

# Das Verfahrensrecht bei der Wohn- und Geschäftsraummiete nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)

Inauguraldissertation

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris der Rechtswissen-  
schaftlichen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Manfred Strik

von

Bern und Florenz

Die Fakultät hat diese Arbeit am 25. Oktober 2018 auf Antrag der  
beiden Gutachter, Prof. Dr. Thomas Koller und Prof. Dr. Alexander  
R. Markus, als Dissertation angenommen

Originaldokument gespeichert auf dem Webservice der Universitätsbibliothek Bern



Dieses Werk ist unter einem

Creative Commons Namensnennung-Keine kommerzielle Nutzung-Keine Bearbeitung 2.5 Schweiz

Lizenzvertrag lizenziert. Um die Lizenz anzusehen, gehen Sie bitte zu

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ch/> oder schicken Sie einen Brief an Creative

Commons, 171 Second Street, Suite 300, San Francisco, California 94105, USA.



*Alla mia famiglia*



## **Vorwort**

Ein herzlicher Dank gebührt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Thomas Koller, der mir die nötige Zeit zum Verfassen der Dissertation gelassen und mit anregenden Gesprächen wesentlich zum Gelingen der vorliegenden Arbeit beigetragen hat. Herrn Prof. Dr. Alexander R. Markus danke ich sehr für das stets entgegengebrachte Interesse an meinem Thema und die zügige Zweitbegutachtung.

Ein Dank geht auch an meine Familie, die mich immer in allem unterstützt hat. Weiter geht ein ganz lieber Dank an die Herren RA Dr. Marius Stucki und RA MLaw Philipp Komor für die wertvolle kritische Durchsicht des Manuskripts sowie an Herrn MLaw Emanuel Bittel für die technische Hilfe. Schliesslich möchte ich mich bei diesen Herren und Herrn RA MLaw Raphael Märki auch für die schöne Zeit bedanken, die ich mit ihnen während meiner Doktoratszeit am Zivilistischen Seminar der Universität Bern verbringen durfte.

Manuskriptschluss der vorliegenden Arbeit war am 29. Juni 2018. Judikatur, Literatur sowie Materialien wurden bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt.

Bern, im Oktober 2018

Manfred Strik



## Inhaltsübersicht

|                                                  |            |
|--------------------------------------------------|------------|
| <b>Inhaltsübersicht .....</b>                    | <b>VII</b> |
| <b>Inhaltsverzeichnis .....</b>                  | <b>IX</b>  |
| <b>Einleitung .....</b>                          | <b>1</b>   |
| <b>1. Teil: Grundlagen .....</b>                 | <b>3</b>   |
| I. Örtliche Zuständigkeit.....                   | 3          |
| II. Gemeinsame Miete .....                       | 12         |
| III. Streitwertberechnung .....                  | 19         |
| <b>2. Teil: Das Schlichtungsverfahren .....</b>  | <b>27</b>  |
| I. Statistiken zum Schlichtungsverfahren .....   | 27         |
| II. Schlichtungsobligatorium und Ausnahmen ..... | 28         |
| III. Schlichtungsbehörden .....                  | 41         |
| IV. Ablauf des Schlichtungsverfahrens.....       | 50         |
| V. Abschluss des Schlichtungsverfahrens .....    | 78         |
| VI. Kostenregelung .....                         | 95         |
| <b>3. Teil: Das vereinfachte Verfahren .....</b> | <b>101</b> |
| I. Einleitung.....                               | 101        |
| II. Anwendungsbereich.....                       | 101        |
| III. Soziale Untersuchungsmaxime .....           | 120        |
| IV. Objektive Klagenhäufung .....                | 122        |
| V. Widerklage.....                               | 128        |
| VI. Kostenregelung .....                         | 133        |

