

# **BGer 4C.96/2005 vom 20. Juni 2005**

Bundesgericht, 2005-06-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4C.96\\_2005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4C.96_2005)

FR: TF 4C.96/2005 du 20 juin 2005

IT: TF 4C.96/2005 del 20 giugno 2005

## **Regeste**

Mietzins, Rückforderung, Rechtsmissbrauch | Vertragsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die Klägerin bringt vor, sie habe im Verfahren vor der Vorinstanz nebst der Formungültigkeit der Mietzinserhöhung von Fr. 6'000.-- per 1998 die Nichtigkeit sämtlicher Mietzinserhöhungen aus fünf voneinander unabhängigen Nichtigkeitsgründen geltend gemacht. Die Vorinstanz habe unter Bezugnahme auf ihr Schreiben vom 20. Dezember 1995 lediglich zwei der von ihr anlässlich der Mieterhöhungsanzeige vom 28. November 1995 vorgebrachten Mängel geprüft, nämlich die auf die Doppelindexklausel gestützten Mietzinsanpassungen sowie deren Mitteilung auf einem nicht amtlichen Formular. Die Vorinstanz habe somit Bundesrecht (siehe BGE 122 III 45 E. 3 und BGE 121 III 46 E. 2) verletzt. Die Übrigen von der Klägerin erst später festgestellten und geltend gemachten drei Gründe (Beilage eines leeren amtlichen Mietvertragsänderungsformulars; Erhöhungsmitteilung unter Verletzung der vertraglich vereinbarten Anzeigefrist von drei Monaten sowie Nichtunterzeichnung des amtlichen Formulars) seien ebenfalls zu prüfen. Die Klägerin beruft sich in diesem Zusammenhang auch auf die ihr erst später bekannt gewordene bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend eine in einem Begleitbrief begründete bzw. ohne eigenhändige Unterschrift angezeigte Mietzinserhöhung (4C.195-197-199/1996 vom 10. März 1997 E. 3 bzw. 4C.110/2003 vom 8. Juli 2003 E. 3.4-3.6).

### **E. 1.2.1**

Aus der erwähnten Rechtsprechung des Bundesgerichts ( BGE 122 III 45 E. 3 und BGE 121 III 46 E. 2) kann die Klägerin nichts zu ihren Gunsten ableiten, da sie sich ausschliesslich auf die Begründungsanforderungen in einer Berufung bzw. einem Rekurs an das Bundesgericht und nicht auf die Begründungsanforderungen in einem Urteil des Sachgerichts in der Sache selbst bezieht.

### **E. 1.2.2**

Die Vorinstanz hat sich zu den Vorbringen der Klägerin, alle durch den Beklagten vorgenommenen Mietzinserhöhungen seien nicht wie vereinbart drei Monate im Voraus schriftlich angezeigt und zudem auf einem vom Kanton nicht genehmigten Formular mitgeteilt worden, mit BGE 113 II 187 E. 1a auseinander gesetzt. Aus dieser Rechtsprechung, die sich auf das alte Mietrecht bezieht, aber für das vorliegend anwendbare neue Recht gültig bleibt (vgl. BGE 123 III 70 E. 2a und 3d; Urteil 4C.59/2003 vom 26. Mai 2003 E. 6.3), ergibt sich, dass Mitteilungen von Mietzinserhöhungen, welche nicht mit dem amtlichen Formular erfolgen, als absolut nichtig anzusehen sind. Diese absolute Nichtigkeit

ist von Amtes wegen festzustellen und kann daher durch den Mieter jederzeit geltend gemacht werden, selbst wenn er den erhöhten Zins bereits bezahlt hat. Die Nichtigkeit der Mitteilung hat diejenige der Mietzinserhöhung zur Folge, weshalb der Mieter die zuviel bezahlte Miete als ungerechtfertigte Bereicherung vom Vermieter zurückfordern kann. Diese Rückforderung muss innerhalb eines Jahres ab dem Zeitpunkt, ab welchem der Mieter vom Rückforderungsanspruch Kenntnis hat, spätestens aber innerhalb von zehn Jahren geltend gemacht werden ( Art. 67 OR ; vgl. hierzu BGE 130 III 504 E. 6.2 S. 511). Eine Ausnahme vom Rückforderungsrecht ist dann zuzulassen, wenn die Berufung auf Formmängel rechtsmissbräuchlich ist. Dies ist dann der Fall, wenn der Mieter den Formmangel zwar erkannt hat, auf dessen Geltendmachung aber verzichtet, um gegebenenfalls später daraus einen Nutzen zu ziehen ( BGE 113 II 187 E. 1a am Ende). Im Übrigen sind bei der Beurteilung der Frage, ob die Berufung auf Formnichtigkeit rechtsmissbräuchlich ist, sowohl die näheren Umstände als auch die Art und Weise der formungültigen Mietzinserhöhung zu berücksichtigen ( BGE 123 III 70 E. 3c u. 3d; Urteil 4C.59/2003 vom 26. Mai 2003 E. 7.1).

