

# ZH\_GERICHTE 4A\_82/2024 vom 19. August 2024

Zh Gerichte, 2024-08-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_gerichte\\_4A\\_82\\_2024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_gerichte_4A_82_2024)

FR: ZH\_GERICHTE 4A\_82/2024 du 19 août 2024

IT: ZH\_GERICHTE 4A\_82/2024 del 19 agosto 2024

## Regeste

ZMP 2024 Nr. 9: Einführung von Belegungsvorschriften, Beschränkungen der Untermiete und Einkommensgrenzen sowie Erlangung einer Zustimmung zur Datenbearbeitung auf dem Weg der einseitigen Vertragsänderung.

## Erwägungen

### E. 1

Sachverhalt und Prozessgeschichte

#### E. 1.1

Die Klägerin, ihr verstorbener Ehemann und die Beklagte schlossen mit Wirkung ab dem 1. November 1995 einen Mietvertrag über ein 6-Zimmer-Einfamilienhaus an der N.-strasse x in Zürich. Nach dem Hinschied des Ehemannes wurde der Vertrag im Jahre 2016 auf die Klägerin überschrieben. Mit amtlichem Formular vom 21. August 2020 teilte die Beklagte der Klägerin auf dem Formular für Miet-

- 19 - zinserhöhungen und andere einseitige Mietvertragsänderungen mit, dass ab 1. Januar 2024 die «Zusatzpflichten auf Basis VGV» gelten würden, mithin die Vorschriften der von der Beklagten erlassenen Verordnung über die Grundsätze der Vermietung von städtischen Wohnungen. In einem Begleitschreiben wies die Beklagte darauf hin, dass mit Inkrafttreten der besagten Verordnung Vorschriften hinsichtlich des Wohnsitzes, der wirtschaftlichen Verhältnisse, der Untervermietung sowie der minimalen Wohnungsbelegung zur Anwendung kämen und dass zur Überprüfung der Einhaltung dieser Vorschriften die Mieter fortan damit einhergehende Informations- und Auskunftspflichten treffen würden. Mit Eingabe vom 17. September 2020 (Datum Poststempel) focht die Klägerin die Vertragsänderung an und machte das vorliegende Verfahren bei der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Dielsdorf anhängig. Mangels örtlicher Zuständigkeit trat diese mit Beschluss vom 18. September 2020 auf die Klage nicht ein. In der Folge reichte die Klägerin in Anwendung von Art. 63 ZPO ihre Eingabe am 26. September 2020 (Datum Poststempel) bei der zuständigen Schlichtungsbehörde in Miet- und Pachtsachen des Bezirkes Zürich innert Monatsfrist ein. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 2. Juni 2021 konnte zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden, weshalb mit Beschluss des gleichen Datums die Schlichtungsbehörde den Parteien einen Urteilsvorschlag unterbreitete, welcher von der Klägerin innert Frist abgelehnt wurde. Daraufhin wurde der Klägerin mit Beschluss vom 30. Juni 2021 die Klagebewilligung erteilt, welche ihr am 5. Juli 2021 zugestellt wurde.

#### E. 1.2

Die Klägerin reichte darauf am 2. September 2021 (Poststempel) beim angerufenen Gericht die vorliegende, damals unter der Geschäftsnummer MJ210056-L geführte Klage sowie die ihr am 5. Juli 2021 zugestellte Klagebewilligung der Schlichtungsbehörde Zürich vom 30. Juni 2021 ein. Mit Beschluss vom 9. September 2021 wurde der Klägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 2'640.– angesetzt. Dieser wurde fristgerecht bezahlt. Die Prozessleitung wurde im genannten Beschluss dem Mietgerichtspräsidenten delegiert. Da ein Parallelverfahren zwischen einer anderen Mietpartei und der Beklagten hängig war, in welchem sich die Frage des Rechtsschutzinteresses stellte,

- 20 - wurde der Prozess im Einvernehmen mit den Parteien sistiert. Nachdem in einem Parallelverfahren unangefochten entschieden worden war, dass ein Rechtsschutzinteresse nicht bestehe (MJ210028-L, publ. in ZMP 2021 Nr. 13), wurde den Parteien ein Vergleichsvorschlag unterbreitet. Nachdem die Beklagte eine solche Lösung mit Schreiben vom 23. und 25. November 2021 abgelehnt hatte, wurde das Verfahren mit Verfügung vom 25. November 2021 wieder aufgenommen und den Parteien anschliessend das rechtliche Gehör zur Frage des Rechtsschutzinteresses gewährt. Daraufhin trat das Gericht mit Beschluss vom 6. April 2022 auf die Klage nicht ein. Die Beklagte legte dagegen Berufung ein. Mit Urteil vom 6. Dezember 2022 hob das Obergericht den zitierten Beschluss des Mietgerichts auf, bejahte das Rechtsschutzinteresse und wies die Sache zur Durchführung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück. Nachdem die Rechtsmittelfrist unbenützt verstrichen war, wurde das erstinstanzliche Verfahren mit Beschluss vom 7. Februar 2023 fortgesetzt und der Beklagten Frist zu einer uneingeschränkten Stellungnahme zur Klage angesetzt. Mit Eingabe vom 8. Februar 2023 informierte die Klägerin das Gericht über einen Anwaltswechsel. Die Stellungnahme der Beklagten ging innert erstreckter Frist mit Datum vom 17. März 2023 ein. Mit Verfügung vom 21. März 2023 wurde die Stellungnahme der Klägerin zugestellt und die Hauptverhandlung angesetzt, welche schliesslich auf den 15. Juni 2023 – gleichzeitig wie im (weiteren) Parallelprozess MJ230012-L – terminiert werden konnte. Nach deren Durchführung erweist sich der Prozess als spruchreif.

## **E. 2**

### Parteistandpunkte

#### **E. 2.1**

Zwischen den Parteien ist strittig, ob die mit Schreiben vom 21. August 2020 mitgeteilte einseitige Mietvertragsänderung rechtsgültig ist. Die Vorinstanz erwog dazu zusammengefasst, im Mietrecht werde die Kündigungsfreiheit einzig durch den Grundsatz von Treu und Glauben eingeschränkt (Art. 271 Abs. 1 OR). Gemäss Art. 271a OR dürfe eine Kündigung insbesondere nicht dazu dienen, eine einseitige Vertragsänderung oder Mietzinsanpassung durchzusetzen (lit. b). Bei der Beurteilung einer Kündigung sei von positiven Loyalitätskriterien (Art. 2 Abs. 1 ZGB) sowie vom Sozialschutzgedanken auszugehen und weniger vom Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Beim Kündigungsschutz im engeren Sinn genüge nur ein erhebliches Interessengefälle zum Nachteil des Mieters für eine Aufhebung der Kündigung.

#### **E. 2.2**

Weiter führte die Vorinstanz aus, allgemeine Mietbedingungen könnten auf dem Weg der einseitigen Vertragsänderung zum Inhalt eines Mietvertrages gemacht werden. Die VGV stehe zwar in einem öffentlich-rechtlichen Kontext. Durch ihre beabsichtigte Integration in

den Mietvertrag der Berufungsbeklagten erhalte die Verordnung indessen auch einen privatrechtlichen Charakter. Art. 269d Abs. 3 OR dürfe nicht dazu verwendet werden, um dem Mieter wesentliche Teile der Sache oder seines Gebrauchsrechts zu entziehen. Anders als beim Kündigungsschutz stehe dem Mieter kein Instrument zur Verfügung, das mit der Erstreckung des Mietverhältnisses vergleichbar wäre. Der Mieter könne daher nicht die Wirksamkeit der Vertragsänderung hinauszögern, wenn er durch den Entzug essentieller Teile der Sache oder des Gebrauchsrechts von einer übermässigen Härte betroffen wäre.

### **E. 2.3**

Die Parteien könnten im Einzelnen frei regeln, welche Wohnbedürfnisse genau erfüllt werden sollen, namentlich auch, wie weit die Privatsphäre der Mie-

- 86 - tenden reichen solle. Es sei möglich, die Zahl der Benützenten vertraglich festzulegen, unter Vorbehalt des zwingenden Rechts auf Untervermietung (Art. 262 Abs. 2 OR) und auf Beherbergung von Familienangehörigen sowie auf die Aufnahme von Gästen. Wenn der Umfang der vertraglich vermittelten Privatsphäre einmal durch die Parteien festgelegt sei, dann habe dies auch einen objektiv wesentlichen Charakter: Wenn nun aber der Mieter bestimme, ob er Untermieter, Familienangehörige oder Gäste aufnehmen wolle, dann könne der Vermieter ihm eine solche Verpflichtung nicht gültig mithilfe von Art. 269d Abs. 3 OR auferlegen. Eine solche Vertragsänderung liefe auf eine verpönte Teilkündigung hinaus. Der Vermieter müsste vielmehr das ganze Mietverhältnis kündigen, was sich aber kaum mit Art. 271 f. OR vereinbaren liesse. Es sei widersprüchlich, einen Wohnungsmietvertrag zu kündigen, nur weil der Vermieterin der Zweck nicht mehr gefalle, für welchen der Vertrag ursprünglich eingegangen worden sei. Die VGV sehe im Falle einer Unterbelegung als einzige Sanktion eine Kündigung des Mietvertrages vor. Demgegenüber begründe die VGV keine direkt erzwingbare Pflicht zu einem Umzug oder zur Aufnahme weiterer Personen ins Mietobjekt. Eine direkte Durchsetzung der Belegungsvorschriften komme schon deshalb nicht infrage, weil ein solcher Schritt eine verpönte Teilkündigung bilde, die nicht mit einer Vertragsänderung nach Art. 269d Abs. 3 OR gültig bewirkt werden könne.

### **E. 2.4**

Die Berufungsklägerin habe der Berufungsbeklagten den jetzt geltenden Mietvertrag angeboten, nachdem ihr Ehemann als ursprünglicher Mitmieter verstorben sei. Eine Kündigung infolge veränderter familiärer Verhältnisse sei mit Art. 271a Abs. 1 lit. f OR nicht zu vereinbaren. Es sei zwar nachvollziehbar, dass die Berufungsklägerin ihre Liegenschaften möglichst gemeinverträglich nutzen wolle. Indessen dürfe sie sich dabei nicht über die bundesrechtlichen Vorgaben hinwegsetzen.

### **E. 2.5**

Die Mietvertragsänderung sei auch aus weiteren Gründen missbräuchlich: So nehme sich die Berufungsklägerin das Recht heraus, über ihr Mietreglement wesentliche Fragen der Umsetzung der VGV dem Stadtrat zu überlassen, der

- 87 - diese Regeln auch fast nach Belieben ändern könne. Damit verletze die Berufungsklägerin nicht nur Art. 269d Abs. 3 OR, sondern grundlegende Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit. Es sei zudem geradezu willkürlich, bei der Kündigung einer Wohnung auf das steuerbare Einkommen abzustellen. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von selbständigerwerbenden Personen schlage sich nur sehr begrenzt im steuerbaren

Einkommen nieder. Den Vermieter gehe es nichts an, ob der Mieter die Sache persönlich benütze oder nicht. In diesem Sinne verfolgten Mietverträge für gewöhnlich auch keine fiskalischen oder volkswirtschaftlichen Zwecke, wie eine Förderung des lokalen Gewerbes. Indem die Berufungsklägerin eine Wohnsitzpflicht einführen wolle, verstosse sie gegen die Niederlassungsfreiheit von Art. 24 BV. Der Staat sei auch bei seinem privatrechtlichen Handeln an die Grundrechte gebunden. Mit der Einführung einer Wohnsitzpflicht gestalte die Berufungsklägerin das Vertragsgefüge in grundlegender Weise um. Dies verstosse gegen das Verbot der Teilkündigungen.

## **E. 2.6**

Art. 4 Abs. 5 aDSG (bzw. Art. 6 Abs. 6 DSG) bestimme ausdrücklich, dass eine für die Datenbearbeitung erforderliche Einwilligung der betroffenen Person erst gültig sei, wenn sie im Einzelfall, nach angemessener Information und vor allem freiwillig erfolge. Bei einer angefochtenen einseitigen Vertragsänderung könne von Freiwilligkeit indessen keine Rede sein. Die Vertragsänderung erweise sich in diesem Punkt als offensichtlich nichtig. Die von der Berufungsklägerin beabsichtigte eigenmächtige Datenbeschaffung über eine Änderungsmitteilung im Sinne von Art. 269d Abs. 3 OR sei unzulässig. Schliesslich modifizierten die weitreichenden Einschränkungen des Gebrauchsrechts das Gleichgewicht der vertraglichen Leistungen stark zu Gunsten der Berufungsklägerin. Da mit diesen Änderungen keine Mietzinsanpassungen einhergingen, seien erstere auch deshalb missbräuchlich. 3.

## **E. 3**

OR, welchen beide Instanzen bislang nur im Sinne einer Vorfrage bei der Prüfung des Rechtsschutzinteresses getätigt haben. Damit hat diesbezüglich eine umfassende Würdigung zu erfolgen. Auf kantonaler Ebene entschieden ist dagegen die Frage des Rechtsschutzinteresses, welche von der Zweitinstanz in verbindlicher Weise bejaht wurde (vgl. Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO und dazu BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 318 N 4 f.; DIKE-Komm. ZPO-STEININGER, Art. 318 N 9 f.; REETZ/HILBER in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Art. 318 N 33 f. und N 40 f.). Dazu hat das Obergericht festgehalten, bei der Änderungsmitteilung vom 21. August 2020 könne «von einer blossen Absichtserklärung der Vermieterin keine Rede sein». Zwar hat es dabei fälschlicherweise ausgeführt, auch die Klägerin sei von einer verbindlichen Vertragsänderung ausgegangen (a.a.O.; vgl. demgegenüber die Eingabe der Klägerin vom 14. Dezember 2021, ...). Der Tenor der Zweitinstanz ist dennoch klar, so dass über diese Frage nicht mehr entschieden zu werden braucht: Das Obergericht begründete das bestehende Rechtsschutzinteresse gerade damit, dass die Mitteilung vom 21. August 2020 mehr sei als eine blosser Absichtserklärung, wie dies letztlich auch die Beklagte sieht. Das Obergericht hat dies bei seiner Zusammenfassung explizit festgehalten und das Rechtsschutzinteresse der Klägerin nur für die Eventualbegehren gemäss Eingabe vom 14. Dezember 2021 bejaht. Was den Antrag der Beklagten betrifft, das Feststellungsbegehren gemäss Ziff. 1 der klägerischen Eingabe vom 14. Dezember 2021 abzuweisen, ist darauf daher nicht einzutreten. Ein vernünftiger Zweck eines solchen Vorgehens ist nicht ersichtlich, ganz abgesehen davon, dass die Beklagte am genannten Begehren anlässlich der Hauptverhandlung nicht festgehalten hat.

## **E. 3.1**

Die Berufungsklägerin hält dem entgegen, dank der einseitigen Vertragsänderung (Art. 269d Abs. 3 OR) könne eine Änderungskündigung vermieden werden. Da weder Art. 269d OR noch Art. 270b Abs. 2 OR einen Massstab für die Missbräuchlichkeit setze, sei gemäss Bundesgericht auf das allgemeine

- 88 - Missbrauchsverbot von Art. 2 ZGB abzustellen. Es genüge daher, wenn der Vermieter für die beabsichtigte Vertragsänderung einen «plausiblen Grund» geltend machen könne. Nicht massgebend sei die Zumutbarkeit der Vertragsänderung für den Mieter im konkreten Fall. Es treffe nicht zu, dass die Vermieterin ihrem Mieter jeweils vertraglich eine Privatsphäre zusichere. Ginge man so weit, würde dies das ganze System des Missbrauchsschutzes aus den Angeln heben. Weder definiere der Mietvertrag noch sichere er der Mieterin eine irgendwie geartete Privatsphäre zu. Die Berufungsbeklagte könne sich mit anderen Worten nicht auf ein zugesichertes Recht berufen, dass ihr die Wohnung trotz Unterbelegung zur Verfügung stehe, solange sie dies wünsche. Würde man dieser Auffassung folgen, könnte sich die Mietpartei gewissermassen auf ein ewiges Nutzungsrecht berufen. Dies würde die verfassungsmässig geschützten Eigentumsrechte (Art. 26 BV) der Vermieterin verletzen.

### **E. 3.2**

Entgegen der Vorinstanz bilde die Einführung von Belegungsvorschriften keine unzulässige Teilkündigung. Im Falle einer Unterbelegung erfolge nicht automatisch eine Kündigung. Stattdessen unterbreite die Berufungsklägerin der Mieterin nach Möglichkeit zwei zumutbare Ersatzobjekte. Erst wenn die Berufungsbeklagte diese Ersatzobjekte ablehne, erfolge die Kündigung. Dieses schrittweise Vorgehen vertrage sich sehr wohl mit dem Grundsatz von Treu und Glauben. Auch wenn im Kündigungszeitpunkt noch kein konkreter Mietnachfolger mit Namen bekannt sei, könne von einer verpönten Kündigung auf Vorrat gleichwohl keine Rede sein.

### **E. 3.3**

Eine Kündigung, die wegen Unterbelegung des 6-Zimmer-Einfamilienhauses ausgesprochen werde, habe ihren Grund nicht in einer geänderten familiären Situation. Diese habe nämlich im Zeitpunkt der Änderungsanzeige bereits rund vier Jahre zurückgelegen. Einziges Motiv für eine allfällige Kündigung wäre die Unterbelegung. Dieses Motiv sei indessen legitim. Es bestehe ein nachvollziehbares Interesse, dass grosse Wohnungen oder Häuser auch einer entsprechenden Anzahl Nutzern zur Verfügung stünden. Auch das Bundesgericht habe dieses Motiv als legitim bezeichnet. So habe es einem Vermieter erlaubt, seine 5,5-Zimmerwohnung an eine Familie anstatt an eine Einzelperson zu vermieten. Der

- 89 - Vermieter habe in jenem Verfahren keine konkrete Familie als Mietnachfolgerin bestimmt gehabt.

### **E. 3.4**

Die Vorinstanz übersehe zudem, dass die Berufungsklägerin nur dann Massnahmen ergreife, wenn 15 % der Wohnungen das angemessene Verhältnis zwischen Einkommen und Mietzins verletzen. Sobald dies der Fall sei, würden nur die nötige Anzahl Mietverhältnisse angegangen. Dabei beginne die Berufungsklägerin mit den höchsten Einkommen. Soweit das massgebliche Haushaltseinkommen unter Fr. 230'000.– liege, unterbreite die Berufungsklägerin den Mietern Ersatzwohnungen. Die Kündigung bilde

folglich bloss eine ultima ratio.

### **E. 3.5**

Es entspreche einem legitimen Interesse der Berufungsklägerin, ihre günstigen Wohnungen an solche Mieter abzugeben, die finanziell darauf angewiesen seien. Entgegen der Vorinstanz sei es keineswegs willkürlich, bei dieser Entscheidung auf die Steuerdaten abzustellen. Die Steuern würden in einem geregelten Verfahren erhoben, wobei Falschdeklarationen strafrechtlich geahndet würden. Eine zuverlässigere Quelle für die Beurteilung von Einkommen und Vermögen der Mieter sei nicht ersichtlich und werde auch nicht von der Vorinstanz genannt. Die Berufungsklägerin schränke die Niederlassungsfreiheit der Berufungsbeklagten nicht ein. Art. 24 BV verschaffe einer Partei keinen Grundrechtsanspruch, in einem bestimmten Quartier oder gar an einer bestimmten Strasse in der Stadt Zürich wohnen zu können.

### **E. 3.6**

Die neuen Pflichten zur Auskunftserteilung über den Zivilstand, die Personenzahl, den Wohnsitz sowie die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Mieterinnen und Mieter zählten zu den allgemeinen Daten im Sinne von § 3 Abs. 3 IDG. Sie seien keine besonderen Personendaten im Sinne von § 3 Abs. 4 IDG. Wenn die Ermächtigung zur Datenbearbeitung im Rahmen einer vertraglichen Absprache erteilt werden könne, dann müsse dies auch auf dem Weg einer einseitigen Vertragsänderung möglich sein. Es wäre widersinnig, wenn die Berufungsklägerin zuerst das Mietverhältnis mit der Berufungsbeklagten kündigen müsste, um anschliessend mit dem Mietnachfolger die Pflichten zur Auskunftserteilung neu vertraglich zu vereinbaren. Der Datenschutzbeauftragte habe die vorgesehene Regelung betreffend Meldepflichten, Kontrollen und Einholung der für

- 90 - den Vollzug der VGV erforderlichen Daten als datenschutzkonform beurteilt. Die Mitteilung der Vertragsänderung mittels eines amtlichen Formulars stelle die Bekanntgabe zu einer Datenbearbeitung dar. Insoweit sei die Vertragsänderungsanzeige als Information im Sinne von § 12 IDG zu qualifizieren. Eine Einwilligung für die Datenbearbeitung sei vorliegend nicht erforderlich. Gemäss Art. 8 Abs. 1 VGV dürfe die Berufungsklägerin die fraglichen Personendaten nur zur Kontrolle der Vermietungsvorschriften verwenden. Es könne daher keine Rede von einer widerrechtlichen oder gar missbräuchlichen Datenverwendung sein. Gemäss Art. 13 Abs. 2 BV habe jede Person Anspruch auf Schutz ihrer persönlichen Daten vor Missbrauch. Dieses Grundrecht dürfe indessen nach Massgabe von Art. 36 BV eingeschränkt werden. Art. 8 Abs. 3 VGV bilde eine hinreichend bestimmte generell-abstrakte Norm für die Beschaffung allgemeiner Personendaten durch die Berufungsklägerin. 4.

