, der Art. 269d Abs. 3 OR trotz des Worts «namentlich» auf die dort genannten Beispiele bzw. noch weiter reduziert haben möchte.

35 A.M. wohl Anita Thanei, Der befristete Mietvertrag, mp 2018, 261 ff., 269 bezüglich Optionsrechts des Mieters.

36 Wohl gl.M. BGE 125 III 231 E. 3a; grundsätzlich gl.M. SVIT-Rohrer (FN 21), Art. 269d OR N 68 f.; a.M. ZK-Higi (FN 11), Art. 269d OR N 56 f.

37 A.M. z.B. Mietgericht Zürich, 20.5.1992, teilweise abgedruckt in: Heidi Mayer Jülich, Erneuerungen/Änderungen an der Mietsache und einseitige Vertragsänderungen zu Lasten des Mieters, MRA 1995, 156, E. 4; SVIT-Rohrer (FN 21), Art. 269d OR N 68.

38 A.M. z.B. SVIT-Rohrer (FN 21), Art. 269d OR N 76; BSK OR I-Weber (FN 15), Art. 269d N 12.

All diese Differenzierungen spielen erst bei der Missbrauchsprüfung eine Rolle.[39]

F. Missbrauchsprüfung

Art. 269d Abs. 3 OR führt nicht aus, aufgrund welcher Kriterien die gemäss Art. 270b Abs. 2 OR vom Mieter mittels Feststellungsklage[40] initiierte Überprüfung der Zulässigkeit einer einseitigen Vertragsänderung des Vermieters gemäss Art. 269d Abs. 3 OR vorzunehmen ist.[41] Mangels konkreter Regelung in diesen Bestimmungen ist die Überprüfung nach «dem allgemeinen Missbrauchsverbot gemäss Art. 2 ZGB»,[42] d.h. nach Art. 2 Abs. 2 ZGB und nicht nach Art. 2 Abs. 1 und 2 ZGB vorzunehmen.[43] Dabei hat das Gericht regelbildend i.S. von Art. 1 Abs. 2 ZGB und Art. 4 ZGB vorzugehen.[44] Dabei spielt eine Rolle, wie schwerwiegend die Änderung ist bzw. wie schwer sie den Mieter trifft. Ebenso eine Rolle spielt, ob der Mieter den Grund für die Änderung gesetzt hat, z.B. durch eine Verletzung seiner Pflicht zur Sorgfalts- und Rücksichtnahme gemäss Art. 257f OR,[45] wobei zu beachten ist, dass eine einseitige Änderung gemäss Art. 269d Abs. 3 OR die mildere Massnahme als die Kündigung gemäss Art. 257f Abs. 3 OR oder sogar Art. 257f Abs. 4 OR ist.[46] Weiter ist relevant, ob sich seit dem Mietvertragsabschluss die Verhältnisse geändert haben und der Vertrag deshalb angepasst werden muss. Art. 269d Abs. 3 OR bietet damit auch ein Einfallstor für Mietvertragsänderungen aufgrund der clausula rebus sic stantibus,[47] womit nicht gesagt sein soll, dass eine Änderung gemäss Art. 269d Abs. 3 OR nur in clausula rebus sic stantibus-Fällen zulässig ist.

Ein Missbrauch liegt auch vor, wenn aus der Änderung ein missbräuchlicher Mietzins i.S. von Art. 269 OR und 269a OR resultiert.[48]

Missbräuchlich ist auch, was die Parteien infolge der allgemeinen Schranken des Gesetzes, also insbesondere von Art. 2 ZGB, Art. 27 ZGB und Art. 19/20 OR selbst nicht vereinbaren könnten, also z.B. ein totales Verbot des Musizierens, ausser vielleicht bezüglich bestimmter Instrumente (z.B. Trompete, Schlagzeug), nicht aber eine vernünftige Einschränkung des Musizierens.[49]

Im konkreten Fall wurde diese Missbrauchsprüfung vom Bundesgericht tadellos vorgenommen und zu Recht entschieden, dass die einseitige Vertragsänderung des Vermieters zu Lasten des Mieters, also die Einschränkung des Musizierens, vernünftig[50] und deshalb gemäss Art. 2 (Abs. 2) ZGB nicht zu beanstanden sei.[51] Man kann dem Bundesgericht deshalb für einmal nicht ein fehlendes Musikgehör vorwerfen, zumal sich das Bundesgericht mit dem Hinweis auf die Möglichkeit des Klavierspielens auf einem E-Piano mit Kopfhörern auch in technischer Hinsicht auf der Höhe der gestellten Aufgabe bewegt.[52]

---

39 S. dazu sogleich III.F.

40 BGer, 4A_616/2020, 6.5.2021, E. 4.3.2 f.

41 So das hier besprochene Urteil BGer, 4A_74/2021, 30.4.2021, E. 2.3.1; BGE 125 III 231 E. 3c (s. dazu aber auch FN 42); BSK OR I-Weber (FN 15), Art. 269d N 11; ZK-Higi (FN 11), Art. 269d OR N 175.