### **E. 1.2.3**

Nach den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz über den Wissensstand der Klägerin ( Art. 63 Abs. 2 OG ; vgl. BGE 124 III 184 E. 3) hatte diese spätestens mit der Abfassung ihres Schreibens vom 20. Dezember 1995, worin sie die Doppelindexklausel wie auch die Formularpflicht thematisierte, positive Kenntnis sowohl von den gesetzlich als auch von den mietvertraglich einzuhaltenden Formvorschriften. Hierzu hat die Vorinstanz ausgeführt, die angebliche fehlende Kenntnis der Klägerin über die Rechtsfolgen des Formmangels sei unbeachtlich, da es nicht erforderlich sei, über die positive Kenntnis der verletzten Formvorschriften hinaus auch positive Kenntnis der konkreten Rechtsfolgen zu besitzen. Diese Auffassung steht entgegen der Meinung der Klägerin im Einklang mit der zitierten Rechtsprechung insbesondere betreffend die Umkehrung der Beweislast zugunsten des Mieters (vgl. BGE 113 II 187 E. 1a S. 189). Die Vorinstanz hat zudem das in der ausgetauschten Korrespondenz belegte, nachträgliche Verhalten der Klägerin berücksichtigt. Die in diesem Zusammenhang von der Klägerin gerügte Verletzung von Art. 8 ZGB läuft auf eine im Berufungsverfahren vor Bundesgericht unzulässige Kritik an der Beweiswürdigung der Vorinstanz hinaus (vgl. Art. 63 Abs. 2 OG ). Die Vorinstanz hält dazu fest, die Klägerin sei in den folgenden Monaten, namentlich anlässlich eines Gespräches vom 27. November 1996, nicht mehr auf die ihrer Ansicht nach nicht rechtskonformen vergangenen Mietzinserhöhungen zu sprechen gekommen und habe nicht erkennen lassen, dass sie weiterhin auf einer sogar rückwirkenden Reduktion des Mietzinses beharre. Nach Ansicht der Vorinstanz durfte daher der Beklagte davon ausgehen, dass die Klägerin diesbezügliche Forderungen nicht mehr erhebe, zumal der Beklagte durch den Verzicht auf die vereinbarte jährliche Mietzinsanpassung, die nicht mehr volle Überwälzung der Teuerung auf die Klägerin sowie die zweimalige Reduktion des Jahresmietzinses in Höhe von insgesamt Fr. 12'000.-- seinerseits Hand zu einer einvernehmlichen Regelung der Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien geboten habe.

### **E. 1.2.4**

Die Vorinstanz hält es mit Recht für rechtsmissbräuchlich, wenn die Klägerin nach Ablauf von weit mehr als einem Jahr ihren Rückforderungsanspruch auf die bereits am 20. Dezember 1995 vorgebrachten Argumente stützt, nachdem sie zum damaligen Zeitpunkt

auf der Durchsetzung ihrer Ansprüche nicht beharrte bzw. diese nicht weiterverfolgte und darüber hinaus das angebotene Entgegenkommen des Beklagten ohne weitere Bedingungen akzeptierte. Bei diesem Ergebnis stellt sich die Frage der Nichtigkeit der Mietzinserhöhungen infolge von Verstössen gegen die Formularpflicht nicht, was die Klägerin letztlich selber einräumt. Unter diesen Umständen vermögen entgegen ihrer Ansicht weitere Nichtigkeitsgründe, die namentlich aus der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur allgemeinen in Art. 269d Abs. 2 OR vorgesehenen Formularpflicht bei Mietzinserhöhungen hervorgehen, ohnehin keine Rolle zu spielen.

## **E. 2**

Die Klägerin rügt eine Verletzung von Art. 82 SchKG. Die einseitige Mietzinsanpassung mit amtlichem Formular stelle keinen Rechtsöffnungstitel im Sinne dieser gesetzlichen Bestimmung dar. Die Vorinstanz habe diese Rüge ohne jede Begründung abgewiesen. Soweit die Klägerin damit eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs geltend machen will, ist sie im Berufungsverfahren nicht zu hören ( Art. 43 Abs. 1 OG ). Im Übrigen kann die von der Klägerin aufgeworfene Frage nicht Gegenstand eines Aberkennungsklageverfahrens sein.