Am 10. Januar 2018 erliess der Gemeinderat der Stadt Zürich die Verordnung über die Grundsätze der Vermietung von städtischen Wohnungen (VGV). Der Stadtrat setzte diesen Erlass auf den 1. Januar 2019 in Kraft. Die Berufungsklägerin versteht die VGV nicht als kommunales materielles Privatrecht, das direkt alle bestehenden Mietverträge regelt. Vielmehr möchte sie den Inhalt der VGV indirekt über einseitige Mietvertragsänderungen in die bestehenden einzelnen städtischen Mietverträge überführen. Die Berufungsklägerin misst der VGV folglich keine generell-abstrakte Wirkung bei. Entsprechend ist die VGV nicht im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 122 Abs. 1 BV, Art. 5 Abs. 1 ZGB und Art. 6 Abs. 1 ZGB hin zu überprüfen (vgl. zur inzidenten oder

konkreten Normenkontrolle BGer, 2C\_636/2020 vom 29. Dezember 2021, E. 2; BGer, 2C\_425/2014 vom 18. Juli 2015, E. 2.3.2). Vielmehr können sich die nachfolgenden Erwägungen auf die Frage beschränken, ob die Berufungsklägerin den Inhalt der VGV gegen den Willen der Berufungsbeklagten zu einem verbindlichen Bestandteil ihres Mietvertrages erheben konnte.

- 91 - 5.

## **E. 4**

Materielle Behandlung der Klage

### **E. 4.1**

Einseitige Vertragsänderung

#### **E. 4.1.1**

Grundlagen Nach Art. 269d OR kann der Vermieter den Mietzins jederzeit auf den nächstmöglichen Kündigungstermin erhöhen. Er muss dem Mieter die Erhöhung mindestens zehn Tage vor Beginn der Kündigungsfrist auf einem vom Kanton genehmigten

- 34 - Formular mitteilen und begründen (Abs. 1). Die Erhöhung ist nichtig, wenn sie nicht mit dem vorgeschriebenen Formular mitgeteilt, nicht begründet oder wenn mit der Mitteilung die Kündigung angedroht oder ausgesprochen wird (Abs. 2). Die Absätze 1 und 2 dieser Bestimmung gelten auch, wenn der Vermieter beabsichtigt, sonstwie den Mietvertrag einseitig zu Lasten des Mieters zu ändern, namentlich seine bisherigen Leistungen zu vermindern oder neue Nebenkosten einzuführen (Abs. 3). Klar ist, dass Art. 269d Abs. 3 OR zugunsten des Mieters zwingendes Recht bildet (s. z.B. ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 269d OR N 6), im Kontext der Missbrauchsgesetzgebung steht und daher die Überprüfung des durch die Änderung geschaffenen Austauschverhältnisses der Leistungen unter dem Aspekt der Missbräuchlichkeit ermöglicht. Lehre und Rechtsprechung stimmen aber auch darin überein, dass das Gesetz die Kriterien für die Zulässigkeit einer einseitigen Vertragsänderung nicht nennt, insbesondere soweit eine Änderung nicht mietzinsrelevant ist (statt vieler BGE 125 III 231 E. 2b). Nach Art. 1 Abs. 1 ZGB findet das Gesetz auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Soweit dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden kann, entscheidet das Gericht gestützt auf Abs. 2 und 3 der genannten Norm nach – hier nicht vorhandenem – Gewohnheitsrecht und formuliert ansonsten eine Regel, die es als Gesetzgeber aufstellen würde. Dabei hat es «bewährter Lehre und Überlieferung» zu folgen, mithin der Literatur und der Rechtsprechung, soweit sich diese als überzeugend erweisen. Nachfolgend soll daher zunächst die Lehre zum Thema dargestellt werden, anschliessend die Rechtsprechung.

#### **E. 4.1.2**

Lehrmeinungen In der Lehre wird den einseitigen Vertragsänderungen nach Art. 269d Abs. 3 OR fast durchs Band eine beschränkte Bedeutung zuerkannt. B. ROHRER kritisiert sie als Verstoß gegen das Konsensualprinzip nach den allgemeinen Regeln für Vertragsänderungen und beruft sich auf ein nicht in der amtlichen Sammlung publiziertes Bundesgerichtsurteil vom 28. März 1995 (MRA 5/95, S. 256 ff., E. 2b). Sie zuzulassen rechtfertige sich einzig vor dem Hintergrund der

- 35 - Änderungskündigung, die nach dem klassischen System die einzige Alternative zur konsensualen Änderung bilde, dem Vermieter jedoch als Folge von Art. 271a Abs. 1 lit. b OR untersagt sei (SVIT-Komm. ROHRER B., 4. A., Zürich 2018, Art. 269d N 66). Unzulässig sei vor diesem Hintergrund der Entzug wesentlicher Befugnisse oder Benutzungsrechte innerhalb eines einheitlichen Mietvertrages. Von solchen sei auszugehen, wenn solche Befugnisse für den Entschluss des Mieters zum Vertragsabschluss entscheidend gewesen seien wie etwa beim Entzug wesentlicher Flächenanteile wie eines Zimmers einer Wohnung oder einer Archivfläche bei einem Büro. Hier bleibe dem Vermieter nichts anderes übrig, als das gesamte Mietverhältnis zu kündigen (a.a.O., N 68). Zulässig seien auf der anderen Seite etwa der Entzug allgemein zugänglicher Flächen wie einer Waschküche, eines Kellers, Estrichabteils oder Garagenplatzes (a.a.O., N 69). Ein Missbrauch könne sich ergeben aus dem Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, wobei erhebliche Schmälerungen zu einer Reduktion des Nettomietzinses führen müssten, soweit die Beschränkung nicht auf ein Fehlverhalten des Mieters zurückzuführen sei. Unzulässig sei die Einführung neuer Allgemeiner Vertragsbedingungen, die nicht mit dem zwingenden Gesetzesrecht übereinstimmten (a.a.O. N 76). Wie bei einer Mietzinserhöhung bestehe eine Begründungspflicht. Die Begründung müsse zum Ausdruck bringen, warum die Anpassung nicht missbräuchlich sei, auch wenn sie sich nicht unbedingt an die Mietzinsgestaltungskriterien anlehnen brauche. Zu begründen seien namentlich die Auswirkungen der anderen einseitigen Vertragsänderung auf die Leistungspflichten des Mieters, also die allfällige Kompensation zur Erhaltung des Leistungsgleichgewichtes innerhalb des Vertragsgefüges (a.a.O., N 75). Ähnlich äussern sich HIGI, WILDISEN und BÜHLMANN, die im Grunde nach wie vor der Auffassung sind, die beispielhafte Aufzählung in Art. 269d Abs. 3 OR stecke vor dem Hintergrund des Konsensprinzips auch mehr oder weniger den Rahmen ab für die vom Gesetz zugelassenen einseitige Anpassungen. Abzulehnen seien an sich nicht nur Verstösse gegen zwingendes Recht, sondern entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung alle nicht mietzins- oder nebenkostenrelevanten Änderungen. Art. 269d Abs. 3 OR stehe zwar in Zusammenhang mit dem Verbot von Änderungskündigungen nach Art. 271a Abs. 1 lit. b OR. Diese Bestimmung

- 36 - erfasse indessen letztlich jede Pression zur inhaltlichen Änderung des Vertragsregimes durch den Vermieter zulasten des Mieters, weil dieser als sozial schwächerer Vertragspartner u.U. kaum ausreichend in der Lage sei, an den Bindungswirkungen des Vertrages festzuhalten. Aus Art. 271a Abs. 1 lit. b OR auf den Gehalt von Art. 269d Abs. 3 OR zu schliessen heisse auch, den weiter gehenden Schutzgedanken der ersten Bestimmung sowie das Prinzip der Unveränderbarkeit der Vertragsbeziehungen zu verkennen. Dieser Auffassung seien das Bundesgericht und die Mehrzahl der Autoren allerdings nicht gefolgt (ZK-HIGI/WILDISEN, vor Art. 269-270e OR N 155 f.). Materiell genüge daher nach der Rechtsprechung die Beachtung des Leistungsgleichgewichts gemäss Art. 269a lit. b und 269 OR und des allgemeinen Missbrauchsrechts nach Art. 2 ZGB. Erforderlich sei ein plausibler bzw. räsonabler Grund für die Vertragsänderung wie etwa der Anstieg von Leistungsabgeltungen des Gemeinwesens oder die Neuorganisation auf Vermieterseite, namentlich der Wunsch nach Vereinfachungen z.B. bei Kabelfernsehanschlüssen oder beim Gartenunterhalt. Anlass könnten auch die Wünsche anderer Mieter sein, die sich der Vermieter zu eigen mache, wie z.B. das Anliegen, die Treppenhausreinigung nicht mehr selber besorgen zu müssen (ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 269d N 173 und 175). Soweit WEBER [zu dessen Thesen ganz am Schluss der

Darstellung der Lehrmeinungen, Anm. d. Ger.] an die Zumutbarkeit der Änderung anknüpfen wolle, finde das keine Stütze im materiellen Missbrauchsrecht. Richtig an dieser Ansicht sei aber wohl, dass ein Missbrauch unzumutbar sei. Daraus folge aber nicht zwingend die Richtigkeit des Umkehrschlusses. Die a.A. knüpfe im Übrigen vor allem an die Unzumutbarkeit von Teilkündigungen an; solche seien aber nicht unzumutbar, sondern ungültig (DIES., Art. 269d OR N 175). Generell seien Vertragsänderungsmitteilungen, die unter das Rechtsmissbrauchsverbot fielen, per se nichtig. Eine Anfechtung nach Art. 270b OR entfalle daher offensichtlich (a.a.O., N 176). Zur Begründungsobliegenheit bemerken die genannten Autoren, die Begründung könne nach Art. 19 Abs. 1bis VMWG auch in einem Begleitschreiben erfolgen, auf welches das Formular verweise (a.a.O., N 211). Inhaltlich sei darunter die einzelfallbezogene Konkretisierung des dem Vermieter zustehenden Anpassungsrechts zu verstehen, und die Verletzung ziehe die Nichtigkeitsfolge nach sich (a.a.O., N 213 und 215 ff. i.V.m. N 117 ff.).

- 37 - Nach OESCHGER/ZAHRADNIK kompensiert die Regelung in Art. 269d Abs. 3 OR aus Sicht des Vermieters das Verbot der Änderungskündigung und ist weit zu verstehen, denn sonst könnte der Vermieter versucht sein, das gesamte Mietverhältnis zu kündigen statt nur eine Vertragsänderung anzuzeigen, wie dies im Interesse des Mieters liege. Dieser sei dadurch in seinen Rechten nicht beschnitten, sondern könne die Änderung anfechten. Die Einführung neuer Nebenkosten oder die Verminderung bisheriger Leistungen seien nur Beispiele. Erfasst seien auch Anpassungen, die das Austauschverhältnis nur indirekt beeinflussten, wie etwa der Widerruf einer Zustimmung zur Untermiete. Von Art. 269d Abs. 3 OR angesprochen seien alle Änderungen des Austauschverhältnisses der Leistungen. Ob sich eine solche zulasten des Mieters auswirke, bedürfe einer materiellen Prüfung (OESCHGER/ZAHRADNIK, Mietrecht für die Praxis, 10. A., Zürich 2022, S. 498 f.). Als weitere Beispiele nennen die genannten Autoren die Einführung neuer oder Erhöhung bisheriger Nebenkosten, die Änderung der Nebenkostenverteilung, die Einführung oder Erhöhung einer Sicherheitsleistung, die Unterstellung einer Geschäftsmiete unter die Mehrwertsteuer, die Einführung einer Index- oder Staffelungsklausel, die Einführung neuer Kündigungstermine, den Entzug von Nebenräumen wie Keller-, Estrichabteil oder Gartenanteil, die Aufhebung von Hauswarts- oder Gärtnerleistungen, die Einführung neuer AGB, die Änderung der Zahlungsbedingungen beim Mietzins und pauschal den Entzug «eines nicht wesentlichen Teils der Mietsache» (a.a.O., S. 499 ff.). Den Entzug wesentlicher Teile des Mietobjekts subsumieren sie dagegen nicht unter die einseitigen Vertragsänderungen, sondern unter die unzulässigen Teilkündigungen. Als Beispiele nennen sie insbesondere den endgültigen Entzug eines erheblichen Teils der Mietfläche oder eines für den Mieter objektiv oder subjektiv wesentlichen Teils der Wohnung oder des Geschäftsbjektivs. Hier bleibe dem Vermieter keine andere Wahl als eine Kündigung (a.a.O., S. 501 f.). Bezüglich Begründungsobliegenheit wird auf die Erläuterungen zur Mietzinserrhöhung verwiesen und betont, die Begründung müsse präzise sein (a.a.O., S. 502). Die Missbrauchsüberprüfung habe «ausgedehnt» und nach gerichtlichem Ermessen aufgrund einer Interessenabwägung zu erfolgen, soweit sich die Kriterien von Art. 269 und 269a OR nicht eigneten (a.a.O., S. 503 f.). Anschliessend verweisen die genannten Autoren auch auf einen Entscheid des Mietgerichts Zü-

- 38 - rich, der für die Zulässigkeit einer Änderung als solche die Kriterien des Kündigungsschutzes nach Art. 271 f. OR für massgeblich erklärte (a.a.O., S. 503 und Fn. 318; mp 2018, S. 64 = ZMP 2017 Nr. 8), sowie auf WEBERS Zumutbarkeitsüberlegungen [dazu

wie erwähnt ganz am Ende des vorliegenden Abschnitts]. Im Zweifel sei eine Änderung gestützt auf den Grundsatz der Vertragstreue abzulehnen (a.a.O., S. 504). BLUMER äussert sich zum Thema der einseitigen Vertragsänderung nur im Kontext der Kündigung und erläutert, eine Teilkündigung sei nur in ganz seltenen Ausnahmefällen denkbar, wenn das Mietverhältnis mehrere Sachen beschlage, für die separate, aber zusammenhängende Mietverträge bestünden, oder wenn die Parteien hierüber eine besondere Abrede getroffen hätten. Eine Form von Teilkündigung könne im Recht des Vermieters gesehen werden, in engen Grenzen eine einseitige Vertragsänderung nach Art. 269d Abs. 3 OR und 270b Abs. 2 OR durchzusetzen, etwa indem er die Nutzung von nicht wesentlichen Teilen des Mietobjekts wie eines Estrichs oder Kellerabteils beschränke. Im Übrigen bilde das Mietverhältnis ein unveränderliches Ganzes, welches nicht durch eine Teilkündigung einseitig modifiziert werden könne (BLUMER, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/3, Gebrauchsüberlassungsverträge (Miete/Pacht), Basel 2012, S. 240, Rz. 793 f.). ZIHLMANN weist auf die rudimentäre gesetzliche Regelung der anderen einseitigen Vertragsänderung hin, welche nur die Formular- und Begründungspflicht zum Gegenstand habe. Materielles Beurteilungskriterium seien die Art. 269 und 269a OR, soweit die Vertragsänderung wirtschaftlich wie eine Mietzinserhöhung wirke, was zutrefte für den Fall, dass der Mieter einen Nebenraum wie einen Keller- oder Estrichraum oder eine Mansarde abzugeben habe oder dass neue Nebenkosten eingeführt werden sollten. Im Falle eines Eingriffs in die Benützbarkeit des Mietobjekts in Form einer Verkleinerung oder einer Benützungsbeschränkung sei unabhängig von der Frage der Angemessenheit des Mietzinses auch jene der Zumutbarkeit i.S.v. Art. 260 OR zu prüfen. Bei anderen Schmälerungen der Rechtsstellung des Mieters wie z.B. der Herabsetzung einer festen dreijährigen Mietdauer auf ein Jahr oder einer Beschränkung der Kündigungsmöglichkeit werde es nicht möglich sein, sie nach den Kriterien des zulässigen Mietzinses zu beurteilen. Hier

- 39 - werde grundsätzlich davon auszugehen sein, dass die Änderung, falls sie nicht gegen zwingendes Recht verstosse, zulässig sei, soweit dem nicht Art. 2 oder 27 f. ZGB Schranken setzten. Wegen der Vielzahl der zwingenden Bestimmungen im Mietrecht sei es möglich, dass durch nachträgliche Vertragsänderungen entstehende Gesetzesverstösse auf dem Weg über die Anfechtung im Sinne von Art. 270b OR einer richterlichen Beurteilung unterzogen würden, obwohl genau genommen nicht Fälle der Anfechtbarkeit, sondern infolge Verstosses gegen zwingendes Recht solche der Nichtigkeit vorliegen würden (ZIHLMANN, Das Mietrecht, 2. A., Zürich 1995, S. 142 f.). MARCHAND zählt zunächst als Anwendungsfälle von Art. 269d Abs. 3 OR neben den im Gesetz genannten die Anpassung der Zahlungstermine, eine Neuverteilung der Nebenkosten, die Veränderung der Vertragsdauer oder der Kündigungsbestimmungen und den Widerruf einer Zustimmung zur Untermiete auf und verweist dann auf die Ansicht des Bundesgerichts in BGE 125 III 231, dass jede Änderung der Austauschbeziehung zwischen Vermieter und Mieter als Anpassung im Sinne der zitierten Bestimmung zu erachten sei. Eine neutrale Modifikation, welche nicht «spécialement dans l'intérêt du bailleur ni au détriment du locataire» liege, falle im Prinzip nicht unter die Norm. Es müsse aber von einer starken Vermutung ausgegangen werden, dass de facto eine Begünstigung des Vermieters und Benachteiligung des Mieters vorliege, so dass Art. 269d OR im Zweifel Anwendung finde, zumal das Anfechtungsverfahren es just erlaube herauszufinden, ob dem so sei (CPra Bail-MARCHAND, 2. A., Basel 2017, Art. 269d CO N 11 ff.). Nehme der Vermieter einseitig einen objektiv wesentlichen Teil der gemieteten Sache zurück, liege keine

Vertragsänderung zuungunsten des Mieters vor; vielmehr sei eine Kündigung unumgänglich, die den entsprechenden Formerfordernissen und Anfechtungsmöglichkeiten unterliege. Der Entzug einer Nebensache (objet accessoire), z.B. eines gestützt auf einen separaten Vertrag hinzugemieteten Parkplatzes i.S.v. Art. 253a OR, könne als Vertragsanpassung gesehen werden, die Art. 269d Abs. 3 OR unterliege. Das Bundesgericht lasse hier aber auch eine Kündigung betreffend Nebensache unabhängig vom Vertrag über die Hauptsache zu (a.a.O., N 13 und 15). Bei Änderungen an der Sache durch den Vermieter nach Art. 260 OR kämen die Regeln von Art. 269d Abs. 3 OR zur Anwendung, wenn die baulichen

- 40 - Massnahmen zum dauerhaften Entzug eines nicht wesentlichen Teils der Sache führten. Bei einem wesentlichen Teil sei dagegen eine Kündigung erforderlich (a.a.O. N 14). Zur Begründungsobliegenheit führt der zit. Autor aus, ein Begleitschreiben genüge grundsätzlich und es sei nach Vertrauensprinzip zu entscheiden, was der Mieter unter den angegebenen Gründen aufgrund der gesamten Umstände habe verstehen können. Ein übertriebener Formalismus sei abzulehnen (a.a.O., N 23, 25 und 37). Im gleichen Werk äussert sich auch AUBERT zum Thema, und zwar im Kontext der baulichen Veränderungen durch den Vermieter nach Art. 260 OR: Hätten diese eine untergeordnete Schmälerung der Mietsache oder des Gebrauchsrechts zur Folge, sei eine Mitteilung nach Art. 269d Abs. 3 OR erforderlich. Solle dem Mieter hingegen ein essentieller Teil der Sache oder der Gebrauchsbefugnis entzogen werden, bleibe dem Vermieter wegen des Verbots von Teilkündigungen nur die Kündigung des gesamten Vertrages, gegen welche der Mieter nach Art. 271 f. OR vorgehen könne (CPra Bail-AUBERT, Art. 260 N 11 und 18 ff.). VISCHER bezeichnet Art. 269d Abs. 3 OR in seiner Besprechung zum Bundesgerichtsurteil 4A\_74/2021 vom 30. April 2021 als «seltsames Tier im Zoo des Obligationenrechts». Die Bestimmung stelle ein einseitiges Vertragsänderungsrecht des Vermieters dar, obwohl dieser allgemein als stärkere und weniger schutzwürdige Partei im Mietvertragsrecht angesehen werde (AJP 2021, S. 1044 ff., 1045 f.). Daher sei es nicht verwunderlich, dass sich die Lehre mit der Auslegung vor dem Hintergrund des Konsensprinzips gemäss Allgemeinem Teil des Obligationenrechts schwer tue. Die Norm mildere allerdings den mit dem Ausschluss des Änderungskündigungsrechts verbundenen schweren Eingriff in die Vertragsfreiheit des Vermieters etwas ab. Sie erfasse nur einseitige Änderungen zulasten des Mieters, ob sich die betroffene Klausel nun im Vertrag selber, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder in einer Hausordnung finde. Die Änderung zulasten des Mieters sei Tatbestandsmerkmal. Ob dies der Fall sei, sei daher entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht erst im Rahmen der Missbrauchsprüfung relevant (a.a.O., S. 1043 u.). Was als Änderung zulasten des Mieters zu betrachten sei, sei offen und im Einzelfall auch schwierig zu klären. Dabei sei eine