42 So das hier besprochene Urteil BGer, 4A_74/2021, 30.4.2021, E. 2.3.1; ähnlich BGer, 4A_425/2019, 11.11.2019, E. 7, BGE 125 III 231 E. 3b f. und Mietgericht Zürich, ME160003-L/U, 12.7.2017, ZMP 2017 Nr. 8, E. I.1.2, allerdings mit Ableitung aus Art. 271 OR und Art. 271a OR; ZK-Higi (FN 11), Art. 269d OR N 175; a.M. BSK OR I-Weber (FN 15), Art. 269d N 11, wonach die Überprüfung nach dem Kriterium der Zumutbarkeit der Änderung für den Mieter zu erfolgen hat.

43 S.a. Markus Vischer, BGer 4A_703/2016: Kündigung Mietvertrag: Begründung der Kündigung kein Gültigkeitserfordernis, AJP 2017, 1135 ff., 1136 f., zur Streitfrage, ob gemäss Art. 271 OR und Art. 271a OR eine Überprüfung aufgrund von Art. 2 Abs. 1 und 2 ZGB oder nur aufgrund von Art. 2 Abs. 2 ZGB vorzunehmen ist.

44 Z.B. Vischer (FN 43), AJP 2017, 1138 ff.; zum Verhältnis von Art. 1 Abs. 2 ZGB und Art. 4 ZGB z.B. Markus Vischer, BGer 4A_241/2017: Alleinvertriebsvertrag, AJP 2019, 130 ff., 133.

45 S. schon III.E.

46 Für einen Anwendungsfall einer solchen Kündigung u.a. wegen zu lauten Musizierens BGer, 4A_87/2012, 10.4.2012; zur Verhältnismässigkeit als Kriterium bei der Missbrauchsprüfung im Allgemeinen das hier besprochene Urteil BGer, 4A_74/2021, 30.4.2021, E. 2.3.4.

47 Zur clausula im Allgemeinen und auch im Mietrecht z.B. Andrea Haefeli/Dario Galli/Markus Vischer, Anpassung privatrechtlicher Verträge infolge von COVID-19, in: Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), COVID-19, Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, Basel 2020, N 1 ff., N 60 und insb. FN 240 auch zur Frage, ob Art. 266g OR die clausula rebus sic stantibus verdrängt.

48 BGer, 4A_425/2019, 11.11.2019, E. 7; BGE 125 III 231 E. 3b f.; Mietgericht Zürich, ME160003-L/U, 12.7.2017, ZMP 2017 Nr. 8, E. I.1.2.

49 Florian Gloor, Toleranz im nachbarschaftlichen Verhältnis, mp 2019, 7 ff., 21; s.a. III.H.

50 In der Terminologie von ZK-Higi (FN 11), Art. 269d OR N 176: «räsonabel».

51 BGer, 4A_74/2021, 30.4.2021, E. 2.3.2; s.a. Urteil des (deutschen) Bundesgerichtshofs, V ZR 143/17, 26.10.2018, Internet: http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=V%20ZR%20143/17&nr=89733 (Abruf: 9.7.2021) (Trompetenfall/Trompeterfall), wonach «eine Beschränkung des Musizierens auf zwei bis drei Stunden an Werktagen und ein bis zwei Stunden an Sonn- und Feiertagen, jeweils unter Einhaltung üblicher Ruhezeiten» (amtlicher Leitsatz d), im Allgemeinen vernünftig ist, wobei dieses Urteil allerdings einen Nachbar- und nicht einen Mietstreit betraf; s. dazu z.B. Jörg Schmid, Fragen aus dem Nachbarrecht, ZBJV 2020, 271 ff., 283 ff.