## **E. 3**

Die Klägerin macht geltend, die Vorinstanz habe in Verletzung von Bundesrecht angenommen, dass die nichtige gemischte Indexklausel in eine nach Art. 269b OR zulässige umgewandelt werden dürfe. Gemäss dieser Bestimmung ist die Vereinbarung, dass der Mietzins einem Index folgt, nur gültig, wenn der Mietvertrag für mindestens fünf Jahre abgeschlossen und als Index der Landesindex der Konsumentenpreise vorgesehen wird. Die Vorinstanz hält dafür, gegen die Behauptung der Klägerin, sie sei vor allem an der Koppelung an den Hypothekarzins und nicht an einer solchen an den Landesindex der Konsumentenpreise interessiert gewesen, spreche die Vereinbarung einer mindestens fünfjährigen Mietdauer, die fehlende Anmahnung seitens der Klägerin einer auf den verminderten Hypothekarzinssatz gestützten Mietzinssenkung sowie die unterbliebene Anfechtung der gestützt auf den Landesindex der Konsumentenpreise angepassten Mietzinse. Die Vorinstanz kommt zum Schluss, es sei von der Zulässigkeit der Mietzinsanpassungen durch den Beklagten gestützt auf den Landesindex der Konsumentenpreise auszugehen. Indem die Klägerin vor Bundesgericht vorbringt, sie habe dargetan, dass sie an der gemischten Indexklausel interessiert gewesen sei, weil zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Zinssatz für variable Hypotheken bei 6½ % gelegen habe und während der vereinbarten, langen Mietdauer mit einem Rückgang des Hypothekarzinses zu rechnen gewesen sei, stellt sie die auf Beweiswürdigung beruhende tatsächliche Feststellung der Vorinstanz zum Interesse bzw. zum Willen der Klägerin in Frage; dies ist im Berufungsverfahren unzulässig. Daher ist die Voraussetzung für ein gänzliches Dahinfallen des Vertrages gestützt auf den hypothetischen Parteiwillen nicht gegeben, da nicht davon ausgegangen werden kann, dass die gemischte Indexklausel für die Klägerin einen subjektiv wesentlichen Vertragspunkt darstellte (Higi, Zürcher Kommentar, N. 87 zu Art. 269b OR ). Im Übrigen hat die Vorinstanz die Teilnichtigkeit der Indexklausel und mithin die Modifizierung durch die zwingende gesetzliche Regel von Art. 269b OR damit begründet, dass die vereinbarte Klausel auf einem anderen Index als dem Landesindex der Konsumentenpreise basiere, was bundesrechtlich nicht zu beanstanden ist (Higi, a.a.O., N. 90 zu Art. 269b OR ).

#### **E. 4**

Die Vorinstanz ist gestützt auf die zwischen den Parteien ausgetauschte Korrespondenz der Ansicht, es habe trotz der in den Jahren 1996 und 1997 durch den Beklagten gewährten Mietzinsreduktion von je Fr. 6'000.-- keine generelle, sondern nur eine punktuelle Mietzinssenkung vorgelegen und daher im Jahre 1998 wieder der vertraglich vereinbarte Mietzins gegolten. Die Klägerin hält diesen Schluss für bundesrechts- und aktenwidrig ( Art. 55 Abs. 1 lit. d OG ). Entgegen ihrer Annahme betrifft er eine Tatfrage, die das Bundesgericht im Berufungsverfahren bindet (vgl. Art. 63 Abs. 2 OG ). Bei dieser Sachlage ist der Einwand der Klägerin, die gewährte Mietzinssenkung könne nicht ohne die Einhaltung der Formvorschrift des Art. 269d OR rückgängig gemacht werden, weshalb diese Rückgängigmachung per 1998 nicht berücksichtigt werden dürfe, gemäss der zutreffenden Auffassung der Vorinstanz unbegründet.

#### **E. 5**

Schliesslich fehlt auch dem Vorbringen der Klägerin die Grundlage, sie könne mindestens die seit November 1997 bezahlten "nichtigen" Mietzinserhöhungsbeträge zur Verrechnung bringen. Auch dafür wäre die Zulässigkeit des Nichtigkeitseinwandes Voraussetzung. Diese ist jedoch wegen Rechtsmissbrauch nicht erfüllt (E. 1.2.4 hievore).

#### **E. 6**

Die Berufung erweist sich insgesamt als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig ( Art. 156 Abs. 1 und Art. 159 Abs. 1 OG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.