- 41 - Gegenüberstellung und Bewertung der Änderungen notwendig und auch eine allfällige Kompensation etwa durch eine Mietzinsreduktion zu berücksichtigen. Ergebe sich unter dem Strich eine Verschlechterung, greife Art. 269d Abs. 3 OR. Die im Gesetz erwähnte Einführung neuer Nebenkosten oder die Verminderung der bisherigen Leistungen seien daher nur Beispiele. Der Begriff der Änderung sei weit auszulegen. Keine Rolle spiele, ob ein Teil des Mietgegenstandes mit ausschliesslichem Benutzungsrecht des Mieters betroffen sei, etwa ein ausschliesslich dem Mieter dienender Gartenteil zur Anlegung eines Gemüsebeets oder ein Parkplatz unter einem Vordach, oder ob die Änderung allgemein benutzte Einrichtungen beschlage wie ein Garten, Vorplatz,

Treppenhaus, eine Waschküche oder ein Trockenraum. Ebenso irrelevant sei, ob die Änderung geringfügig sei oder einen Punkt betreffe, der für den Vertragsschluss wesentlich gewesen sei (a.a.O., S. 1047). Wie die Missbrauchsprüfung zu erfolgen habe, sage das Gesetz nicht. Das Bundesgericht verweise auf das Missbrauchsverbot nach Art. 2 ZGB. Zu präzisieren sei, dass die Missbrauchsprüfung nur nach Art. 2 Abs. 2 ZGB zu erfolgen habe, nicht nach Abs. 1. Das Gericht habe regelbildend vorzugehen i.S. von Art. 1 Abs. 2 und Art. 4 ZGB. Dabei spiele eine Rolle, wie schwer die Änderung sei bzw. wie schwer sie den Mieter treffe und ob dieser den Grund für die Anpassung gesetzt habe, etwa durch eine Pflichtverletzung nach Art. 257f Abs. 3 und 4 OR. Relevant sei auch, ob sich die Verhältnisse seit dem Vertragsschluss verändert hätten, wobei die Veränderung nicht das für die Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* erforderliche Ausmass erreichen müsse. Ein Missbrauch liege auch vor, wenn aus der Änderung ein missbräuchlicher Mietzins nach Art. 269 f. OR resultiere. Zu beachten seien auch die Schranken des zwingenden Rechts. Was die Parteien aufgrund von Art. 2 und 27 ZGB sowie Art. 19 f. OR nicht gültig vereinbaren könnten, sei missbräuchlich, also etwa ein totales Verbot des Musizierens, abgesehen vielleicht von Instrumenten wie Schlagzeug oder Trompete, nicht aber eine vernünftige Einschränkung des Musizierens (a.a.O., S. 1048). Das besprochene Urteil rufe auch in Erinnerung, dass die Vertragsparteien im Mietrecht den Vertragsgegenstand, hier die Mietwohnung und deren Gebrauch, vertraglich frei bestimmen könnten, so dass es keinen vom Parteiwillen unabhängig bestimmten Gebrauch einer Wohnung gebe. Diesen zu bestimmen, sei Sache der Parteien, im Falle einer Änderung nach Art. 269d Abs. 3 OR daher des Vermieters (a.a.O., S. 1049). Bei

- 42 - seinen einleitenden Ausführungen weist der zit. Autor auch auf BGer 4A\_425/2019 vom 11. November 2019 hin, wo das Bundesgericht die Änderungen aufgrund der Einführung eines neuen Vermietungsreglements der Stadt Genf materiell als Änderungskündigung und daher den Art. 271 und 271a OR unterstehend betrachtet habe (a.a.O., S. 1046, Fn. 14) LACHAT/BOHNET zufolge ist der Anwendungskreis von Art. 269d Abs. 3 OR ebenfalls weit zu ziehen, allerdings unter dem Vorbehalt, dass die Modifikation des Vertrages nicht auf eine Teilkündigung hinauslaufen dürfe (CR CO I-LACHAT/BOHNET, 3. A., Basel 2021, Art. 269d N 5a, sowie Art. 260 N 2). Sei dies nicht der Fall, überprüfe das Gericht im Falle einer Anfechtung gestützt auf Art. 269 f. OR das Leistungsgleichgewicht. Wo die Änderung nicht in Geld quantifiziert werden könne, sei nach Billigkeit und unter Abwägung der Interessen sowie Beachtung des Grundsatzes von Treu und Glauben sowie unter Wahrung der im Wesentlichen zwingenden Regelung des Achten Titels des OR zu fragen, ob die Änderung dem Mieter vernünftigerweise auferlegt werden könne (a.a.O., Art. 269d N 5b). Als Beispiele nennen die zit. Autoren neben den im Gesetz erwähnten Fällen den Entzug eines Nebenraums wie eines Kellers, Parkplatzes, Estrichs oder des Mitbenützungsrechts an einem gemeinschaftlichen Raum, die Einführung einer Index- oder Staffelungsklausel beim Mietzins, den Entzug einer Untermietbewilligung, die Änderungsklausel, mit welcher der Vermieter nachträglich versucht, sich die Rechte an der Marke für die von den Mietern im Mietobjekt betriebene Bar anzueignen (mit Verweis auf BGer 4A\_36/2018 vom 1. März 2018), die Einführung oder Erhöhung von Sicherheiten und, unter Bezug auf einen Genfer Entscheid, die Einführung eines neuen Gemeindereglements betreffend Vermietung von Wohnungen mit Sozialcharakter (CdB 2020, S. 138 [Anm. d. Ger.: Dabei handelt es sich um den gleichen Fall, der später zum von VISCHER referenzierten Bundesgerichtsurteil 4A\_425/2019 vom 11. November 2019 führte, wo das Bundesgericht auf eine Beschwerde in Zivilsachen

gegen das von LACHAT/BOHNET angesprochene Urteil der Chambre des baux et loyers de la Cour de justice vom 1. Juli 2019 nicht eintrat, da es dieser mangels einer echten Vertragsänderung oder einer bereits ausgesprochenen Kündigung an einem aktuellen Rechtsschutzinteresse fehlte. Darauf

- 43 - ist zurückzukommen.]). Die Begründung des Vermieters auf dem amtlichen Formular oder in einem Begleitschreiben muss laut LACHAT/BOHNET wie bei den Mietzinserhöhungen so klar sein, dass der Mieter die Tragweite und Rechtfertigung der Änderung leicht verstehen und von seinem Anfechtungsrecht wirksam Gebrauch machen kann. Floskelhafte Angaben («l'usage de motivations 'passe-partout'») genügten nicht, wobei eine Haupt- und Eventualbegründung zu akzeptieren sei (a.a.O., N 10).

LACHAT/GROBET THORENS betrachten die Möglichkeit der einseitigen Vertragsänderung ebenfalls als Korrelat zum Verbot der Änderungskündigung durch den Vermieter (LACHAT/GROBET THORENS, *Le bail à loyer*, Lausanne 2019, S. 707). Art. 269d Abs. 3 OR sei von der Ausnahmebestimmung für den subventionierten Wohnbau (Art. 253b Abs. 3 OR) nicht erfasst und daher auch in diesem Bereich anwendbar, wie Art. 2 Abs. 2 VMWG präzisiere (a.a.O., S. 708). Weder das Gesetz noch die VMWG definierten jedoch die andere einseitige Vertragsänderung. Das Bundesgericht gehe weiter als HIGI und verstehe darunter jede Veränderung der Beziehung zwischen Vermieter und Mieter. Dies dränge sich auch auf, denn sonst schaffe man für den Vermieter einen Anreiz zur Kündigung des Mietvertrages. Der Mieter habe daraus keinen Nachteil, denn er könne die Änderung anfechten. Dass im Gesetz von einer Änderung zu Lasten des Mieters die Rede sei, sei nicht unbedingt als Teil der Definition zu verstehen, sondern als relative Bedingung, die bei der gerichtlichen Beurteilung der Anfechtung zu würdigen sei (a.a.O., S. 709). Es seien drei Kategorien von Änderungen zu unterscheiden: Zunächst könnten dem Mieter Mehrleistungen abverlangt werden wie bei der Einführung oder Erhöhung von Nebenkosten oder Sicherheiten oder aber bei der Einführung einer Index- oder Staffelungsklausel. Sodann könne es um Minderleistungen des Vermieters gehen wie etwa die Beschränkung der Nutzung von Gemeinschafts- oder Nebenräumen oder eines Gartenanteils, die Beendigung von Hauswartungs- oder Gärtnerleistungen oder den Entzug eines nicht essentiellen Teils der Mietsache. Gehe es um einen essentiellen Teil, liege dagegen eine nichtige Teilkündigung vor (a.a.O., S. 710 und Fn. 19). Endlich seien auch nicht in Geld zu schätzende dauerhafte Anpassungen denkbar wie die Änderung der Kündigungsfristen und -ter-

- 44 - mine oder der Vertragsdauer oder die Einführung neuer Allgemeiner Geschäftsbedingungen, der Entzug einer Untermietbewilligung, die Änderung der Zahlungs- termine oder die Aneignung einer Marke des Mieters. Nicht unter die Bestimmung fielen vom Vermieter angestrebte Anpassungen (prétentions), welche für den Mieter Auswirkungen analog einer Kündigung hätten wie beim Entzug eines wesentlichen Teils der Mietfläche oder wichtiger Räume (pièces vitales) der Sache. Hier sei der Vermieter zur Kündigung gezwungen, ebenso bei baulichen Veränderungen nach Art. 260 OR, die eine entsprechende Wirkung hätten (a.a.O., S. 710 ff.). Die Begründung der Änderungen genüge den gesetzlichen Anforderungen nur, wenn sie dem Mieter die Tragweite und Gründe der Änderung klar mache (a.a.O., S. 712 ff.). Beim Prüfungsmassstab verfolgen die genannten Autoren den gleichen Ansatz wie schon LACHAT/BOHNET im *Commentaire Romand* (a.a.O., S. 714 ff.; s.o.), wobei sie mit dem Zitat in Fn. 36 klar machen, dass sie keinen Unterschied sehen zwischen der nach ihnen entscheidenden Frage, ob dem Mieter die

Ände- rung «peut être raisonnablement imposée» einerseits und dem Kriterium der rä- sonablen Gründe bei HIGI sowie demjenigen der Zumutbarkeit bei WEBER andererseits. Zu wahren seien in jedem Fall die zwingenden Gesetzesbestimmungen und der Grundsatz von Treu und Glauben i.S.v. Art. 2 Abs. 1 ZGB. Ein Entzug eines Kellers oder Gartenteils sei etwa zulässig, wenn dies für die Zwecke des Vermieters nötig oder nützlich sei oder wenn dem Mieter ein Ersatz oder eine Mietzinsreduktion angeboten werde. Beim Entzug einer Bewilligung der Unter- miete müsse nachträglich ein Verweigerungsgrund nach Art. 262 Abs. 2 OR auf- getreten sein. Umgekehrt könne etwa die Einführung zusätzlicher Kündigungster- mine nicht als schmerzhaft taxiert werden und sei auch ohne Verwendung des amtlichen Formulars konsensual möglich (a.a.O., S. 714 ff.). Die Änderung sei nichtig, wenn sie den formellen Anforderungen nicht genüge oder wenn sie ein Element des Vertrages betreffe, welches nicht einseitig verändert werden könne, etwa beim Entzug eines wesentlichen Teils des Mietobjekts (a.a.O., S. 716). Nach HULLIGER/HEINRICH ermöglicht Art. 269d Abs. 3 OR dem Vermieter, Vertrags- änderungen anzuzeigen, ohne dass er zu einer verpönten Änderungskündigung schreiten muss. Diesem Zweck entsprechend sei der Begriff weit zu fassen und

- 45 - auf jede Änderung zu beziehen, welche die Gebrauchsrechte des Mieters in ir- gendeiner Weise schmälere, wie etwa beim Entzug der Bewilligung zur Unter- miete, oder durch welche das bisherige Austauschverhältnis der Leistungen ver- ändert werden könne. Die Norm stehe auch für mittelbar mietzinsrelevante Ände- rungen zur Verfügung. Aufgrund des Normzwecks sei im Falle einer Anfechtung des Mieters eine ausgedehnte Missbrauchsüberprüfung vorzunehmen, die sich nicht nur auf einen missbräuchlichen Ertrag beschränken könne, sondern sich bei einem Entzug eines unwesentlichen Teils der Mietsache auch auf Art. 271 ff. OR zu stützen habe. Gehe es nicht um einen teilweisen Entzug der Sache, habe der Vermieter einen plausiblen Grund anzugeben oder ein schützenswertes Interesse darzutun. Bei einer Erhöhung der Sicherheitsleistung müsse er beispielweise dar- legen, dass dies aufgrund einer schleppenden Zahlungsweise oder anderer nach- vollziehbarer Umstände gerechtfertigt sei. Die einseitige Vertragsänderung sei ab- zugrenzen von der Teilkündigung, mithin vom Entzug objektiv oder subjektiv we- sentlicher Teile der Sache wie etwa beim Entzug eines Zimmers einer Vierzimmer- wohnung, beim Entzug von Kundenparkplätzen, auf die ein Geschäftsmieter an- gewiesen sei, oder beim Entzug der Rasenfläche einer Gartenwohnung. Das Bun- desgericht teile diese Auffassung allerdings nur bezüglich objektiv wesentlicher Teile der Sache. Art. 269d Abs. 3 OR beziehe sich damit nur auf den Entzug un- wesentlicher Teile, insbesondere von Nebenräumen, etwa eines Kellerabteils, Ve- loraums oder einer Waschküche. Eine Teilkündigung sei dagegen unwirksam, so dass der Vermieter das Mietverhältnis als Ganzes kündigen müsse und der Mieter die Rechte nach Art. 271 ff. OR wahrnehmen könne (CHK-HULLIGER/HEINRICH, 3. A., Zürich 2016, Art. 269d OR N 8). Gemäss WEBER schliesslich sind einseitige Vertragsänderungen des Vermieters zulasten des Mieters den Regeln für Mietzinserhöhungen unterstellt, um eine Än- derungskündigung zu verhindern (BSK OR I-WEBER, 7. A., Basel 2020, Art. 269d N 10). Ermöglicht werden sollten nach Art. 269d Abs. 3 OR namentlich die Einfüh- rung neuer Nebenkosten und die Verminderung bisheriger Leistungen, die sich wie eine Mietzinserhöhung auswirkten und daher analog zu diesen überprüft wer- den könnten. Ansonsten sei unklar, welche Änderungen materiell zulässig seien.

- 46 - Mittlerweile zu recht aufgegeben worden sei die im SVIT-Kommentar in der 1. Auflage und bei LACHAT/STOLL (Mietrecht für die Praxis) in der 3. Auflage unmittelbar nach der Schaffung des geltenden Mietrechts 1990 noch übereinstimmend vertretene Auffassung, jegliche Leistungsverminderung sei auf dem Wege von Art. 269d Abs. 3 OR voraussetzungslos möglich und nur die Angemessenheit des Mietzinses nach der Änderung sei gerichtlich überprüfbar. HIGI werde oft insoweit missverstanden, als auch er nicht einfach jede Anpassung für möglich halte, sondern seit je her die Auffassung vertreten habe, die Bestimmung sei restriktiv auszulegen und erlaube insbesondere keine Vertragsänderungen, die im Ergebnis auf eine Teilkündigung hinausliefen (a.a.O., N 11). Analog zu Art. 260 OR sei auf die Zumutbarkeit einer Änderung abzustellen; entsprechend seien nur untergeordnete Leistungsschmälerungen möglich. Das Mietverhältnis dürfe nicht gekündigt sein und die Änderung müsse sich auf sachliche Gründe stützen können. Zu fragen sei, ob die Mietsache ohne den entzogenen Teil noch vernünftig genutzt werden könne, wie dies das Bundesgericht in BGE 137 III 123 E. 2.2 und 2.3 explizit entschieden habe (als es um die Frage ging, ob der Vermieter auch den Vertrag über die Hauptsache kündigen kann, wenn der Mieter nur mit dem Mietzins für eine im Sinne von Art. 253a Abs. 2 OR mitvermietete Sache in Zahlungsrückstand gerät). Da Art. 269d Abs. 3 OR an die Stelle des ordentlichen und unteilbaren Kündigungsrechts trete, dürfe eine Änderung nach inzwischen einhelliger Lehre nicht zu einer unzulässigen Teilkündigung führen. Könne der Vermieter auf die Nutzung eines wesentlichen Teils der Sache nicht verzichten, habe er das ganze Mietverhältnis zu kündigen unter Wahrung des Kündigungsschutzes des Mieters (a.a.O., N 11). Bei einer zulässigen Änderung habe der Mieter grundsätzlich Anspruch auf eine angemessene Mietzinssenkung, soweit er nicht für die Leistungsschmälerung verantwortlich sei. Zur Begründungspflicht gelte das Gleiche wie bei Mietzinserhöhungen, wobei es das Bundesgericht mit dem Erfordernis einer klaren Begründung streng nehme (a.a.O., N 12). Bei den allgemeinen Hinweisen zur Begründungspflicht fordert WEBER eine Anwendung mit Augenmass, was etwa Eventualbegründungen angeht (a.a.O., N 3) und wendet sich im Zweifel gegen die bisweilen sehr weit reichende Nichtigkeitsfolge, und zwar durch Auslegung und Berücksichtigung der Kenntnisse der Parteien (a.a.O., N 7b).