52 BGer, 4A_74/2021, 30.4.2021, E. 2.3.4; s. schon KGer SZ, ZK1 2020 15, 21.12.2020 (FN 1), E. 7a, auch mit dem berechtigten Hinweis, es sei unter Umständen für den Mieter auch zumutbar, einen Musizierraum ausserhalb der Mietwohnung anzumieten; für ein solches Angebot im Kanton Zürich Emil Bischofberger, Üben, wo es die Nachbarn nicht stört, Tages-Anzeiger vom 18.6.2021, 19, Internet:

G. Formalien

Die eigentliche Sprengkraft von Art. 269d Abs. 3 OR liegt darin, dass der Vermieter bei einseitigen Vertragsänderungen aufgrund dieser Bestimmung gemäss Art. 269d Abs. 1 und Abs. 2 lit. a OR das vom Kanton genehmigte Formular benützen und gemäss Art. 269d Abs. 2 lit. b OR die Änderung (hinreichend klar)[53] begründen muss, ansonsten die einseitige Vertragsänderung gemäss Art. 269d Abs. 2 OR nichtig ist.[54] Das geschieht in der Praxis selten. Im vorliegend besprochenen Fall kam das Formular wohl nur deshalb zum Einsatz, weil die Vermieterin (C._AG) aufgrund der Vorgeschichte Auseinandersetzungen mit den Mietern (A.A. und B.A.) befürchtete.

Die Vertragsänderung gemäss Art. 269d Abs. 3 OR ist dem Mieter (mittels des Formulars) mindestens 10 Tage vor Beginn der Kündigungsfrist (des Mieters)[55] mitzuteilen, damit sie auf den nächstmöglichen Kündigungstermin (für den Mieter)[56] wirksam wird (Art. 269d Abs. 3 OR i.V.m. Art. 269d Abs. 1 OR).[57]

H. Weitere Lehre aus BGer, 4A_74/2021, 30.4.2021

Neben dem Hinweis, dass selbst bei den kleinsten und sehr harmlos scheinenden Mietvertragsänderungen durch den Vermieter u.U. das Formular zu benützen und die Änderung (missbrauchssicher) zu begründen ist, ruft BGer, 4A_74/2021, 30.4.2021 in Erinnerung, dass die Vertragsparteien auch im Mietrecht den Vertragsgegenstand, das heisst hier die Mietwohnung und deren Gebrauch, vertraglich bestimmen. Es gibt damit keine unabhängig vom Parteiwillen definierte Mietwohnung und keinen unabhängig vom Parteiwillen bestimmten Gebrauch der Mietwohnung. Vielmehr bestimmen die Parteien selbst die Eigenschaften, welche die Mietwohnung haben soll, und die Art ihres Gebrauchs, ob der Parteiwille nun gemäss der bundesgerichtlichen Auslegungsmethode subjektiv (Stichwort: wirklicher Parteiwille) oder objektiv (Stichwort: normativer Parteiwille gemäss Vertrauensprinzip) ermittelt wird.[58] Es oblag deshalb im konkreten Fall den Parteien bzw. gemäss Art. 269d Abs. 3 OR dem Vermieter, den Gebrauch der Mietwohnung in Bezug auf das Musizieren zu bestimmen.

Selbstverständlich unterliegen die Parteien bei der Bestimmung des Vertragsgegenstands, das heisst hier der Mietwohnung und deren Gebrauch, den allgemeinen Schranken des Gesetzes, wie insbesondere den Schranken gemäss Art. 2 ZGB, Art. 27 ZGB und Art. 19/20 OR.[59] Das gilt auch für den Vermieter im Rahmen von Art. 269d Abs. 3 OR.[60] Diese Schranken sind dem dauernden gesellschaftlichen Wandel unterworfen.[61] Eine gute Indikation für die gerade dominanten gesellschaftlichen Ansichten vermittelt jeweils ein Blick auf die aktuelle Gesetzes- und Verwaltungslage. Was der Gesetzgeber und die Verwaltung (legal) tun können, sollten in der Regel auch die Parteien in einem Vertrag tun können.[62] Entsprechend sind vernünftige Einschränkungen des Musizierens wie gemäss dem hier besprochenen Urteil BGer, 4A_74/2021, 30.4.2021 zulässig.[63] Ein totales Verbot des Musizierens, ausser vielleicht bezüglich bestimmter Instrumente (z.B. Trompete, Schlagzeug), wäre es aber wohl nicht.[64]

Es verhält sich bezüglich einer Mietwohnung nicht anders als bezüglich einer Eigentumswohnung: Denn auch beim Stockwerkeigentum sind vernünftige Einschränkungen des Musizierens zulässig, ob diese nun im Begründungsakt, im Stockwerkeigentumsreglement bzw. in einer Hausordnung oder in einer Dienstbarkeit vorgenommen werden.[65] Ein totales Verbot des Musizierens ausser viel-

---

https://www.tagesanzeiger.ch/streichen-und-blasen-wo-es-die-nachbarn-nicht-stoert-517082218724 (Abruf 9.7.2021).