- 47 -

### **E. 4.1.3**

Rechtsprechung a) Die höchstrichterliche Rechtsprechung zu den «anderen einseitigen Vertragsänderungen» ist nicht mehr so spärlich wie noch vor wenigen Jahren. In BGE 125 III 231 nahm das Bundesgericht erstmals näher dazu Stellung. Im Kern ging es allerdings dort nicht, zumindest nicht direkt, um die Anwendung der Norm, denn strittig war die Kündigung von Parkplätzen in einer Einstellgarage, die separat vermietet worden waren, wenn auch im Sinne von Art. 253a Abs. 1 OR in Zusammenhang mit Wohnungsmietverträgen. Das Bundesgericht bestätigte die Entscheidung der Vorinstanzen, wonach solche Mietverträge trotz der Erstreckung des Geltungsbereichs der Normen für Wohn- oder Geschäftsräumen auf solche Nebensachen ein eigenständiges rechtliches Schicksal haben können, so dass die Verträge darüber unabhängig von denjenigen über die Hauptsache gekündigt werden könnten. Es stellte dabei einen Bezug zu Art. 269d Abs. 3 OR her und erwog, dem Zusammenhang zwischen Haupt- und Nebensache könne dadurch Rechnung getragen werden, dass im Kündigungsschutzverfahren betr. Nebensache neben der Missbräuchlichkeit der Kündigung im gleichen Verfahren auch überprüft werden

könne, ob das durch die Kündigung resultierende Austauschverhältnis bei den nicht gekündigten übrigen Verträgen zu einem missbräuchlichen Mietzins führe oder nicht (a.a.O., E. 3c). Schon damals wurde festgehalten, dass Art. 269d Abs. 3 OR die Kriterien nicht nennt, nach denen die Zulässigkeit anderer einseitiger Vertragsänderungen zu prüfen seien. In der Literatur würden zu diesen Änderungen der Entzug der Benützungsrechte für allgemein zugängliche Räume wie Waschküche oder Velokeller, aber auch der Entzug der Benützung von individuell gemieteten Nebenräumen wie Estrich- oder Kellerabteil und Garage gerechnet. Als unstatthaft werde dagegen bisweilen der Entzug objektiv wesentlicher Teile des Mietobjekts ohne Kündigung des Vertrages betrachtet, weil die Vertragsänderung nicht zu einer unzumutbaren Teilkündigung führen dürfe und durch Art. 269d Abs. 3 OR eine Änderungskündigung gerade verhindert werden solle (a.a.O., E. 3a, mit Verweis auf BSK OR I-WEBER/ZIHLMANN, 2. A., Basel 1996, Art. 269d N 11; SVIT-Kommentar [damals noch ohne Autorenangabe bez. der kommentierten Bestimmung], 2. A., Zürich 1998, Art. 269d OR N 60). Aus dem gleichen Grund werde weitergehend die Auffassung vertreten, die einseitige Vertragsänderung gemäss Art. 269d - 48 - OR erlaube nicht den Entzug eines Teils des Mietgegenstandes, weil es sich dabei um eine Vertragsanpassung handle, die auf eine unzulässige Teilkündigung hinauslaufe (mit Verweis auf ZK-HIGI, 4. A., Zürich 1998, Art. 269d OR N 60 und DERS., 4. A., Zürich 1995, N 96 vor Art. 266-266o OR). Art. 269d OR gehöre indes in systematischer Hinsicht zum Abschnitt über den «Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen und andern missbräuchlichen Forderungen des Vermieters bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen» (Art. 269 bis Art. 270e OR). Das dort für einseitige Vertragsänderungen durch den Vermieter vorgesehene formelle Vorgehen eröffne dem Mieter die Möglichkeit, im Anfechtungsverfahren prüfen zu lassen, ob der Mietzins infolge der Änderung missbräuchlich sei. Wie es sich damit verhalte, ergebe sich jedoch erst nach erfolgter Überprüfung im Verfahren. Der Geltungsbereich von Art. 269d OR könne deshalb entgegen HIGI (a.a.O., Art. 269d OR N 49 ff.) nicht von vornherein auf vertragliche Änderungen eingeschränkt werden, 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 Missbrauchsprüfung. In BGE 125 III 62 E. 2b sei Art. 269d Abs. 3 OR auch auf den Entzug einer Bewilligung zur Untervermietung angewendet worden, obwohl eine solche das Austauschverhältnis nur indirekt zu beeinflussen vermöge. Der Anwendungsbereich von Art. 269d und 270b Abs. 2 OR sei demnach weit zu fassen. Grundsätzlich seien sämtliche Änderungen des Mietvertrages erfasst, durch welche das bisherige Austauschverhältnis der Leistungen von Vermieter und Mieter verändert werden könne. Dafür spreche schon der sachliche Zusammenhang von Art. 269d OR mit Art. 271a Abs. 1 lit. b OR. Die zuletzt genannte Bestimmung verbiete die Änderungskündigung ebenso wie Art. 269d Abs. 2 lit. c OR die Kündigungsdrohung, damit der Mieter nicht vor die Alternative gestellt werde, entweder eine Vertragsänderung zu seinen Lasten zu akzeptieren oder die Kündigung zu riskieren. Sei aber davon auszugehen, dass das in Art. 269d OR vorgeschriebene Vorgehen die – im allgemeinen Vertragsrecht zulässige – Änderungskündigung durch den Vermieter nicht nur für unmittelbar, sondern ebenfalls für mittelbar mietzinsrelevante Änderungen des Vertrages ersetze, so müsse es für derartige Änderungen auch zur Verfügung stehen. Dem könne nicht mit dem Argument begegnet werden, dass Art. 269d OR dem Vermieter nicht mehr Rechte einräumen wolle, als

- 49 - ihm nach allgemeinem Vertragsrecht zuständen, denn dies träfe auch für einseitige, direkt mietzinsbestimmende Änderungen zu (BGE 125 III 231 E. 3b). b) Aus der Zusammenfassung dieser Rechtsprechung ergibt sich, dass das Bundesgericht mit seinem Hinweis, Art. 269d Abs. 3 OR könne nicht von vornherein auf vertragliche Änderungen bezogen werden, welche das bisherige Gleichgewicht der Leistungen zu Lasten des Mieters veränderten, nicht die sehr wohl erforderliche Verschiebung der vertraglichen Pflichten zulasten des Mieters umschrieb: Damit befasst sich das Gesetz ja gerade, wie VISCHER zu Recht bemerkt (AJP 2021, S. 1043 u.). Vielmehr begegnete es mit seinen Ausführungen der Auffassung, die zulässigen Verschlechterungen seien eng auszulegen und umfassten zwar nicht abschliessend, aber doch im Wesentlichen nur die Einführung neuer Nebenkosten oder die Verminderung bisher durch den Mietzins abgegoltener Leistungen (vgl. ZK-HIGI, 4. A., Art. 269d OR N 48; eine Auffassung, die der genannte Autor und seine neuen Ko-Autoren im Übrigen wie schon erwähnt mit durchaus beachtlichen Gründen noch immer vertreten, vgl. ZK-HIGI/WILDISEN, 5. A., Zürich 2022, vor Art. 269 - 270e N 111 f. und N 156). Bewirkt eine Änderung dagegen gar keine Verschlechterung der Mieterposition, so kommt Art. 269d Abs. 3 OR gar nicht zur Anwendung, und eine Anfechtung bzw. Missbrauchsprüfung ist weder nötig noch möglich (zutreffend BGE 126 III 124 E. 2a = Pra 2000 Nr. 186: «Seules des augmentations de loyer ou des modifications du contrat au détriment du locataire peuvent être contestées devant l'autorité de conciliation»). Wenn das Bundesgericht in BGE 125 III 231 weiter ausführte, soweit die einseitige Vertragsänderung an die Stelle einer verpönten Kündigung des bisherigen Vertrages durch den Vermieter und einer Offerte zum Neuabschluss eines Vertrages mit geänderten Bedingungen trete, wie sie nach allgemeinen schuldvertraglichen Grundsätzen möglich wären (a.a.O., E. 3b, Hervorhebung des Mietgerichts), stellte es Art. 269d Abs. 3 OR auch in den Kontext von Art. 19 f. OR: Das zwingende Gesetzesrecht setzt den möglichen Vertragsänderungen (selbstverständlich) Schranken. Richtig betrachtet sind Änderungsmitteilungen, die zwingendem Recht widersprechen, nicht nur missbräuchlich und anfechtbar, sondern wirkungslos. Es verhält sich analog zum Kündigungsschutz, wo Art. 271 und 273 OR zwar bei

- 50 - Verstössen gegen Treu und Glauben grundsätzlich das Prinzip der Missbrauchsprüfung auf Anfechtung hin verankern, und wo dennoch gewisse vertragliche oder gesetzliche Kündigungsmängel die (Teil-)Nichtigkeit der Kündigung nach sich ziehen, wie bei der fehlenden Verwendung des amtlichen Formulars, der Nichteinhaltung vereinbarter oder gesetzlicher Zeitbestimmungen oder der Missachtung der gesetzlichen Voraussetzungen für eine ausserordentliche Kündigung (BGE 121 III 156 E. 1c; BGE 122 III 92 E. 2d; BGE 133 III 175 E. 3.3 [keine Nichtigkeit der offensichtlich missbräuchlichen Kündigung als Spezialfall]). Die Konkretisierung von Art. 269d Abs. 3 OR war indirekt auch Thema in BGE 137 III 123, wo die Gültigkeit einer ausserordentlichen Kündigung zufolge Zahlungsverzugs nach Art. 257d OR zur Debatte stand, die der Vermieter nicht nur auf die vom Zahlungsverzug betroffenen hinzugemieteten Parkplätze, sondern auch auf die Wohnung bezogen hatte, bei der kein Zahlungsverzug der Mieterin bestand. In erster Linie ging es zwar darum, ob sämtliche separat abgeschlossenen Verträge über funktional zusammengehörende Mietobjekte einheitlicher Behandlung bedürften oder ob sie sinnvollerweise einem isolierten Schicksal unterstellt werden müssten. Das Bundesgericht erwog, dies könne nicht losgelöst von der Interessenlage der Parteien beurteilt werden. Hätten letztere für Haupt- und Nebensachen je eigene, voneinander unabhängige Verträge abgeschlossen und werde der Mieter lediglich mit der Bezahlung des Mietzinses für eine

Nebensache säumig, sei zu prüfen, «ob die einzelnen Teile sinnvollerweise auch für sich selbst Bestand haben können, d.h. ob unter den gegebenen Umständen die betreffenden Mietobjekte auch unabhängig voneinander genutzt bzw. vermietet werden können» (a.a.O., E. 2.2). Handle es sich beim Hauptmietvertrag um eine Wohn- oder Geschäftsmiete, dürfe nicht ausser Acht bleiben, dass der Mieter erhöhten Schutzes bedürfe. Eine isolierte Betrachtung sei umso eher gerechtfertigt, wenn der Vermieter seinerseits grundsätzlich in der Lage sei, die Nebensache selbständig anderweitig zu vermieten, nachdem er das Mietverhältnis zufolge diesbezüglichen Zahlungsverzugs aufgelöst habe. Unter derartigen Umständen erscheine es nicht sinnvoll, losgelöst von der Interessenlage der Parteien zu entscheiden und einzig auf die funktionelle Beziehung zwischen den einzelnen Vertragsgegenständen abzustellen. Richtig sei zwar, dass gemäss bundesrätlicher Botschaft zur Revision

- 51 - des Miet- und Pachtrechts vom 27. März 1985 (BBl 1985 I 1421 f. Ziff. 421.101 zu Art. 253a OR) die Bestimmungen über die Wohn- und Geschäftsräume auch für diejenigen Sachen gälten, die zusammen mit solchen Räumen vermietet würden und dass nach der Botschaft nicht massgebend sein soll, ob ein besonderer Vertrag abgeschlossen werde oder nicht und ob dies gegebenenfalls gleichzeitig oder zu verschiedenen Zeitpunkten geschehen sei, sondern vielmehr, dass die Sachen vom Vermieter demselben Mieter überlassen würden und dass ihr Gebrauch mit dem des Hauptmietobjektes zusammenhänge. Es wäre in solchen Fällen wenig sinnvoll, wenn für die hinzugemietete Mansarde oder Garage andere Auflösungsbestimmungen gälten als für die Wohnung oder die Geschäftslokalität. Auch nach der Botschaft sei mithin entscheidend, ob «eine die diversen Mietobjekte zusammenfassende rechtliche Beurteilung sinnvoll sei oder nicht» (a.a.O.). Dies wiederum könne einzig mit Blick auf die Interessen der beteiligten Parteien entschieden werden, in welchem Lichte die formalen Kriterien zu prüfen seien. Anschliessend erklärte das Bundesgericht die Kündigung des Wohnungsmietvertrages in Würdigung der konkreten Umstände für nichtig (E. 2.3). Aus diesem Entscheid folgt ohne weiteres, dass der Vermieter auch im Rahmen von Art. 269d Abs. 3 OR den Vertrag nicht derart umgestalten kann, dass der übrig bleibende Rest zentrale Interessen des Mieters bezüglich des Umfangs des Mietobjektes oder des Gebrauchsrechtes daran verletzt. Im neuesten, nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheid des Bundesgerichts erhielten die Kriterien, anhand derer die Zulässigkeit einer einseitigen Vertragsänderung zu prüfen ist, kaum weitere Konturen. Wie schon das Obergericht zutreffend ausführte, ging es beim Entscheid um eine Änderung der Hausordnung dergestalt, dass das Musizieren zeitlich eingeschränkt werden sollte (BGer 4A\_74/2021 vom 30. April 2021). Das Gericht hatte vor dem Hintergrund der beschränkten Tragweite der angestrebten Änderung die Grenzen der Zulässigkeit einseitiger Vertragsänderungen im Lichte der Lehrmeinungen nicht auszuloten, sondern konnte sich mit der Feststellung begnügen, dass die Vermeidung von Störungen der Hausgemeinschaft ein legitimes Anliegen darstelle. Massstab müsse das allgemeine Missbrauchsverbot sein, und dieses sei im konkreten Fall eingehalten, einerlei ob man nun die Erfordernisse der Zumutbarkeit, der sachlichen

- 52 - Gründe und der Beschränkung auf nur untergeordnete Leistungsschmälerungen ins Zentrum stelle (wie WEBER im BSK, 7. A., Basel 2020, Art. 269d N 11) oder aber vernünftige Gründe für die Änderung verlange (wie HIGI in der 4. A. des ZK, Art. 269d OR N 175 [gleich heute auch ZK-HIGI/BÜHLMANN, 5. A., Zürich 2022, Art. 269d N 175]; vgl. BGer, a.a.O., E. 2.3.1). Soweit der Vermieter mehr als nur untergeordnete

Leistungsschmälerungen anstrebt, besteht zwischen den beiden Lehrmeinungen wie schon erwähnt im Ergebnis auch gar keine Differenz, denn soweit es um den Entzug eines wesentlichen Teils der Sache oder um eine wesentliche Schmälerung des Gebrauchsrechts geht, erachten HIGI/BÜHLMANN dies wie schon ausgeführt nicht als Vertragsänderung nach Art. 269d Abs. 3 OR, sondern schlicht als verbotene und damit nichtige/unwirksame Teilkündigung (DIES., Art. 269d OR N 175 i.V.m. N 172). In zwei wichtigen Nuancen ist das Bundesgerichtsurteil 4A\_74/2021 vom 30. April 2021 immerhin differenzierter formuliert als das Leiturteil BGE 125 III 231: Das Gericht hat einerseits den anwendbaren Prüfungsmassstab offen gelassen, was einschliesst, dass auch beide der vom Gericht zitierten Lehrmeinungen im Einzelfall von Belang sein können. Andererseits erklärte das Bundesgericht, die vom Vermieter angestrebte Neuregelung der Zeiten zum Musizieren sei von den Vorinstanzen zu recht für verhältnismässig erklärt worden, denn sie schaffe einen Interessenausgleich für ein geregeltes und friedliches Zusammenleben (a.a.O., E. 2.3.4 und 2.3.5). Damit widersprach es der Vorstellung, die Anpassung dürfe sich nur nicht, wie etwa von VISCHER gefordert, als offensichtlich rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB erweisen. c) Gemäss den Urteilen des Bundesgerichts 4A\_530/2019 vom 4. Februar 2020 und 4A\_425/2019 vom 11. November 2019 ist das gesamte zwingende Mietrecht des Bundes auch dann einzuhalten, wenn das Gemeinwesen sich öffentlich-rechtliche Beschränkungen etwa bei der Mietzinsgestaltung auferlegt oder wenn es Grundsätze für Abschluss und Kündigung solcher Verträge aufstellt, handle es sich nun um subventionierten Wohnbau oder nicht: Stets habe es wegen des Vorrangs des Bundesrechts gemäss Art. 49 Abs. 1 BV (zusätzlich) die Regelung des

- 53 - OR integral zu beachten. Laufe eine Vertragsänderung materiell auf eine Änderungskündigung hinaus, so erweise sie sich als unzulässig, soweit auch eine echte Änderungskündigung missbräuchlich wäre (so das zweite genannte Urteil, E. 7a.; vgl. auch die Interpretation bei VISCHER, AJP 2021, S. 1046 Fn. 14). Bewirke in einem solchen Fall aber umgekehrt die Änderung keine unmittelbare Umgestaltung des Vertrages, sprich: keine im fraglichen Reglement zur Durchsetzung der neuen Vermietungspolitik als einzige Sanktion vorgesehene Kündigung, so fehle es an einem aktuellen Rechtsschutzinteresse für eine Beschwerde in Zivilsachen, denn ein solches könne diesfalls erst nach der Kündigung entstehen (a.a.O., E. 8). Deshalb trat das Bundesgericht auf die Beschwerde nicht ein. d) Im Rückweisungsurteil vom 6. Dezember 2022 stellte das Obergericht zu Art. 269d Abs. 3 OR ein Konzept in den Raum, das wesentlich weiter geht als dasjenige des Bundesgerichts und sämtlicher der vorne zitierten Literaturstellen (vgl. Ziff. 4.1.2): Soweit es – gewiss, nur in Zusammenhang mit dem Rechtsschutzinteresse, aber eben doch – nicht nur eine (vermeintliche) Auffassung der Beklagten wiedergeben wollte, scheint es jegliche einseitige Vertragsänderung nicht als von vornherein für ausgeschlossen zu erachten, die mit einer ernst gemeinten und nicht angefochtenen Formularerklärung mitgeteilt wird. Es führte aus, es treffe zwar zu, dass die Klägerin im vorliegenden Fall eine künftige Kündigung bei einer Gültigkeit der Änderung weiterhin anfechten könne. Mit der Definition von zusätzlichen Kündigungsgründen werde die Anfechtung aber chancenlos. Mehr noch: Die neuen Gründe könnte die Beklagte diesfalls womöglich zum Anlass für eine ausserordentliche Kündigung nehmen (Obergericht, Urteil NG220008-O vom 6. Dezember 2022, E. 2.5.6, S. 23). Interessant ist, dass das Obergericht die Erwägungen des Mietgerichts zu diesem Thema mit keinem Wort gewürdigt hat. Dieses hatte ausgeführt, Art. 273c OR verbiete jegliche Einschränkung des Kündigungsschutzes auf dem Wege der Vertrags(um)gestaltung. Der Vertrag zwischen den Parteien des vorliegenden Falles habe aber schon vor der

Änderungsanzeige das Kündigungsrecht der Beklagten thematisch nicht beschränkt, so dass sich die Ziele, welche die Beklagte mit den Grundsätzen gemäss ihrer VGV neu anzustreben gedenke, auch ohne die Vertragsanpassung erreichen liessen, soweit dies

- 54 - denn in mit dem zwingenden Mietrecht und den Regeln des Kündigungsschutzes gemäss Art. 271 f. OR vereinbarer Weise geschehe ([a.a.O.] S. 14 f.). Worauf das Obergericht seine anscheinend gegenteilige Auffassung stützt, erläuterte es nicht. Offenbar bezieht es Art. 273c OR einzig auf die Bestimmungen über die Anfechtung der Kündigung (Art. 273 ff. OR). Wie aber schon der Wortlaut von Art. 273c Abs. 1 OR klarstellt, bezieht sich das Verzichtsverbot auf die Rechte «nach diesem Abschnitt», mithin auf die Art. 271 bis 273b OR (vgl. den Randtitel vor Art. 271 OR: «Dritter Abschnitt: Kündigungsschutz bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen»). Zumindest nicht in Abrede gestellt hat die zweite Instanz die Darlegung der ersten, wonach schon der Mietvertrag zwischen den Parteien das Kündigungsrecht der Beklagten in sachlicher Hinsicht nicht einschränke (vgl. dazu act. ... und ... [Mietvertrag bzw. Vertragsüberschreibung auf die Klägerin, Anm. d. Red.]), so wenig wie die Überlegung, wonach die Ausgangslage bei einer künftigen Kündigungsanfechtung sehr unterschiedlich sein könne, so dass eine abschliessende Beurteilung nicht schon vor einer Kündigung möglich sei. Die VGV könne damit vielleicht als Vermietungskonzept Bedeutung erlangen, aber der Beklagten keinesfalls einen Anspruch auf den voraussetzungslosen Schutz einer Kündigung nur deshalb verschaffen, weil die VGV-Richtlinien erfüllt seien ([Obergerichtsentscheid] S. 22 ff.; vgl. [das aufgehobene Urteil] S. 11 ff.). Anschliessend hat das Obergericht den Entscheid über den Umfang der Zulässigkeit der vorliegenden Vertragsänderungen explizit offen gelassen, so dass diesbezüglich keine für das weitere erstinstanzliche Verfahren bindenden Anordnungen bestehen. Das Obergericht unterstellte dem Mietgericht, es habe das Rechtsschutzinteresse an der Klage verneint, obwohl beide Seiten die einseitige Vertragsänderung als verbindlich aufgefasst hätten. Zunächst sind Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen zu prüfen, so dass es auf die Haltung der Parteien dazu vor oder während des Prozesses nicht ankommt. Aus diesem Grund ist das Bundesgericht denn auch im vom Obergericht im Rückweisungsbeschluss nicht erwähnten Entscheid 4A\_425/2019 vom 11. November 2019 auf eine Beschwerde gegen ein Genfer Urteil mangels aktuellen Rechtsschutzinteresses nicht eingetreten, mit welchem

- 55 - eine mit der vorliegenden vergleichbare Vertragsänderung ohne Widerstand einer Partei materiell beurteilt worden war. Sodann findet sich die Behauptung, beide Parteien hätten das Rechtsschutzinteresse übereinstimmend bejaht, zwar auch in der Berufungsschrift der Beklagten, dort aber mit dem korrekten Hinweis, dass die Klägerin ihren Standpunkt im Laufe des Verfahrens geändert habe. Die erste Instanz hat auf S. 2 f. des Beschlusses vom 6. April 2022 das im Laufe des Verfahrens angepasste Rechtsbegehren der Klägerin erwähnt. Weiter hält die Rechtsmittelinstanz dem Mietgericht vor, es habe das Rechtsschutzinteresse bezüglich der Beurteilung der neuen Informationspflichten mit der Begründung verneint, die angezeigte Vertragsänderung solle erst am 1. Januar 2024 in Kraft treten. Das trifft nicht zu. Das Mietgericht hat einzig festgehalten, auch nach dem 1. Januar 2024 bilde das Datenschutzgesetz zwingendes Recht, welches die Beklagte nicht durch eine einseitige Vertragsänderung aushebeln könne; zu klären sei ein Anspruch auf Herausgabe von Daten indessen erst, wenn konkret im Kontext einer von der Beklagten in Erwägung gezogenen Kündigung eine Datenbeschaffung im Raum stehe und die Klägerin um Zustimmung ersucht werde. In der Berufungsbegründung

wurden diese Überlegungen des Mietgerichts richtig wiedergegeben und aus ganz anderen Gründen kritisiert, als es das Ober- gericht darstellt.

## **E. 4.2**

### Kündigungsschutz

#### **E. 4.2.1**

Im Allgemeinen Unbefristete Mietverträge können von beiden Parteien unter Wahrung der vertrag- lichen oder gesetzlichen Kündigungsfristen und Kündigungstermine gekündigt werden (Art. 266a Abs. 1 OR). Für eine gültige Kündigung bedarf es dabei auch im Lichte von Art. 271 OR keines spezifischen Grundes (BGE 142 III 91 E. 3.2.1). In formeller Hinsicht ist der Vermieter verpflichtet, das Mietverhältnis mit amtlich genehmigtem Formular zu kündigen, welches den Mieter u.a. über seine Anfech- tungsrechte aufklärt (Art. 266l Abs. 2 OR). Die Kündigungsfreiheit wird einzig durch den Grundsatz von Treu und Glauben eingeschränkt (Art. 271 Abs. 1 OR). Ein Verstoss gegen Treu und Glauben liegt

- 56 - vor, wenn die Kündigung ohne objektives, ernsthaftes und schützenswertes Inte- resse erfolgt oder Interessen der Parteien tangiert, die in einem erheblichen Miss- verhältnis zueinander stehen. Zu beachten sind zunächst die aus dem allgemeinen Gebot zum Handeln nach Treu und Glauben entwickelten Kriterien. Es ist zu fra- gen, ob auch ein vernünftiger und korrekter Vertragspartner in der gleichen Situa- tion zur Kündigung gegriffen hätte (Art. 2 Abs. 1 ZGB). Ein ernsthafter und aktuel- ler Grund setzt für gewöhnlich auch voraus, dass die kündigende Partei die bis dahin nötigen ersten Umsetzungsschritte getroffen hat, denn eine Kündigung auf Vorrat ist mit Treu und Glauben nicht zu vereinbaren (so für die Sanierungskündi- gung BGE 143 III 344 E. 5.3.3). Art. 271a OR konkretisiert und erweitert die Grundnorm von Art. 271 OR. So darf die Kündigung nicht als Repressalie dafür eingesetzt werden, dass der Mieter nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Mietverhältnis geltend macht – ob die An- sprüche nun auf dem Vertrag oder auf zwingendem Recht beruhen (lit. a), oder dazu, um eine einseitige Vertragsänderung oder Mietzinsanpassung durchzuset- zen (lit. b), oder allein um den Mieter zum Erwerb der Mietwohnung zu veranlassen (lit. c). Im Laufe der parlamentarischen Beratung 1989 wurde die Liste trotz Kritik ergänzt durch ein Verbot einer Kündigung wegen einer Änderung in den familiären Verhältnissen, aus welcher dem Vermieter keine wesentlichen Nachteile entste- hen (lit. f; dazu ZIHLMANN, a.a.O., S. 214 f. und Fn. 42 mit dem Votum DORMANN in AB NR 1989, S. 537, wonach verwitwete und geschiedene Partner nicht durch ihr Schicksal zu unwürdigen Mietern degradiert werden dürften). Besonders dieser letzte Punkt im Katalog anfechtbarer Kündigungen in Art. 271a OR bestätigt, dass das Gesetz eher von positiven Loyalitätskriterien i.S.v. Art. 2 Abs. 1 ZGB und vom Sozialschutzgedanken ausgeht denn vom negativ geprägten Missbrauchs begriff nach Art. 2 Abs. 2 ZGB (BGE 131 III 33 E. 3.2; ähnlich z.B. ZIHLMANN, a.a.O., S. 207). Das muss entgegen VISCHER gerade auch bei einseitigen Vertragsänderun- gen nach Art. 269d Abs. 3 OR gelten, so dass der Prüfungs massstab nicht allein derjenige nach Art. 2 Abs. 2 ZGB sein kann (vgl. DERS., AJP 2021, S. 1048). Mass- geblich sind zwar selbstverständlich auch die Kriterien, die von Rechtsprechung und Lehre in Zusammenhang mit dem Verbot (offensichtlichen) Rechtsmiss-

- 57 - brauchs nach Art. 2 Abs. 2 ZGB entwickelt worden sind, wobei aber Offensichtlich- keit des Missbrauchs im Rahmen von Art. 271 OR nach der klaren Intention des

Gesetzgebers gerade nicht vorausgesetzt wird (ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 271 OR N 56). Anfechtbar sind daher neben nutzlosen oder gar schikanösen Kündigungen auch solche, die Ausdruck widersprüchlichen Verhaltens oder schonungsloser Rechtsausübung sind. Bisweilen wird die Ansicht vertreten, beim Kündigungsschutz im engeren Sinne habe keine Interessenabwägung stattzufinden; eine solche erfolge erst bei der Prüfung einer Erstreckung. Das Bundesgericht ist dieser Ansicht in ihrer absoluten Form allerdings so wenig gefolgt wie die Lehre (vgl. etwa ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 271 OR N 78 ff.; SVIT-Komm.-FUTTERLIEB, Art. 271 OR N 46). Richtig daran ist, dass nicht jedes Interessenungleichgewicht zum Nachteil insbesondere des Mieters für eine Ungültigerklärung einer (Vermieter-)Kündigung ausreicht: Es ist grundsätzlich legitim, dass der Vermieter seine Interessen über diejenigen des Mieters stellt, auch wenn diese schwerer wiegen als seine eigenen. Wenn aber bei einem krassen Missverhältnis schon offensichtlicher Rechtsmissbrauch vorliegt und Offensichtlichkeit gerade nicht erforderlich ist für eine Aufhebung der Kündigung nach Art. 271 OR, kann ohne Verletzung klaren Bundesrechts auf eine Gegenüberstellung der Interessen dennoch nicht einfach verzichtet werden. Wann ein Interessenungleichgewicht zur Aufhebung der Kündigung führt, ist im Einzelfall zu entscheiden. Die Interessenabwägung beim Kündigungsschutz im engeren Sinn hat dabei eine andere Qualität als jene bei der Erstreckung. In letzterem Fall führt eine durch die Kündigung ausgelöste Härte des Mieters stets zu einer Erstreckung des Mietverhältnisses, soweit das Interesse des Vermieters an der Auflösung die Härte nicht überwiegt. Beim Kündigungsschutz im engeren Sinn genügt dagegen nur ein erhebliches Interessengefälle zum Nachteil des Mieters für eine Aufhebung der Kündigung wie etwa im Falle der schonungslosen Rechtsausübung (vgl. BGE 125 III 231 E. 4b; BGE 135 III 112 E. 4; BGE 140 III 496 E. 4.1; BGer 4A\_703/2016 vom 24. Mai 2017 E. 4.1 und 4.2 [nur im Internet publ. Teil von BGE 143 III 344]; BGer 4A\_131/2008 vom 25. Juni 2008; BGer 4A\_518/2010 vom 6. Dezember 2010 E. 2.4.2). Selbstverständlich sind nur Interessen des Vermieters relevant, die auch tatsächlich bestehen. Ist dies nicht der Fall und kann der wahre

- 58 - Grund für die Kündigung nicht ermittelt werden, so ist diese aufzuheben (BGE 143 III 344 E. 5.3.1; CHK-HULLIGER/HEINRICH, 3. Aufl., Art. 271-271a OR N 3 f.; Mietrecht für die Praxis (MPra)-THANEI, a.a.O., S. 886). Dabei ist nicht erforderlich, dass der Vermieter mit der Kündigung ausschliesslich eigene Interessen wahrt. Auch die Geltendmachung schutzwürdiger Drittinteressen kann genügen. So ist es etwa zulässig, wenn der Vermieter der Mietpartei kündigt, um die Wohnung Bekannten oder einem Freund zu überlassen (CHK-HULLIGER/HEINRICH, a.a.O., Art. 271-271a OR N 3). Das angerufene Gericht und die Rechtsmittelinstanzen haben die Legitimität einer Vermietung an eine Person, die dem Vermieter aus irgendeinem Grund näher steht als die aktuelle Mietpartei, schon verschiedentlich bejaht, so bei einer Kündigung mit dem Zweck, dem Erwerber der Sache, der noch nicht deren Eigentümer geworden ist, möglichst rasch die Eigennutzung zu ermöglichen, bei der Kündigung eines Mietvertrages in der Absicht, künftig die Sache einer Konzern-Schwester-gesellschaft der Vermieterin zur Benützung zu überlassen, oder bei derjenigen an die mittlerweile im Ausland wohnhaften Hauptmieter mit dem Zweck, die vollständig untervermietete Sache künftig direkt den Untermietern zu vermieten (ZMP 2018 Nr. 11 [vor Bundesgericht behandelt mit Urteil 4A\_552/2019 v. 21. April 2020], ZMP 2019 Nr. 9 [vor Bundesgericht behandelt mit Urteil 4A\_315/2019 v. 9. September 2019] und ZMP 2022 Nr. 10 [der Entscheid des Mietgerichts wurde vom Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil NG230001 v. 16. Mai 2023 bestätigt, s. a.a.O.,

der Weiterzug ans Bundesgericht ist zur Zeit offen] [Anm. d. Red.: Mittlerweile steht fest, dass kein Weiterzug erfolgt ist, vgl. ZMP 2022 Nr. 10 in der Fassung vom 22. August 2023]). Die Parteien des vorliegenden Verfahrens beziehen sich in diesem Zusammenhang auch auf das Urteil 4A\_414/2009 vom 9. Dezember 2009, wo das Bundesgericht eine Kündigung für die Renovation einer in Lausanne gelegenen 5-Zimmerwohnung zwar insofern als unnötig erachtete, als klar war, dass der Mieter in Bern arbeitete und in der dortigen Umgebung über eine weitere Wohnung verfügte, die ihm als Hauptwohnsitz diente und in welche er während der Umbauzeit auch an den Wochenenden ausweichen konnte, die er sonst in Lausanne verbrachte. Das Bundesgericht schützte am Ende die Kündigung dennoch, weil der Vermieter diese nicht nur mit dem Sanierungsvorhaben, sondern auch damit begründet

- 59 - hatte, dass er die unterbelegte Wohnung nicht mehr wie bisher einer Einzelperson überlassen, sondern an eine Familie vermieten wolle. Es erwog, der Mieter habe das Mietobjekt im Rahmen einer Erbschaft erworben. Gewiss habe er nicht ausgeschlossen, eine Familie gründen zu wollen. Dies könne zwar auch bei einem ledigen 50-Jährigen nicht von der Hand gewiesen werden, es gebe aber für eine solche Entwicklung in naher Zukunft nicht das geringste Indiz. Der Mieter habe auch nicht behauptet, er wolle das Mietobjekt in absehbarer Zeit anstelle der Wohnung im Kanton Bern zur Hauptwohnung machen. Der Wunsch der Vermieterin nach einer Vermietung an eine Familie sei zwar noch nicht über das Stadium einer blossen Absicht hinausgelangt. An der Ernsthaftigkeit könne es aber mit Blick auf die Unterbelegung der Wohnung und den chronischen Mangel an Wohnungen für Menschen mit Lebensmittelpunkt in Lausanne keinen Zweifel geben. Es gehe zwar um einen sozialen Aspekt, aber das mache die Kündigung noch nicht zur missbräuchlichen, auch wenn die Vermieterin auf den ersten Blick kein Interesse daran habe, einen Einzelmietler, der die Sache nur am Wochenende belege, durch mehrere Mieter zu ersetzen (a.a.O., E. 3.2). Aus welchen Gründen der Vermieter Drittinteressen über die Interessen des aktuellen Mieters stellt, ist damit irrelevant, solange die Gründe nicht nur vorgeschoben oder an sich schon missbräuchlich sind. Anders kann es sich verhalten, wenn die Beziehung zum Dritten nur lose ist. Das Bundesgericht hat gerade im Urteil 4A\_414/2009 durchaus differenziert argumentiert und bei seiner Entscheidung auch berücksichtigt, dass dem aktuellen Mieter ein Interesse an der weiteren Benützung der Wohnung in Lausanne weitgehend fehlte. Dabei deutete es an, dass die Berufung auf den sozialen Kündigungsgrund der Vermietung an eine noch in keiner Weise näher bestimmte Familie wohl für die Kündigung nicht ausgereicht hätte, wenn nicht die zunächst anstehende Renovation eine Konkretisierung verunmöglicht hätte oder wenn der Mieter selber die Wohnung als Hauptwohnsitz benützt oder die Gründung einer Familie in Lausanne konkret geplant hätte. Daraus ergibt sich indirekt durchaus eine gewisse Beschränkung der Partnerwahlfreiheit aufgrund des Kündigungsschutzes, denn wie bei den Sanierungskündigungen wäre auch eine Kündigung an einen sich tadellos verhaltenden Mieter, der das Mietobjekt als Hauptwohnung nutzt und damit unmittelbar auf dieses angewiesen

- 60 - ist, als Kündigung auf Vorrat missbräuchlich, wenn sie lediglich mit einer in den Sternen stehenden Absicht der Vermietung an eine Familie begründet würde. So gesehen kann durchaus gesagt werden, dass dem angestammten Mieter gegenüber einem beliebigen Dritten im Lichte von Art. 271 f. OR ein gewisser Vorsprung zukommt. Massgeblich für die Beurteilung der Ungültigkeit sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der

Kündigung (BGE 142 III 91 E. 3.2.1; BGer 4A\_435/2021 vom 14. Februar 2022 E. 3.1.3; KUKO OR-BLUMER, Art. 271/271a N 16). Laut Bundesgericht obliegt es grundsätzlich dem Empfänger der Kündigung zu beweisen, dass die tatsächlichen Voraussetzungen für einen Verstoss gegen Treu und Glauben gegeben sind, mit- hin darzutun, dass die Kündigung ohne schützenswerten oder gar aus einem ver- pönten Grund erfolgte; der Kündigende hat jedoch redlich zur Wahrheitsfindung beizutragen und die Kündigung auf Ersuchen hin zu begründen (vgl. Art. 271 Abs. 2 OR und Art. 8 ZGB; BGE 138 III 59 E. 2.1). Da es sich beim Grundsatz von Treu und Glauben um einen Rechtsbegriff handelt, sind diejenigen Tatsachen zu beweisen, die auf einen Verstoss gegen diesen Grundsatz schliessen lassen (BGer 4A\_345/2007 vom 8. Januar 2008 E. 2.4.3). Die kündigende Partei ist an die von ihr gegebene Begründung der Kündigung grundsätzlich gebunden (BGer 4A\_342/2007 vom 2. November 2007 E. 2.2.1) und muss den Kündigungsgrund zumindest glaubhaft machen (BGer 4A\_518/2010 vom 16. Dezember 2010 E. 2.4.1).

#### **E. 4.2.2**

Im Falle einer Sperrfrist Eine Kündigung durch den Vermieter ist anfechtbar, wenn sie vor Ablauf von drei Jahren nach Abschluss eines mit dem Mietverhältnis zusammenhängenden Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens ausgesprochen wird, in dem der Vermie- ter mit dem Mieter einen Vergleich geschlossen oder sich sonst wie geeinigt hat (Art. 271a Abs. 1 lit. e Ziff. 4 OR). Der Vergleich kann während eines hängigen Verfahrens auch aussergerichtlich erzielt werden und bewirkt den Schutz grund- sätzlich bereits, wenn der Vermieter lediglich geringe Konzessionen macht (BGE 130 III 563 E. 2.1; Botschaft vom 27. März 1985 zur Revision des Miet- und Pachtrechts, BBl 1985 I 1389 ff., S. 1460; Mietrecht für die Praxis/THANEI, 9. Aufl.,

- 61 - S. 808; ZK-HIGI, Art. 271a OR N 294; CALAMO, Die missbräuchliche Kündigung der Miete von Wohnräumen, Diss. St. Gallen, Bern/Stuttgart/Wien 1993, S. 259). In BGE 141 III 101 entschied das Bundesgericht, dass der zeitliche Kündigungs- schutz nach Art. 271a Abs. 1 lit. d OR von der Klageanhebung bis zur rechtskräf- tigen Erledigung des Verfahrens unabhängig davon greift, ob der Vermieter über das Verfahren orientiert wurde oder davon nach Treu und Glauben wissen konnte (BGE 141 III 101 E. 2). Das Bundesgericht betont den weiten Anwen- dungsbereich der Sperrfrist. Auch wenn ihr Zweck darin liegt, im Anschluss an ei- nen Konflikt die Beendigung eines missliebigen Verfahrens mittels Kündigung durch den Vermieter zu verhindern sowie dem Mieter die Durchsetzung seiner mietrechtlichen Ansprüche zu ermöglichen, ohne eine Kündigung des Vermieters befürchten zu müssen, kann der Vermieter die Sperrfrist nicht durch den Nach- weis beseitigen, dass seiner Kündigung ein legitimes Motiv zugrunde gelegen hat (BGE 141 III 101 E. 2.2 und 2.7; ebenso schon BGE 131 III 33 E. 3). Daher ist es nicht ganz korrekt, von einer Vermutung der Missbräuchlichkeit einer Kündigung während einer Sperrfrist zu sprechen, denn ein Beweis des Gegenteils steht dem Vermieter grundsätzlich nicht offen, also z.B. auch nicht nach einer für unzulässig erklärten einseitigen Vertragsänderung. Die dreijährige Sperrfrist entfällt allerdings ungeachtet der Durchbrechungs- gründe von Art. 271a Abs. 3 OR unter besonderen Umständen. Lehre und Recht- sprechung haben dazu einen Katalog entwickelt, der gleichermassen für alle Sperrfristen von Art. 271a Abs. 1 lit. d und e sowie Abs. 2 gilt. Ausgangspunkt ist die Bestätigung des allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbots in Art. 271a Abs. 1 lit. d OR, wonach die Sperrfrist während eines Verfahrens nicht gilt, wenn der Mieter dieses missbräuchlich eingeleitet hat (Mietrecht für die Praxis/THANEI, a.a.O., S. 808;

SVIT-Komm.-FUTTERLIEB, Art. 271a OR N 49; BSK OR I-WEBER, Art. 271/271a N 27). LACHAT bringt diesen Vorbehalt zu recht auch bei der Sperrfrist während der drei Jahre nach Abschluss des Verfahrens gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. e OR an und postuliert hier eine analoge Anwendung von Art. 271a Abs. 1 lit. d OR (LACHAT, a.a.O., S. 981 und Fn. 200). Weitere Fälle sind Verfahren über Bagatellen sowie gerichtliche oder aussergerichtliche Einigungen nach

- 62 - Bagatellstreitigkeiten und erst recht Fälle, in denen es gar nicht erst zu einem relevanten Streit gekommen ist, weil der Vermieter einem Ansinnen des Mieters sofort nachgegeben hat. Auch wenn Lehre und Rechtsprechung in diesen Fällen von echten Ausnahmen der Sperrfrist ausgehen, lassen sich sämtliche Fallkategorien auch als Ausfluss des Rechtsmissbrauchsverbots nach Art. 2 Abs. 2 ZGB verstehen: Zwar hat die Sperrfrist auch gegenüber an sich legitimen Kündigungsgründen Bestand. Anders verhält es sich, wenn sie angerufen wird, obwohl die vorausgegangenen Ereignisse von vornherein nicht die Qualität haben, eine Kündigung des Vermieters zu provozieren. In solchen Fällen wird entweder das Institut zweckwidrig verwendet oder seine Anrufung bewirkt ein krasses Interessensmissverhältnis (dazu BSK ZGB I-HONSELL, 6. Aufl., Art. 2 N 4; Bsp.: Verfahren bzw. Einigung über eine Bagatellstreitigkeit [Urteil des Bundesgerichts 4A\_38/2010 vom 1. April 2010 E. 6.2] oder bei gänzlichem Fehlen eines relevanten Streits [BGE 130 III 563 E. 2.1]; sofortiges Nachgeben des Vermieters [Urteil des Bundesgerichts 4A\_46/2010 vom 27. April 2010 E. 4.2]; Verfahren, das wegen eines unbewussten Formfehlers des Vermieters eingeleitet wurde; Unterliegen des Vermieters im Verfahren zu einem unerheblichen Teil). Was die Qualität der vor die Schlichtungsbehörde oder das Gericht getragenen Auseinandersetzung angeht, lässt sich nicht allein aufgrund des Diskussionsthemas der Parteien bestimmen, ob durch das Verfahren oder die Einigung im Rahmen desselben eine Sperrfrist ausgelöst wird oder nicht. Nach höchstgerichtlicher Praxis kann insbesondere die Sperrfrist im Anschluss an eine Einigung ausserhalb eines Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens nach Art. 271a Abs. 2 OR nicht geltend gemacht werden, wenn zwischen den Parteien keine Streitigkeit bestand, weil eine Partei den Ansinnen ihres Vertragspartners unmittelbar entsprochen hat (Urteil des Bundesgerichts 4A\_46/2010 vom 27. April 2010 E. 4.2). Selbst nach einem Schlichtungs- oder Gerichtsverfahren läuft keine Sperrfrist, sofern unter den Parteien über Forderungen aus dem Mietverhältnis keine Uneinigigkeit geherrscht hat (vgl. BGE 130 III 563 E. 2.1 sowie das obiter dictum in E. 2.3). Auch Bagatellstreitigkeiten sind vom Anwendungsbereich der verfahrensinduzierten Sperrfrist gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. e OR ausgeschlossen – genau gleich wie vom Anwendungsbereich von Art. 271a Abs. 2 OR (BGer 4A\_38/2010