53 Z.B. BGer, 4A_374/2020, 8.2.2021, E. 7.1; s.a. Hans Giger, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Die Miete, Art. 253–273c OR, Art. 260–266o OR, Bern 2020, Art. 262 OR N 77 zu den hohen Anforderungen an die Begründung in Literatur und Rechtsprechung; s.a. Art. 19 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 VMWG.

54 Z.B. SVIT-Rohrer (FN 21), Art. 269d OR N 17 ff.; BSK OR I-Weber (FN 15), Art. 269d N 2 ff.

55 SVIT-Rohrer (FN 21), Art. 269d OR N 11.

56 SVIT-Rohrer (FN 21), Art. 269d OR N 11.

57 Zur Möglichkeit einer Anfechtung bei einer Änderung innerhalb der Sperrfristen Mietgericht Zürich, ME160003-L/U, 12.7.2017, ZMP 2017 Nr. 8, E. I.1.2; zur Möglichkeit eines «Erstreckungsbegehrens» Mietgericht Zürich, ME160003-L/U, 12.7.2017, ZMP 2017 Nr. 8, E. I.1.2; BGE 125 III 231 E. 3c.

58 Zum Ganzen, auch mit einer Kritik der subjektiv-objektiven Auslegungsmethode des Bundesgerichts z.B. Haefeli/Galli/Vischer (FN 47), N 29.

59 Z.B. Markus Vischer, BGer 4A_39/2019: Mietrecht, Kündigung nach Art. 257f Abs. 3 OR, AJP 2019, 1352 ff., 1353; Vischer (FN 10), 1 ff., 8.

60 S. III.F.

61 Z.B. Vischer (FN 59), AJP 2019, 1353.

62 Vischer (FN 10), 9, bezüglich Burkaverbot.

63 S.a. BGer, 6B_866/2016, 9.3.2017 bezüglich der Zulässigkeit der Einschränkung des Musizierens auf öffentlichem Grund.

64 S. III.F.

65 Zu solchen Einschränkungen und deren Schranken im Allgemeinen Vischer (FN 43), AJP 2017, 477 ff.; bezüglich Musizieren z.B. Jörg Schmid, Gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Stockwerkeigentumsrecht (Art. 712a–t ZBG), LBR – Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 129, Zürich/Basel/Genf 2019, 1 ff., 13; Pascal Wirz, Schranken der Sonderrechtsausübung im Stockwerkeigentum, Zürich 2008, 146, 192 f.; Arthur Meier-Hayoz/Heinz Rey, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 712a–712t ZGB, Grundeigentum IV, Das Stockwerkeigentum, Bern 1988 (zit. BK-Meier-Hayoz/Rey), Art. 712a ZGB N 56, Art. 712g ZGB N 104.

leicht bezüglich bestimmter Instrumente (z.B. Trompete, Schlagzeug) wäre es aber wohl erneut nicht.[66]

Die Massgeblichkeit des Parteiwillens bei der Bestimmung des Vertragsgegenstands wird immer wieder übersehen, auch vom Bundesgericht, z.B. im kürzlich publizierten Orangenfall.[67]

Merke deshalb, dass Orangen nicht unabhängig vom Parteiwillen Orangen und Mietwohnungen nicht unabhängig vom Parteiwillen Mietwohnungen sind. Vielmehr gibt der Parteiwille den ver-/gekauften Orangen und ver-/gemieteten Mietwohnungen sein Gepräge, bestimmt also deren vertragliche Solleigenschaften, ob nun damit Fruchtsaft oder Musik gemacht wird.

---

[66] Z.B. Schmid (FN 65), 13; Wirz (FN 65), 146, 192 f.; BK-Meier-Hayoz/Rey (FN 65), Art. 712a ZGB N 56; Rolf H. Weber, Minderheitenschutz beim Stockwerkeigentum. Zu den Grenzen der vertraglichen Gestaltungsfreiheit am Beispiel der Stockwerkeigentümergemeinschaft, ZBGR 1979, 144 ff., 162.

[67] BGer, 4D_7/2020, 5.8.2020, E. 3: «Indépendamment de l'accord des parties, les oranges livrées devaient avoir les qualités attendues de bonne fois …»; s. dazu Dario Galli/Markus Vischer, Zum Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft bei Orangen, dRSK vom 16.6.2021, N 12 ff.