- 63 - vom 1. April 2010 E. 6.2; BSK OR I-WEBER, a.a.O., Art. 271/271a N 27; SVIT-Komm.-FUTTERLIEB, Art. 271a OR N 9 und N 46; ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 271a OR N 294). Sie sind jedoch nicht leichthin anzunehmen (BSK OR I-WEBER, Art. 271/271a N 27). Ein Streit über ein Kellerabteil kann während des damit zusammenhängenden Verfahrens oder nach einem gerichtlichen oder aussergerichtlichen Vergleich durchaus eine Sperrfrist auslösen. Das angerufene Gericht hat entschieden, dass eine Streitigkeit über den Abtausch eines Kellerabteils, welcher eine irrtümliche Doppelvermietung des fraglichen Abteils sowie eine eigenmächtige Räumung des bislang von der Klägerin benutzten Abteils durch eine konkurrierende Mieterin vorausgegangen waren, die Sperrfrist nach Art. 271a Abs. 1 lit. e OR auszulösen vermag (ZMP 2017 Nr. 8

E. IV. 2.2.1 und E. IV. 2.3.3).

### **E. 4.3**

Anwendung auf den vorliegenden Fall

#### **E. 4.3.1**

Prüfprogramm Aufgrund des Urteils des Bundesgerichts 4A\_425/2019 vom 11. November 2019 besteht zwar eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass das Bundesgericht im Falle eines Weiterzugs durch alle Instanzen auf eine Beschwerde in Zivilsachen mangels Rechtsschutzinteresses nicht eintreten wird. Ähnlich wie dort die Stadt Genf versucht im vorliegenden Fall die Beklagte, über eine Vertragsänderung Vermietungsgrundsätze zum Vertragsgegenstand zu machen, deren einzige Sanktion im Falle einer Verletzung eine Kündigung des Mietverhältnisses wäre. Eine solche Kündigung ist aber hier wie dort noch gar nicht Prozessthema, und auch sonst erfährt der Vertrag durch die Änderungsanzeige keine unmittelbaren Änderungen. Das Obergericht hat jedoch wie erwähnt in für die erste Instanz verbindlicher Weise das Rechtsschutzinteresse für die Klage bejaht. Es hat daher eine materielle Prüfung zu erfolgen. Soweit die Klägerin einwendet, die VGV könne auf das privatrechtliche Verhältnis der Parteien schon wegen ihres verwaltungsrechtlichen Charakters keine Anwendung finden (act. Rz. 13 ff. und 27 f.), kann ihr nicht gefolgt werden. Die VGV mag zwar auch oder in erster Linie in einem öffentlich-rechtlichen Kontext ste-

- 64 - hen. Die Beklagte anerkennt den privatrechtlichen Charakter der Beziehung zwischen den Parteien aber gerade auch dadurch, dass sie die Verordnung auf dem Wege der Vertragsänderung in die vertragliche Beziehung einzuführen sucht. Dies ist grundsätzlich nicht anders zu bewerten als die Schaffung von Allgemeinen Mietbedingungen, die grundsätzlich durchaus auch auf dem Weg einer einseitigen Vertragsänderung zum Vertragsinhalt gemacht werden können (vgl. SVIT-Komm.-B-ROHRER, Art. 269d OR N 76, auch zu den Grenzen eines solchen Vorgehens). Im Falle der VGV erhalten die vielleicht einmal für den öffentlich-rechtlichen Bereich geschaffenen Bestimmungen durch die beabsichtigte Integration in die Vertragsbeziehung der Parteien via Art. 269d Abs. 3 OR ohne weiteres auch einen privatrechtlichen Charakter. Das Gericht kann nachfolgend selbstverständlich nicht auf alle denkbaren Konstellationen eingehen, die sich bei künftigen Kündigungen ergeben können. Möglich ist immerhin eine Art Vorprüfung anhand der von den Parteien aufgeworfenen Fragen.

#### **E. 4.3.2**

Tragweite von Art. 269d Abs. 3 OR Soweit VISCHER als einziger Vertreter der Lehre die Auffassung vertritt, gestützt auf Art. 269d Abs. 3 OR könnten dem Mieter auch essentielle Teile der Sache bzw. seines Gebrauchsrechts entzogen werden, ist ihm zuzugestehen, dass aus dem Kontext der Erwägungen 3a und 3b von BGE 125 III 231 nicht ganz klar ist, ob das Bundesgericht damals nicht tatsächlich so weit gehen wollte wie der zit. Autor. Die Frage scheint jedoch seit BGE 137 III 123 E. 2.2 und 2.3 geklärt: Wenn selbst beim Vorliegen separater Verträge für Haupt- und Nebensache als Folge von Art. 253a Abs. 1 OR zu prüfen ist, «ob die einzelnen Teile sinnvollerweise auch für sich selbst Bestand haben können, d.h. ob unter den gegebenen Umständen die betreffenden Mietobjekte auch unabhängig voneinander genutzt bzw. vermietet werden können», folgt daraus ohne weiteres, dass Art. 269d Abs. 3 OR kraft zwingenden Rechts nicht dazu verwendet werden darf, dem Mieter wesentliche Teile der Sache oder seines Gebrauchsrechts zu entziehen. Zu

be- achten ist auch, dass sich das Bundesgericht bis jetzt durchs Band immer nur zu untergeordneten Vertragsanpassungen zu äussern hatte, auch im Urteil

- 65 - 4A\_74/2021 vom 30. April 2021 (betr. Hausordnung/Musizieren). Selbst wenn das Bundesgericht einen anderen als den hier vertretenen Standpunkt einneh- men sollte, hatte es bislang keinen Anlass zu einer näheren Prüfung der Frage. Gleich verhält es sich mit den vorn zitierten Beispielen aus der Lehre: Niemand führt Beispiele an, bei denen in zulässiger Weise wesentliche Teile des Vertrags verändert werden sollen, und zwar unabhängig von der Couleur der Autoren. Auch VISCHER erwähnt kein solches Beispiel, auch wenn er einen abweichenden Grundsatz vertritt. Hinzu kommt ein Argument, welches in Lehre und Rechtsprechung bislang nir- gends zur Sprache kam: Dass dem Mieter mit einer einseitigen Vertragsände- rung keine wesentlichen Teile der Sache oder des Gebrauchsrechts entzogen werden können, folgt schon aus der Technik, die Art. 269d OR anwendet: Der Mieter hat nur die Wahl, die Vertragsanpassung analog wie eine Mietzinserhö- hung anzufechten oder aber den Vertrag seinerseits zu kündigen: Ihm diese zweite Möglichkeit einzuräumen, ist letztlich der Zweck der Verpflichtung des Vermieters, die Änderung mindestens 10 Tage vor Beginn der Kündigungsfrist mitzuteilen. Unterlässt der Mieter aber eine Kündigung und erweist sich die Än- derung im Falle einer Anfechtung im Nachhinein dennoch als zulässig, wirkt die Anpassung auf den Kündigungstermin zurück, auf welchen der Vermieter sie an- gekündigt hat. Anders als beim Kündigungsschutz steht dem Mieter daher kein mit der Erstreckung des Mietverhältnisses vergleichbares Instrument zur Verfö- gung, mit dem er die Wirksamkeit der Vertragsänderung hinauszögern könnte, soweit er durch den Entzug essentieller Teile der Sache oder des Gebrauchs- rechts von einer Härte betroffen wäre, die durch die Vermieterinteressen nicht gerechtfertigt ist. Selbst wenn man die Erstreckungsregelung auf einen solchen Fall analog anwenden wollte, bestünde das Problem der fehlenden Rechtsbeleh- rung im Formular gemäss Art. 269d OR, welches eine Erstreckungsmöglichkeit (logischerweise) nicht enthält. Wollte man also VISCHERS Meinung den Vorzug geben, so könnte es geschehen, dass der Vermieter dem mietenden Ehepaar ei- ner Wohnung mit vier Zimmern via eine Vertragsänderung die beiden Zimmer entziehen könnte, in welchen die Kinder der Familie untergebracht sind. Dass

- 66 - solches nicht in der Absicht des Gesetzgebers lag, sollte keiner weiteren Erklä- rung bedürfen. In der Lehre unbestritten und wie erwähnt (vorn Ziff. 4.1.3b) auch vom Bundes- gericht schon in BGE 125 III 231 bestätigt ist, dass eine Vertragsänderung nach Art. 269d Abs. 3 OR keine Elemente enthalten darf, die gegen zwingendes (Miet-)Recht verstossen. Das Bundesgericht führte wörtlich aus (a.a.O., E. 3c): «Ersetzt aber die einseitige Vertragsänderung durch den Vermieter die Kündigung des bisherigen Vertrages und die Offerte zum Neuabschluss eines Vertrages mit geänderten Bedingungen, wie sie nach allgemeinen schuldvertraglichen Grundsätzen möglich wären, so kommt eine Überprüfung der Änderung als solcher - abgesehen vom Mietzins - insoweit in Betracht, als für den bisherigen Vertrag Kündigungsschutz im Sinne der Art. 271 ff. OR besteht [Hervorhebung durch das Mietgericht].» Anpassungen, die zwingendes Recht verletzen, sind nach richtiger Auffassung nicht nur anfechtbar im Sinne von Art. 270b OR, sondern als Folge von Art. 19 und 20 OR nichtig, wobei die Nichtigkeit von allen Behörden und Gerichten jeder- zeit und von Amtes wegen zu beachten ist. Vorbehalten bleibt einzig das Rechts- missbrauchsverbot. Wie es sich damit genau verhält, kann im vorliegenden Verfahren im Übrigen of- fenbleiben, denn unbestrittenermassen hat die Klägerin die Vertragsänderungs- anzeige der Beklagten rechtzeitig bei der Schlichtungsbehörde angefochten, so dass

Verstösse gegen zwingendes Recht für missbräuchlich zu erklären sind, soweit sie sich nicht ohnehin als nichtig (Synonym: unwirksam) erweisen sollten. Es kann entgegen den Andeutungen des Obergerichts im Rückweisungsbeschluss also keine Rede davon sein, dass der Vermieter dem Mieter den Mietvertrag gestützt auf Art. 269d Abs. 3 OR etwa durch Einführung ansonsten verpönliger Kündigungsgründe oder durch Entzug ganzer Haupt- oder essentieller Nebenräume sozusagen auf Raten kündigen kann, noch dazu ohne jede Erstreckungsmöglichkeit. Darauf wird zurückzukommen sein. Dass der Einführung der VGV im Gemeinderat der Stadt Zürich kein Widerstand erwachsen ist, kann für den Entscheid im vorliegenden Fall entgegen der Auffassung der Beklagten keine Rolle spielen. Von einer Gemeinde-Legislative verabschiedete oder dem Referendum unterstellte Gemeindeerlasse sind Gesetzen im

- 67 - formellen Sinn nur dann gleichgestellt, wenn dafür eine Ermächtigung im kantonalen Recht besteht (BGE 98 Ia 50 E. 4; BGE 127 I 60 E. 2e und f). An einer solchen fehlt es hier. Vor allem aber gilt, wie dies das Bundesgericht im Urteil 4A\_425/2019 vom 11. November 2019 festgehalten hat, der Grundsatz des Vorrangs des Bundesrechts nach Art. 49 BV (a.a.O., E. 8): Die Beklagte kann auch auf dem Wege der einseitigen Vertragsänderung nicht als Gesetzgeberin tätig werden und das zwingende Bundeszivilrecht aushebeln, und zwar ungeachtet der Ziele, die sie mit ihrem Vorgehen verfolgt. Für den Entscheid ebenfalls bedeutungslos ist, welchem Segment des Liegenschaftsparks der Beklagten die hier interessierende Wohnung angehört. Es mag sein, dass die Liegenschaft intern dem Verwaltungsvermögen der Stadt Zürich zugeordnet ist, wie die Beklagte geltend macht, und dass die Grundsätze der «Kostenmiete» zur Anwendung gelangen. Abgesehen davon, dass die Kostenmiete im Verständnis der Beklagten nichts zu tun hat mit der Kostenmiete nach Art. 269 und 269a lit. b-e OR sowie Art. 13 Abs. 3 VMWG – Art. 21 Abs. 2 der Gemeindeordnung der Stadt Zürich vom 13. Juni 2021 verweist hinsichtlich der Investitions- und Kapitalkosten auf anerkannte Grundsätze der Wohnbauförderung für gemeinnützige Bauträger, also gerade nicht auf Werte, wie sie der Bundesgerichtspraxis zu den Bestimmungen des OR zugrunde liegen – ist im vorliegenden Fall unbestritten, dass es sich um eine zivilrechtliche Angelegenheit handelt. Nur dafür sind die Zivilgerichte überhaupt zuständig. Zudem folgt aus Art. 2 Abs. 2 VMWG und Art. 253b Abs. 3 OR, dass andere einseitige Vertragsänderungen selbst im Rahmen des subventionierten Wohnbaus anhand von Art. 269d Abs. 3 OR durch die Zivilgerichte zu überprüfen sind. Das schon mehrfach zitierte Präjudiz des Bundesgerichts im Genfer Fall (4A\_425/2019) befasste sich gerade mit subventionierten Wohnungen, wenn auch nicht mit solchen im Sinne von Art. 253b Abs. 3 OR. Bei all dem kann der Beklagten durchaus attestiert werden, dass sie sich bei der Vermietung ihrer Objekte bislang durchwegs Zurückhaltung auferlegte und auch die Interessen der Mieterinnen und Mieter sowie das übergeordnete Recht im Auge hatte. So sieht etwa Art. 3 der Verordnung über die Kostenmiete stadteigener Wohnungen VKW vom 14. Juni 2017 (AS Stadt Zürich 846.300) explizit vor,

- 68 - dass zusätzlich zu den Bewertungsregeln nach Art. 2 VKW die Bestimmungen des OR anwendbar sind, wobei der entsprechende Rahmen insofern nicht auszuschöpfen sei, als dass die Mietzinse nicht höher liegen dürften als nach den Ansätzen der Stadt Zürich. Ob die Beklagte aber nun mit der angefochtenen Änderung ein schützenswertes Ziel verfolgt oder nicht: Die Gerichte müssen ihre Rechtsprechung auch auf forschere Parteien ausrichten, unabhängig von deren Rolle im Rahmen eines Mietvertrags. Es steht mithin

nicht zur Debatte, zwingen- des Bundesrecht zur Verwirklichung der städtischen Wohnungspolitik preiszuge- ben.

#### **E. 4.3.3**

Keine Verletzung der Begründungsobliegenheit Soweit die Klägerin gegen die Vertragsänderung vom 21. August 2020 ein- wandte, die Beklagte habe ihre Begründungspflicht verletzt, kann ihr nicht gefolgt werden. Auch wenn die Beklagte sozialpolitische Absichten negiert und zunächst geltend machte, es gehe ihr um die einheitliche Bewirtschaftung ihres Immobili- enparks, erscheint das zwar als nicht stichhaltig, denn die Schaffung einheitlicher Grundsätze für die Vermietung von städtischen Wohnungen ist kein Selbstzweck. Dass die Beklagte diese anstrebt, hat aber auch nach ihrer Darstellung vorab da- mit zu tun, dass sie den ihr zur Verfügung stehenden Wohnraum aus ihrer Sicht gerechter verteilen will als bisher. Anlässlich der Replik in der Hauptverhandlung hat sie dies auch präzisiert. Dies kommt im Übrigen auch in der Änderungsan- zeige und im Begleitschreiben dazu auch hinreichend deutlich zum Ausdruck.

#### **E. 4.3.4**

Belegungsvorschriften Wie in der Lehre richtig ausgeführt wird, sind die Parteien des Mietvertrags in der Ausgestaltung des Gebrauchsrechts grundsätzlich frei. Immerhin kann der Mieter nach Art. 256 Abs. 2 lit. b OR nicht gültig ohne entsprechende Kompensation sein Recht preisgeben, auf der Instandhaltung der Sache in einem zum voraus- gesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu bestehen. Dass das Gesetz vom vor- ausgesetzten und nicht vom vereinbarten Gebrauch spricht, ist zwar nur eine Nu- ance; dies soll aber nach den Intentionen des Gesetzgebers betonen, dass es ei- nen zwingenden Mindeststandard gibt, unter den die Parteien bei der Vertrags- gestaltung nicht gehen dürfen: Die Sache muss zwingend zum Zweck taugen, für

- 69 - den sie gemietet wurde (Botschaft des Bundesrates zur Revision des Miet- und Pachtrechts vom 27. März 1985, BBl 1985 I 1422 f., zu E Art. 255 OR; a.M. wohl VISCHER, AJP 2021 S. 1049, der ohne Belege annimmt, es gebe keinen unab- hängig vom Parteiwillen bestimmten Gebrauch einer Mietwohnung). Dies hat zur Folge, dass Mietende etwa gesundheitsgefährdende oder sonst ein Sicherheitsri- siko bildende Mängel nicht zu akzeptieren brauchen, auch wenn sie sich vertrag- lich zu etwas anderem verpflichtet haben (vgl. BGer 4A\_208/2015 v. 12. Februar 2016 E. 3.2; BGer 4A\_628/2010 v. 23. Februar 2011 E. 3.1.1; ZK-HIGI/BÜHL- MANN, Art. 256 OR N 33, 2. Absatz). Die gesetzliche Umschreibung des Wohnraums ist gewollt unbestimmt (ZK- HIGI/BÜHLMANN, Art. 253a/253b OR N 7, mit Verweis auf BBl 1985 I 1421). Nach allgemeinem Sprachgebrauch bedeutet «Wohnen» einen ständigen Aufenthalt in einem Raum, dort Unterkunft zu haben, untergebracht zu sein. Neben einer ge- wissen Dauerhaftigkeit setzt dies die Erfüllung von Grundfunktionen voraus, wie die Ermöglichung des Schlafens, Kochens, Essens, der Körperpflege, der Aufbe- wahrung von Effekten, der individuellen Raumgestaltung und des Empfangs von Gästen (ZK-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O. N 13 ff.). Im Einzelnen sind die Parteien in den genannten Schranken frei zu regeln, welche Wohnbedürfnisse genau erfüllt werden sollen, namentlich auch, wie weit die Privatsphäre der Mietenden reichen soll. Es ist nicht ausgeschlossen, eine Wohnung zur Benützung im Rahmen einer Wohngemeinschaft zu vermieten, allenfalls sogar über mehrere separate Ver- träge über die gleiche Sache (sog. Parallelmiete, bei der die Nutzenden gestützt auf voneinander unabhängige Verträge über

die gleiche Sache andere Personen neben sich zu dulden haben, ohne dass sie auf deren Auswahl Einfluss nehmen können). Entsprechend ist es auch möglich, die Zahl der Benützenden vertraglich festzulegen, unter Vorbehalt des als Folge von Art. 262 Abs. 2 OR als zwingend ausgestalteten Rechts auf Untervermietung und – weitergehend – auf Beherbergung von Familienangehörigen oder auf die Aufnahme von Gästen, solange eine Wohnung dafür gross genug ist (vgl. dazu die BGE 136 III 186 E. 3.2.1 präzisierenden Urteile 4A\_521/2021 vom 3. Januar 2023 E. 3.2.3 [Überlassung der nicht mehr vom Mieter genutzten Wohnung an die getrennt lebende Ehefrau],

- 70 - 4A\_596/2019 vom 30. Juni 2020 E. 4 [jur. Person, die ein Objekt zu Wohnzwecken mietete] sowie 4A\_39/2019 vom 23. Juli 2019 E. 4; dazu RUBLI, Newsletter bail.ch Februar 2023; GANDOY, Newsletter bail.ch September 2020; vgl. auch LACHAT/GROBET THORENS, a.a.O., S. 59 f. und 721). Ist der Umfang der durch die Wohnung vertraglich vermittelten Privatsphäre aber einmal durch die Parteien festgelegt, hat dies grundsätzlich auch einen objektiv wesentlichen Charakter: Ist es der Mieter, der bestimmt, ob und inwieweit er Untermieter, Familienangehörige oder Gäste aufzunehmen gewillt ist, folgt daraus auch, dass der Vermieter ihm eine solche Verpflichtung nicht gültig auferlegen kann, auch nicht auf dem Weg einer Vertragsänderung nach Art. 269d Abs. 3 OR, denn dies liefe, wie im theoretischen Teil angeführt, auf eine verpönte Teilkündigung eines zentralen Aspekts des vertraglichen Gebrauchsrechts hinaus. Will der Vermieter einer solch weitreichenden Nutzungsänderung zum Durchbruch verhelfen, hat er das ganze Mietverhältnis zu kündigen. Unter dem Aspekt von Treu und Glauben nach Art. 271 f. OR ergäben sich hier aber erhebliche Schwierigkeiten. So erschiene es mit Blick auf den Parteiwillen als widersprüchlich, bei im Übrigen unveränderter Ausgangslage den vorliegenden Wohnungsmietvertrag zu kündigen, weil der Vermieterin der Zweck nicht mehr gefällt, für welchen der Vertrag ursprünglich eingegangen wurde. Für eine gültige Kündigung müssten daher sachliche Motive hinzutreten, die mit der vereinbarten Nutzung allein nichts zu tun haben. Ob soziale Motive dafür ausreichen, ist fraglich, wie aus der obigen Diskussion von BGer 4A\_414/2009 vom 9. Dezember 2009 hervorgeht: Der angestammte Mieter hatte wie dort aufgeführt an sich durchaus gegenüber beliebigen Dritten, die das Mietobjekt zu mieten wünschten, einen gewissen Vorsprung und zog im Verfahren nur deshalb den Kürzeren, weil er selber wegen seiner Hauptwohnung im Raum Bern auf die in Lausanne gelegene Mietwohnung in keiner Weise angewiesen war und auf absehbare Zeit auch keine Nutzung des Mietobjekts durch ihn als Familienwohnung konkret im Raum stand. Im vorliegenden Fall fällt auf, dass die Regelung der VGV für den Fall einer Unterbelegung als einzige Sanktion für die Verletzung der «Pflicht» zur Einhaltung von Belegungsvorschriften oder zu einem Wohnungswechsel bei Unterbelegung

- 71 - eine Kündigung des Mietvertrages vorsieht. Selbst wenn die Beklagte von einer direkt erzwingbaren Pflicht zu einem Umzug oder zur Aufnahme weiterer Personen ins Mietobjekt ausgehen sollte, lässt sich eine solche aus der angezeigten Vertragsänderung jedenfalls nicht herauslesen. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Obergericht dies anders sieht, soll nachfolgend dennoch die Klage auch unter dem Aspekt geprüft werden, dass die einer Kündigung vorgeschalteten Mechanismen erzwingbare Rechtspflichten darstellen. Eine direkte Durchsetzung der Belegungsvorschriften kommt schon deshalb nicht infrage, weil ein solcher Schritt einer verpönten Teilkündigung gleichkäme, die mit einer Vertragsänderung nach Art. 269d Abs. 3 OR nicht gültig bewirkt werden kann. Eine Kündigung an die Klägerin allein wegen einer Unterbelegung trotz

fortbestehenden Bedürfnisses an der Benützung der Sache würde sich als eine solche auf Vorrat herausstellen, soweit die Beklagte nicht schon konkrete Interessen nennen könnte, deren Interessen mit denjenigen der Klägerin verglichen werden könnten. Dies wäre in einem Kündigungsschutzverfahren aber wohl unerlässlich, um sicherzustellen, dass kein krasses oder erhebliches Missverhältnis besteht. Zweifelhaft ist auch der im (von der Vertragsänderungsanzeige nicht erfassten und daher eigentlich nicht Prozessgegenstand bildenden) Mietreglement der Stadt Zürich vom 6. März 2019 (AS 846.101) in Art. 16 vorgesehene Automatismus zur Wahrung der Belegungsvorschriften sowie der 15%-Quote bei den wirtschaftlichen Verhältnissen, gemäss welchem durch ein Computerprogramm anhand der von den Mietenden erhältlich gemachten Daten «beginnend mit den höchsten Einkommen» zunächst ein Wohnungswechsel angestrebt und hernach der Mietvertrag gekündigt werden soll, und zwar ungeachtet dessen, ob der betroffene Mieter sich offen für einen Wechsel gezeigt hat oder nicht (vgl. Art. 16 Abs. 4 Mietreglement). Eine Kündigung einzig nach einem solchen Kriterium wäre wohl eine solche aus geringfügigem Anlass und hätte in einem Anfechtungsverfahren geringe Chancen. Dass die Klägerin sich dagegen verwehrt, ihre vertraglich verbrieft und ihr gegen ihren Willen nicht entziehbare Privatsphäre aufzugeben, ist legitim. Ein solcher Schritt würde dem Entzug eines objektiv und subjektiv entscheidenden Elements des vertraglichen Gebrauchsrechts gleichkommen und mindestens so schwer wiegen wie der Entzug mehrerer Zimmer.

- 72 - Im Falle der Klägerin kommen weitere Elemente hinzu: Es ist unbestritten, dass die Beklagte ihr den jetzt in Kraft stehenden Mietvertrag 2016 angeboten hat, nach dem ihr Ehemann als ursprünglicher Mitmieter verstorben war. Auslöser der Unterbelegung war also nach dem Auszug der Kinder der ursprünglichen Mietenden eine (weitere) Änderung in den familiären Verhältnissen. Eine Kündigung unter Berufung auf dieselbe wäre mit Art. 271a Abs. 1 lit. f OR nicht zu vereinbaren, soweit die Beklagte nicht wesentliche Nachteile aus der aktuellen Situation darlegen vermöchte, denn die Klägerin befindet sich zweifellos in der Zielgruppe, die damalige Nationalrätin ROSMARIE DORMANN bei den parlamentarischen Beratungen zur Schaffung des geltenden Mietrechts angesprochen hat (vorn Ziff. 4.2.1). Dass die Stadt Zürich ihre Liegenschaften so gemeinverträglich wie möglich nutzen möchte, ist nachvollziehbar. Dieses Anliegen dürfte vor Gericht aber keinen Schutz finden, soweit damit Interessen negiert werden sollen, die der zuständige Bundesgesetzgeber explizit als schützenswert bezeichnet hat. Wie lange die Übergangs- und Kündigungsfristen sind, welche die Beklagte den Betroffenen einräumt, und welche Ausnahme- und Härtefallregelungen sie auch vorsieht: Am zwingenden Bundesgesetzrecht wird sie nicht vorbeikommen. Zu beachten ist auch, dass je nach dem künftigen Verhalten der Parteien im Zeitpunkt einer Kündigung eine Sperrfrist im Sinne von Art. 271a Abs. 1 lit. d und e bzw. Art. 271a Abs. 2 OR laufen könnte, z.B. aufgrund des Ergebnisses des vorliegenden Prozesses. In einer solchen Phase wäre eine Kündigung so oder anders nach zwingendem Recht (Art. 273c OR) anfechtbar, wenn nicht ein Grund nach Art. 271a Abs. 3 OR vorläge. Von einem solchen könnte bei einer Kündigung wegen Unterbelegung klarerweise nicht gesprochen werden, auch wenn die Beklagte in der Änderungsmitteilung ohne weitere Begründung angab, (künftig) sei die Einhaltung der Belegungsvorschriften für sie «unabdingbare Voraussetzung für die Erfüllung des Mietvertrags»: Diese Behauptung allein macht die Unterbelegung noch nicht zum wesentlichen Nachteil gemäss Bundesrecht. Es kann zwar nicht abschliessend gesagt werden, wie ein künftiges Kündigungsschutzverfahren der Parteien wegen Unterbelegung ausgehen wird. Um aber klarzumachen, dass der Beklagten keine bessere Rechtsposition

zusteht, als sie

- 73 - sie ohne die «Vertragsänderung» vom 21. August 2020 hätte, sind die Belegungs Vorschriften für missbräuchlich zu erklären, soweit sie nicht geradezu auf die Einführung eines voraussetzungslosen und damit unzulässigen Teilkündigungsrechtes zielen und daher ohnehin nichtig/unwirksam sind. Am einfachsten wäre es aus Sicht der Beklagten, die VRV als das zu handhaben, wozu auch ihre Vorgängererlasse gedacht waren: Als Richtschnur für die Vermietungspolitik, wobei die Härtefallklauseln so interpretiert werden müssten, dass die Zielgrößen nur im Rahmen von Neuvermietungen oder mittels freiwilligen Lösungen mit den bestehenden Mieterinnen und Mietern angestrebt werden sollen. Alles andere dürfte ganz besonders im Falle der Klägerin auf Kollisionskurs mit dem Bundesrecht liegen.

#### **E. 4.3.5**

Wirtschaftliche Verhältnisse Ähnliches gilt für die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Mietenden. Die Beklagte vermag nicht aufzuzeigen, wie die Klägerin mit Blick auf ihre wirtschaftlichen Verhältnisse einer Kündigung über kurz oder lang entgegen könnte, wenn die Vorschriften der VRV tel quel auf sie angewendet werden. Daher ist der Vorwurf der Klägerin berechtigt, die Änderungsmitteilung ziele darauf ab, sie als Mieterin zu disqualifizieren, und zwar wegen ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse und obwohl die Beklagte zum Zwecke der «sozialen Durchmischung» eine Quote von 15% solcher Mieterinnen und Mieter zu tolerieren bereit und nach Art. 6 VGV auch verpflichtet ist. Eine entsprechende Anfrage der Klägerin hat die Beklagte entgegen deren Darstellung damit beantwortet, dass sie der VGV und dem Mietreglement, welches sie gestützt auf die VGV erlassen hat, nur den Charakter von Dienstanweisungen beimesse, aus der die Betroffenen keine Rechte ableiten könnten. Abgesehen davon, dass die Beklagte damit schon selber den beiden Erlassen eine unmittelbar rechtsändernde Wirkung abgesprochen hat, läuft dies unter der Annahme, dass die Behauptung der Beklagten im genannten Schreiben falsch war, darauf hinaus, dass die Beklagte sich nicht auf den Rechten behaften lassen will, die die VGV den Mietenden einräumt (vgl. Art. 6 Abs. 2 VGV). Die Vertragsänderung ist damit aber auch nicht bestimmt genug, um vor dem Gesetz Bestand zu haben. Es erweist sich insbesondere als missbräuchlich,

- 74 - dass die Beklagte sich das Recht herausnimmt, über ein Mietreglement wesentliche Fragen der Umsetzung der VGV dem Stadtrat zu überlassen, der diese Regeln auch noch fast nach Belieben ändern kann. Damit verletzt die Beklagte nicht nur Art. 269d Abs. 3 OR, sondern grundlegende Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit (insbes. Art. 5, 9 und 29 BV). Eine Kündigung an die Klägerin wegen ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse liefe im Ergebnis darauf hinaus, eine Mieterin loszuwerden, welche die Sache nicht so stark abnutzt, wie sie es bei einer Vollbelegung tun würde und die ohne weiteres gewillt und in der Lage ist, den Mietzins zu bezahlen. Unter dem Aspekt der Kündigung auf Vorrat stellt sich überdies die Frage, ob die Beklagte überhaupt Interessentinnen und Interessenten zu finden vermöchte, die einerseits bedürftig sind und sich andererseits den Mietzins für das vorliegende Objekt leisten könnten. Als einziges oder doch vorrangiges Kriterium käme die Höhe des Einkommens zur Anwendung, wobei die Mieterinnen und Mieter ausgeblendet würden, die sich weigern, der Beklagten die entsprechenden Daten für eine automatisierte Auswertung zugänglich zu machen (Art. 15 Abs. 4 Mietreglement ; vgl. auch Art. 4-6 VGV, wo das genaue Kündigungsprozedere allerdings nicht festgelegt ist). Bei der Kündigung einer Wohnung geht es um Menschen. Die Verantwortung dafür auf ein mit

nicht sachgerechten Kriterien wie dem steuerbaren Einkommen ver-  
sehenes Computerprogramm zu übertragen, ist mit Treu und Glauben kaum in Einklang zu bringen:  
Es wäre jedenfalls geradezu willkürlich, allein auf Daten wie das steuerbare Einkommen  
abzustellen, denn die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit Selbständigerwerbender schlägt  
sich als Folge der steuerrechtlichen Verzerrungen nur sehr begrenzt im steuerbaren  
Einkommen nieder. Es stimmt zwar, dass eine Kündigung nicht sofort erfolgen würde und  
dass die Beklagte die Fristen so definiert hat, dass der Klägerin unabhängig von einer  
Härte im Sinne von Art. 272 OR Zeit gelassen würde, sich nach einer neuen Bleibe  
umzusehen. Dadurch würde eine missbräuchliche Kündigung aber nicht zu einer gültigen.  
Auch hier müsste sich die Beklagte im Falle einer Kündigung überdies widersprüchliches  
Verhalten und einen Verstoss gegen den Familienschutz vorwerfen lassen, denn die  
Verhältnisse bei der Überschreibung des Vertrages im Jahr

- 75 - 2016 waren nicht anders als heute. Zur Vermeidung von Wiederholungen kann  
mutatis mutandis auf den Abschnitt 4.3.4 verwiesen werden.

#### **E. 4.3.6**

Persönliche Benützung der Sache, Wohnsitzpflicht, Untervermietung Nichts einzuwenden  
hat die Klägerin gegen ihre Verpflichtung zum persönlichen Gebrauch der Sache nach Art.  
7 VGV; sie erwartet aber, dass die Beklagte auf die Einführung verzichtet, soweit die  
Bestimmung «aufgrund anderer Verfahren als missbräuchlich bezeichnet werde». Damit ist  
der Punkt letztlich nicht Gegenstand des Rechtsstreits, so dass darüber auch nicht zu  
befinden ist. Nur am Rande sei daher erwähnt, dass Art. 7 VGV in wesentlichen Teilen  
nicht im Einklang steht mit der zwingenden Regelung des OR. Weshalb eine vollständige  
Untervermietung der Sache «für die Vermieterin als wesentlicher Nachteil im Sinne von  
Art. 262 Abs. 2 lit. c OR» gelten soll, wird in der Änderungsanzeige nicht weiter erläutert  
und findet vor allem in der Rechtsprechung zur genannten Bestimmung keine Stütze.  
Soweit es der Änderungsanzeige nicht ohnehin an einer zureichenden Begründung fehlt,  
ist sie als Verstoss gegen zwingendes Recht nichtig. Auch das Bundesgericht betrachtet die  
vollständige Untervermietung der Sache zwar als missbräuchlich, soweit der Mieter keine  
Absicht hat, wieder in die gemieteten Räume zurückzukehren. In BGE 138 III 59 entschied  
es, die Untervermietung sei «gedacht für Fälle, in denen der Mieter die Mietsache,  
beispielsweise wegen eines beruflich bedingten, zeitlich begrenzten Auslandsaufenthalts,  
vorübergehend nicht nutzen kann und für die Zeit seiner Abwesenheit aus finanziellen  
Gründen einem Dritten überlässt, oder für Fälle, in denen eine Wohnung infolge Wegzuges  
oder Todes von Familienangehörigen zu gross geworden ist und deshalb teilweise Dritten  
überlassen wird» (a.a.O., E. 2.2.1; bestätigt in BGer 4A\_430/2013 vom 14. Februar 2014 E.  
4.3). Mit der Befristung der vollständigen Untervermietung mass sich die Beklagte  
indessen Rechte an, die mit der Rechtsprechung zum zwingenden Bundesrecht nicht in  
Einklang zu bringen sind, und zwar ohne dass sie für den angeblichen wesentlichen  
Nachteil bei einem Verstoss gegen die neue Regel einen vernünftigen Grund zu nennen  
vermag.

- 76 - Ähnlich verhält es sich mit der Wohnsitzpflicht: Den Vermieter geht es grundsätz-  
lich nichts an, ob der Mieter die Sache persönlich benützt oder nicht. Mietver-  
träge haben für gewöhnlich auch keinen fiskalischen oder volkswirtschaftlichen Zwecken wie der  
Förderung des lokalen Gewerbes oder des öffentlichen Angebots zu dienen, welchen die  
Beklagte ihre Vermietungspolitik nun in Verletzung der für sie auch bei ihrem  
privatrechtlichen Handeln einschlägigen Niederlassungsfreiheit gemäss Art. 24 BV

unterordnen möchte (generell zur Grundrechtsbindung des Staates auch bei privatrechtlichem Auftreten vgl. BGer 1C\_602/2018 v. 3. Juli 2019 E. 5.4; WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. A., Zürich 2019, Art. 25a VwVG N 17; HANGARTNER, Recht auf Rechtsschutz, AJP 2002, S. 131 ff., 149 f.; DERS., Öffentlich-rechtliche Bindungen privatrechtlicher Tätigkeit des Gemeinwesens, in: Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario Pedrazzini, Bern 1990, S. 129 ff., 154 ff.; GRIFFEL, in: Griffel, [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich 2014, § 19 VRG/ZH N 10; vgl. auch BGer 2C\_966/2018 und 2C\_967/2018 vom 29. Januar 2019 E. 3.6; vgl. im Übrigen auch Art. 35 Abs. 3 BV für die Verpflichtung der Behörden zur Wahrung der Grundrechte auch unter Privaten). Indem die Beklagte eine bislang im Vertrag nicht enthaltene Wohnsitzpflicht einführen möchte, versucht sie das bisherige Vertragsgefüge in grundlegender Weise umzugestalten, was wegen des Verbots von Teilkündigungen nicht angeht. Wie schon erwähnt: Das geltende Mietrecht lässt durchaus Raum für Kündigungen zwecks Vermietung der Sache an eine Person, die der Beklagten aus bestimmten sachlichen Gründen näher steht als die Klägerin. Eine Kündigung allein aus fiskalischen Überlegungen oder wegen der Verletzung einer «Wohnsitzpflicht» liefe aber Gefahr, als solche aus geringfügigem Anlass aufgehoben zu werden. Gleiches gilt für den Fall, dass eine solche Kündigung während einer Sperrfrist ausgesprochen würde. Soweit die Änderungsanzeige nach den Intentionen der Beklagten auf die Schaffung eines Kündigungsautomatismus hinauslaufen soll (bzw. auf die Schaffung «zusätzlicher Kündigungsgründe» in der Terminologie des Obergerichts), ist die Vertragsänderung als Eingriff in zentrale Elemente des Gebrauchsrechts als verbotene Teilkündigung zu erachten, die sich

- 77 - zudem mit den zwingenden Bestimmungen von Art. 262 Abs. 2 OR sowie des Dritten Abschnitts des Achten Titels des OR nicht verträglich (Art. 273c OR). Die Änderung ist für missbräuchlich zu erklären, soweit sie nicht ohnehin nichtig ist.

#### **E. 4.3.7**

Verpflichtung zur Datenlieferung bzw. Ermächtigung zu deren Beschaffung Die Beklagte räumt ein, dass sie die Informationen, die sie gestützt auf die neu einzuführende Informations- und Auskunftspflicht bzw. der Auskunftsbevollmächtigung beschaffen möchte, ohne die Vertragsänderung aufgrund des geltenden Datenschutzrechts nicht erhältlich machen könnte. Der Datenschutz – erst recht derjenige, wie er aufgrund des revidierten Datenschutzgesetzes ab 1. September 2023 in Kraft stehen wird – gilt selbstredend auch für Mieterinnen und Mieter. Art. 269d Abs. 3 OR ist der Sache nach keine datenschutzrechtliche Bestimmung und darf auch nicht zur Umgehung datenschutzrechtlicher Mechanismen eingesetzt werden. Die Beklagte kann sich daher eine von der Klägerin nicht erhältliche, aber erforderliche Zustimmung zur Datenbeschaffung und -bearbeitung auf dem Weg einer mietrechtlichen Vertragsänderung nicht sozusagen selber erteilen, ohne dass dafür im Datenschutzrecht die geringste Handhabe besteht: Art. 4 Abs. 5 DSG (Art. 6 Abs. 6 des künftigen DSG) bestimmt explizit und zwingend, dass eine für die Datenbearbeitung erforderliche Einwilligung der betroffenen Person erst gültig ist, wenn sie im Einzelfall, nach angemessener Information und vor allem freiwillig erfolgt. Bei einer angefochtenen einseitigen Vertragsänderung kann von Freiwilligkeit nicht die Rede sein. Auch die Gerichte sind nicht berechtigt, einer solchen Änderung den Segen zu erteilen, ungeachtet dessen, ob bei einer späteren Datenbearbeitung Rechtfertigungsgründe nach

Art. 4 Abs. 1-3 und 12 f. DSG bestehen. Die Vertragsänderung erweist sich in diesem Punkt offensichtlich als nichtig. Soweit nach Art. 13 Abs. 2 lit. a DSG (zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs von demjenigen von Normen des kantonalen öffentlichen Rechts vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. a DSG, § 2c Abs. 1 des Gesetzes des Kantons Zürich über die Information und den Datenschutz IDG vom 12. Februar 2007 sowie Art. 2 Abs. 2 lit. a der Allgemeinen Datenschutzverordnung der Stadt Zürich ADSV vom 5. November 1997; s. a. act. 37 E. 4.1-2) die Abwicklung eines Vertrages einen genügenden

- 78 - Anlass zu einer Datenbeschaffung und -bearbeitung bilden kann, ist mit der Klägerin zu konstatieren, dass die Beklagte die Daten zumindest teilweise widerrechtlichen bzw. missbräuchlichen Zwecken dienlich macht. Soweit dies nicht der Fall ist, etwa weil die Beklagte den Mietvertrag aus sachlichen Gründen kündigt, etwa um das Mietobjekt jemandem zur Verfügung zu stellen, der dieses ihrer Auffassung nach eher benötigt als die Klägerin, kann sie sich zur Beurteilung der Kriterien um eine Zustimmung der Klägerin bemühen, falls denn der Kündigungsentscheid von solchen Daten abhängt. Bei einem zulässigen Ersuchen müsste die Klägerin befürchten, dass die Kündigung in einem besseren Licht erscheinen kann, wenn sie wegen fehlender Daten zustande kam, welche die Klägerin der Beklagten zu liefern ohne genügende Gründe verwehrt hat. Der Beklagten unabhängig von einer solchen Situation die Datenbearbeitung über die Klägerin zuzugestehen, kommt nicht in Betracht: Art. 13 Abs. 2 lit. a DSG sieht zwar vor, dass ein überwiegendes Interesse der bearbeitenden Person an der Datenbearbeitung «insbesondere in Betracht» fällt, wenn die Datenbearbeitung in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrages steht. Wie die Klägerin aber zutreffend geltend machte, kann dies nicht unabhängig vom konkreten Anliegen beurteilt werden, für welches die Beklagte Daten bearbeiten möchte. Umgekehrt kann der Beklagten im Einzelfall eine gesetzliche Grundlage die Datenbeschaffung bei anderen Behörden ermöglichen. Auf kantonaler Ebene ist dazu § 16 f. IDG einschlägig, soweit es um Gesuche um Bekanntgabe von Daten geht, welche kantonale Stellen bearbeiten. Für die Bekanntgabe ist eine gesetzliche Grundlage erforderlich, die hier offensichtlich fehlt, oder eine Einwilligung der Klägerin im Einzelfall, die also weder generell erteilt werden noch auf dem Wege von Art. 269d Abs. 3 OR erzwungen sein darf. Die Voraussetzungen im Einzelfall zu prüfen, ist der zuständigen Behörde ohne Kenntnis des konkreten Hintergrunds der Beschaffung aber ebenfalls nicht möglich, wie die Klägerin zutreffend vorträgt. Was die Beklagte dagegen vorbringt, ändert nichts an diesem Ergebnis. Insgesamt erhellt jedenfalls, dass die von der Beklagten beabsichtigte eigenmächtige Datenbeschaffung so oder anders unzulässig ist: Soweit die Daten legitimen Zwecken dienen, kann die Beklagte sie sich nach dem dafür vorgesehenen

- 79 - Prozedere beschaffen, sie benötigt mithin die genannte generelle Berechtigung nicht. In allen anderen Fällen wird sie den Zugriff so oder anders nicht erhalten, weil sie darauf keinen Anspruch hat. Die Selbstermächtigung via Änderungsmitteilung nach Art. 269d Abs. 3 OR erfüllt die Anforderungen an eine informierte und freiwillige Zustimmung der Klägerin gemäss den einschlägigen Normen des Datenschutzes jedenfalls nicht.

#### **E. 4.3.8**

Fazit Zusammenfassend kann zwar nicht ausgeschlossen werden, dass sich in gewissen Konstellationen eine künftige Kündigung als gültig erweisen kann, welche die Beklagte letztlich zur Umsetzung ihrer Vermietungsrichtlinien als ultima ratio einzusetzen gedenkt. Soweit sie aber mit ihrer Vertragsänderungsanzeige der VGV unmittelbare Wirkungen

verleihen oder gar die Überprüfung der Kündigungen nach den Massstäben von Art. 271 und 271a OR ausschliessen möchte, ist die angezeigte Vertragsänderung für missbräuchlich zu erklären, soweit sie nicht ohnehin nichtig ist. Soweit das Obergericht und die Beklagte davon auszugehen scheinen, es sei möglich, in einer Vertragsbeziehung mit einer schon zuvor sachlich nicht beschränkten Kündigungsfreiheit der Vermieterin zusätzliche, sozusagen unanfechtbare Kündigungsgründe zu verschaffen, missachten sie Art. 273c OR. Dies lässt sich auf eine einfache Formel bringen: Fügt man zu allen im Lichte von Art. 271 und 271a OR mit Treu und Glauben vereinbarten Kündigungsgründen weitere hinzu, gehören diese definitionsgemäss zur Teilmenge der missbräuchlichen Kündigungen. In jedem Fall bleibt die umfassende Prüfung der Gültigkeit künftiger Kündigungen vom vorliegenden Entscheid unberührt. Gleich verhält es sich mit dem Bestreben der Beklagten, für ihren Immobilienpark durch Datenbeschaffung auf Vorrat zu gläsernen Mieterinnen und Mietern zu kommen. Dafür besteht keine gesetzliche Grundlage, denn die Datenbeschaffung ist nur im Einzelfall möglich, eine erzwungene Zustimmung der Klägerin zur Datenbearbeitung oder -beschaffung ist datenschutzrechtlich unbeachtlich und die Beklagte kann sich eine solche auch nicht durch Vertragsgestaltung im Voraus, unter Androhung einer Kündigung oder durch eine einseitige Vertragsänderung nach Art. 269d Abs. 3 OR gültig verschaffen.

- 80 - Hinzu kommt schliesslich, dass die weitreichenden Einschränkungen des Gebrauchsrechts, welche die Beklagte anstrebt, zweifellos auch das Gleichgewicht der vertraglichen Leistungen stark zu Gunsten der Beklagten verändern würden. Wären sie nicht schon aus anderen Gründen unzulässig, so würde sich die Änderung schon deshalb als missbräuchlich erweisen, weil damit keine Mietzinsenkung einhergehen soll. Die Klage ist daher vollumfänglich gutzuheissen, auch wenn fraglich ist, ob ihre materielle Behandlung im Falle eines Rechtsmittelverfahrens vor Bundesgericht zu einem Entscheid in der Sache führen wird.

## E. 5

Kosten- und Entschädigungsfolgen Dem Verfahrensausgang entsprechend hat die Beklagte sämtliche Kosten zu tragen, auch diejenigen, die vom Obergericht noch nicht verlegt wurden. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr ist wegen des mittlerweile auch unter Berücksichtigung des gleichzeitig zu entscheidenden Verfahrens MJ230012-L beträchtlichen Aufwands auf 5/4 der ordentlichen Gebühr festzulegen. Da kein Fall von Kündigungsschutz nach § 7 GebV vorliegt und wie einleitend erwähnt die Streitwertangaben auch nicht auf periodischen Leistungen beruhen, kommen die entsprechenden Reduktionsgründe nicht zur Anwendung. Bei der Parteientschädigung, welche die Beklagte der Klägerin zu entrichten hat, ist wegen der separaten schriftlichen Eingabe im Erstverfahren ein Zuschlag zu berechnen im Umfang von 15%. Dies führt zu einem Betrag von Fr. 6'207.-. Hinzu kommt die Entschädigung für das Rechtsmittelverfahren, die bereits auf Fr. 3'300.- zuzüglich MWSt festgelegt ist, mithin auf Fr. 3'554.-. (...)»

\* \* \* \* \*

Aus dem Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich NG230011-O vom 19.

- 81 - Dezember 2023 (Weiterzug ans BGer offen; Gerichtsbesetzung: Lichti Aschwanden, Glur, Pahud; Gerichtsschreiber Tanner): «(...) I. 1.

Die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Berufungsklägerin) schloss am 1. November 1995 mit der Klägerin und Berufungsbeklagten (fortan Berufungsbeklagte) sowie ihrem

Ehemann B. einen Mietvertrag über ein 6-Zimmer-Einfamilienhaus an der N.-strasse x in Zürich ab. Die Mietvertragsparteien vereinbarten einen Mietzins von Fr. 2'860.–. B. starb am 7. Mai 2016. Aufgrund dieses Todesfalles überschrieben die Berufungsklägerin und die Berufungsbeklagte am 21. November 2016 den Mietvertrag auf die Berufungsbeklagte allein. Mit Formular vom 21. August 2020 teilte die Berufungsklägerin der Berufungsbeklagten mit, dass ab dem 1. Januar 2024 «Zusatzpflichten auf Basis VGV [gemeint der Verordnung über die Grundsätze der Vermietung von städtischen Wohnungen vom

### **E. 5.1**

Durch den Mietvertrag verpflichtet sich der Vermieter, dem Mieter eine Sache zum Gebrauch zu überlassen, und der Mieter, dem Vermieter dafür einen Mietzins zu leisten (Art. 253 OR). Wie alle Verträge entsteht auch der Mietvertrag nach den allgemeinen Regeln des Obligationenrechts: Erforderlich ist gemäss Art. 1 Abs. 1 OR der Austausch übereinstimmender Willenserklärungen (SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2021, N 897). Dabei bilden die Gebrauchsüberlassung, ihr Gegenstand sowie der Mietzins die objektiv wesentlichen Vertragsessentiale. Haben sich die Parteien nicht über diese essentialia negotii geeinigt, kommt kein Mietvertrag zustande (SVIT Mietrecht-ROHRER, 4. A., Vor Art. 253– 273c OR N 4 f.).

### **E. 5.2**

Die Berufungsklägerin überliess dem Ehepaar B. per 1. November 1995 ein 6-Zimmer-Einfamilienhaus zu Wohnzwecken. Im Gegenzug verpflichtete sich die Mieterschaft dazu, der Berufungsklägerin einen Mietzins von Fr. 2'860.– pro Monat zu bezahlen. Es liegt somit eine konsensuale entgeltliche Gebrauchsüberlassung und damit ein Mietvertrag im Sinne von Art. 253 ff. OR vor. B. starb am 7. Mai 2016. In der Folge einigten sich die Parteien darauf, das Mietverhältnis per

### **E. 10**

Januar 2018; {AS 846.100}] (vgl. Begleitschreiben)» gelten würden. In diesem Begleitschreiben hielt die Berufungsklägerin fest, dass der Stadtrat von Zürich per 1. Januar 2019 die neue Verordnung über die Grundsätze der Vermietung von städtischen Wohnungen vom 10. Januar 2018 in Kraft gesetzt habe. Diese Verordnung sehe Bestimmungen zum Wohnsitz, zur Wohnungsbelegung, zu den wirtschaftlichen Verhältnissen, zur Einkommensentwicklung, zum persönlichen Gebrauch, zur Untervermietung sowie zur Informations- und Auskunftspflicht bzw. Auskunftsermächtigung vor. All diese Bestimmungen würden die allenfalls bereits im bestehenden Mietvertrag enthaltenen Bestimmungen ersetzen oder – soweit diese Themen im bestehenden Mietvertrag noch gar nicht behandelt worden seien – ergänzen. Dabei gehe es konkret um die folgenden neuen Mietvertragsbestimmungen: «Wohnsitz, Wohnungsbelegung Die Mietpartei verpflichtet sich, den zivil- und steuerrechtlichen Wohnsitz in der Stadt Zürich anzumelden und diesen während der ganzen Vertragsdauer beizubehalten. Die Wohnung darf nicht als Zweitwohnung verwendet werden. Davon ausgenommen sind Personen

- 82 - in Ausbildung. Die Missachtung dieser Vorschriften berechtigt die Vermieterin den Mietvertrag zu kündigen. Die Zahl der Bewohnerinnen und Bewohner des Mietobjekts darf die Zahl der Zimmer um höchstens eins unterschreiten. Bei höherer Unterschreitung

gilt das Mietobjekt als unterbelegt. Bei der Berechnung der minimal erforderlichen Personenzahl werden nur Personen berücksichtigt, welche die Wohnsitzvorschriften erfüllen. Die Einhaltung der Belegungsvorschriften ist für die Vermieterin eine unabdingbare Voraussetzung für die Erfüllung des Mietvertrags. Bei deren Verletzung ist ein Wohnungswechsel erforderlich, falls der vertragsgemässe Zustand nicht anderweitig hergestellt werden kann. Die Vermieterin macht der Mietpartei bei einer Unterbelegung nach Möglichkeit zwei zumutbare Ersatzangebote. Lehnt die Mietpartei die Ersatzangebote ab oder kann die Vermieterin keine Ersatzangebote unterbreiten, die den Vorgaben der VGV entsprechen, ist die Vermieterin berechtigt, den Mietvertrag zu kündigen.

Wirtschaftliche Verhältnisse, Einkommensentwicklung Der Mietzins und die wirtschaftlichen Verhältnisse der Mietpartei müssen in einem angemessenen Verhältnis zu einander stehen. Massgebend sind der Bruttomietzins und das steuerrechtlich massgebende Einkommen des gesamten Haushalts. Ein Zehntel des steuerbaren Haushaltvermögens, das 200 000 Franken übersteigt, wird dem massgebenden Einkommen zugerechnet. Das angemessene Verhältnis gilt im laufenden Mietverhältnis als verletzt, wenn das massgebende Einkommen gemäss Absatz 1 über 70 000 Franken liegt und gleichzeitig das Sechsfache des Bruttomietzinses übersteigt. Bei Verletzung des angemessenen Verhältnisses kann die Vermieterin von der Mietpartei einen Wohnungswechsel verlangen. Wird ein Wohnungswechsel verlangt, macht die Vermieterin nach Möglichkeit zwei zumutbare Ersatzangebote. Lehnt die Mietpartei diese ab oder kann die Vermieterin keine Ersatzangebote unterbreiten, die den Vorgaben der VGV entsprechen, ist die Vermieterin berechtigt, den Mietvertrag zu kündigen. Bei einem massgebenden Haushaltseinkommen über 230 000 Franken kann das Mietverhältnis von der Vermieterin ohne Ersatzangebot gekündigt werden. Die Mietpartei ist sich bewusst und anerkennt, dass sich die vorgenannten Verhältniszahlen, Anteile und Frankenwerte im Zuge einer allfälligen Anpassung der VGV ändern können und ab Inkraftsetzung der Änderungen auch für diesen Mietvertrag Gültigkeit haben. Die Mietpartei wird über solche Änderungen gegebenenfalls schriftlich informiert.

Persönlicher Gebrauch, Untervermietung Die Mietpartei verpflichtet sich, die gemietete Wohnung während der gesamten Vertragsdauer selber zu bewohnen. Die Missachtung dieser Vorschrift berechtigt die Vermieterin, den Mietvertrag zu kündigen. Vorbehalten bleibt die zulässige Untervermietung gemäss nachfolgenden Absätzen 2 und 3. Die Untervermietung ist nur mit vorgängiger Zustimmung der Vermieterin gestattet. Dabei gilt Folgendes: Die Untervermietung eines Teils der Wohnung ist zulässig. Ab Einzug der Untermietpartei gelten die Bestimmungen betreffend Wohnsitz, Belegung und wirtschaftliche Verhältnisse für den Haushalt der Mietpartei als Ganzes. Die Untervermietung der ganzen Wohnung ist zulässig, wenn sie maximal ein Jahr andauert und einmaligen Charakter hat. Sie hat keine Belegungs-, Wohnsitz- und Einkommensvorgaben zu erfüllen. Untervermietungen, welche die im vorstehenden Absatz erwähnten Voraussetzungen für eine teilweise oder vollständige Untervermietung nicht erfüllen sowie kurzzeitige Vermietungen eines Teils oder der ganzen Wohnung über Vermietungsplattformen oder andere Organisationsformen gelten für die Vermieterin als wesentlicher Nachteil im Sinne von Art. 262 Abs. 2 lit. c OR und berechtigen sie, die entsprechende Zustimmung zur Untermietung zu verweigern. Bei wiederholter Missachtung des Zustimmungserfordernisses ist die Vermieterin berechtigt, den Mietvertrag zu kündigen.

Informations- und Auskunftspflicht / Auskunftsbevollmächtigung Die Mietpartei ist verpflichtet, der Vermieterin die zur Kontrolle der Vermietungsbedingungen gemäss diesem Mietvertrag sowie die zum Vollzug der VGV notwendigen Auskünfte zu erteilen und auf Verlangen entsprechende Nachweise vorzulegen. Bei Verletzung dieser Pflichten oder bei Täuschung ist die Vermieterin berechtigt, das Mietverhältnis zu kündigen. Die Mietpartei ermächtigt die Vermieterin überdies zu diesem Zweck beim Personenmeldeamt, beim Steueramt und bei anderen zuständigen Stellen, welche für die Mietvertragsumsetzung erforderliche Daten bearbeiten, die erforderlichen Auskünfte und Daten, insbesondere über den Zivilstand, die Personenzahl, den Wohnsitz sowie die Einkommens- und Vermögensverhältnisse einzuholen. Der Mietvertrag mit seinen nachträglichen Änderungen gilt als Ausweis über die vorerwähnten Ermächtigungen.» Weiter legte die Berufungsklägerin ihrem Mietvertragsanpassungsschreiben die VGV bei. 2.

Mit Eingabe vom 26. September 2020 beantragte die Berufungsbeklagte bei der Schlichtungsbehörde Zürich, die oben dargestellten einseitigen Mietvertragsänderungen für nichtig zu erklären. Die Schlichtungsbehörde unterbreitete den Parteien mit Beschluss vom 2. Juni 2021 einen Urteilsvorschlag, worin sie die Klage abwies. Die Berufungsbeklagte lehnte diesen Urteilsvorschlag am 24. Juni 2021 ab. In der Folge erteilte die Schlichtungsbehörde der Berufungsbeklagten mit Beschluss vom 30. Juni 2021 die Klagebewilligung. 3.

Am 2. September 2021 (Datum Poststempel) machte die Berufungsbeklagte eine Klage mit dem eingangs umschriebenen Rechtsbegehren beim Mietgericht Zürich (fortan Vorinstanz) anhängig. Mit Zirkulationsbeschluss vom 6. April 2022 trat

- 84 - die Vorinstanz auf diese Klage nicht ein. Dagegen erhob die Berufungsklägerin am 23. Mai 2022 (Datum Poststempel) Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich (act. 42). Dieses hob mit Urteil vom 6. Dezember 2022 den vorinstanzlichen Zirkulationsbeschluss vom 6. April 2022 auf und wies die Sache zur Durchführung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück. Am 19. Juli 2023 erliess die Vorinstanz das vorstehende Urteil. 4.

Dagegen erhob die Berufungsklägerin am 12. September 2023 (Datum Poststempel) erneut Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich. Mit Verfügung vom 15. September 2023 setzte die Vorsitzende der Kammer der Berufungsklägerin eine Frist an, um einen Kostenvorschuss von Fr. 3'900.– zu leisten. Dieser Vorschuss ging mit Valutadatum vom 26. September 2023 bei der Obergerichtskasse ein. Von der Einholung einer Berufungsantwort bzw. einer vorinstanzlichen Vernehmlassung kann abgesehen werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO; Art. 324 ZPO analog). Die Berufungsschrift ist der Berufungsbeklagten mit dem vorliegenden Endentscheid zuzustellen. II. 1.

Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die Rechtsmittelschrift muss Anträge enthalten, aus welchen hervorgeht, wie der angefochtene Entscheid abgeändert werden soll. Die Vorinstanz stellte der Berufungsklägerin das angefochtene Urteil vom 19. Juli 2023 am 24. Juli 2023 zu. Die Berufungsklägerin übergab ihr Rechtsmittel am 12. September 2023 der Post. Die Sendung traf damit unter Berücksichtigung der Sommergerichtsferien rechtzeitig innert der 30-tägigen Berufungsfrist beim Obergericht ein (Art. 143 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 145 Abs. 1 lit. b ZPO; KUKO ZPO-HOFFMANN-NOWOTNY/BRUNNER, 3. A., Art. 143 N 7). Das

Rechtsmittel enthält eine Begründung und die vorstehenden Berufungsanträge. Mit Valutadatum vom 26. Septem-

- 85 - ber 2023 überwies die Berufungsklägerin rechtzeitig den ihr auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 3'900.– an die Kasse des Obergerichtes. Damit sind alle Berufungsvoraussetzungen erfüllt, weshalb auf das Rechtsmittel einzutreten ist. 2.

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