## Inhaltsübersicht

---

|                                                  |            |
|--------------------------------------------------|------------|
| <b>4. Teil: Das ordentliche Verfahren .....</b>  | <b>139</b> |
| I. Anwendungsbereich.....                        | 139        |
| II. Zuständigkeit des Handelsgerichts.....       | 140        |
| <b>5. Teil: Das Summarverfahren .....</b>        | <b>145</b> |
| I. Rechtsschutz in klaren Fällen .....           | 145        |
| II. Vorsorgliche Massnahmen.....                 | 171        |
| <b>6. Teil: Ausblick: Revision der ZPO .....</b> | <b>177</b> |
| I. Einleitung.....                               | 177        |
| II. Auswirkungen auf das Mietverfahren .....     | 177        |
| III. Fazit .....                                 | 185        |
| <b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>               | <b>187</b> |
| <b>Literaturverzeichnis .....</b>                | <b>193</b> |
| <b>Materialien .....</b>                         | <b>205</b> |

# Inhaltsverzeichnis

|                                                                                      |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Inhaltsübersicht .....</b>                                                        | <b>VII</b> |
| <b>Inhaltsverzeichnis .....</b>                                                      | <b>IX</b>  |
| <b>Einleitung .....</b>                                                              | <b>1</b>   |
| <b>1. Teil: Grundlagen .....</b>                                                     | <b>3</b>   |
| I. Örtliche Zuständigkeit.....                                                       | 3          |
| 1. Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache.....                                     | 3          |
| 2. Verzicht auf den gesetzlichen Gerichtsstand .....                                 | 4          |
| 3. Geltungsbereich von Art. 33 ZPO .....                                             | 5          |
| A. Unbewegliche Sachen.....                                                          | 5          |
| B. Klagen aus Miete .....                                                            | 6          |
| a. Erfasste Rechtsverhältnisse.....                                                  | 6          |
| b. Exkurs: Miete von Ferienwohnungen .....                                           | 7          |
| aa. Einleitung .....                                                                 | 7          |
| bb. Lehrmeinungen .....                                                              | 7          |
| cc. Stellungnahme.....                                                               | 8          |
| i. Konsumentenstreitigkeit?.....                                                     | 8          |
| ii. Anwendbarkeit des Konsumentengerichtsstands auf die<br>Ferienwohnungsmiete ..... | 9          |
| II. Gemeinsame Miete .....                                                           | 12         |
| 1. Gemeinsame Miete und notwendige Streitgenossenschaft<br>im Allgemeinen .....      | 12         |
| 2. Kündigungsanfechtung durch Mitmieter im Besonderen .....                          | 14         |
| A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung und Lehrmeinungen.....                          | 14         |
| a. Bundesgerichtliche Rechtsprechung .....                                           | 14         |
| b. Lehrmeinungen .....                                                               | 15         |
| B. Offene Fragen .....                                                               | 16         |
| a. Einleitung .....                                                                  | 16         |
| b. Vereinbarkeit mit dem Institut der notwendigen<br>Streitgenossenschaft?.....      | 16         |
| c. Beschränkung auf die Wohnraummiete? .....                                         | 17         |
| d. Begrenzung auf die Kündigungsanfechtung? .....                                    | 17         |

## Inhaltsverzeichnis

---

|                                                                                               |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| III. Streitwertberechnung .....                                                               | 19        |
| 1. Berechnung des Streitwerts im Allgemeinen .....                                            | 19        |
| 2. Streitwertberechnung bei einzelnen Streitigkeiten.....                                     | 20        |
| A. Vorbemerkungen .....                                                                       | 20        |
| B. Mietzinsstreitigkeiten gemäss Art. 270 ff. OR .....                                        | 20        |
| C. Mietminderung wegen Mängeln.....                                                           | 21        |
| D. Kündigungsanfechtung .....                                                                 | 22        |
| a. Brutto- oder Nettomietzins?.....                                                           | 22        |
| b. Befristete Mietverhältnisse .....                                                          | 23        |
| c. Unbefristete Mietverhältnisse .....                                                        | 23        |
| E. Erstreckung.....                                                                           | 25        |
| <b>2. Teil: Das Schlichtungsverfahren .....</b>                                               | <b>27</b> |
| I. Statistiken zum Schlichtungsverfahren .....                                                | 27        |
| II. Schlichtungsobligatorium und Ausnahmen .....                                              | 28        |
| 1. Schlichtungsobligatorium als Grundsatz .....                                               | 28        |
| 2. Ausnahmen .....                                                                            | 29        |
| A. Einleitung .....                                                                           | 29        |
| B. Gesetzliche Ausnahmen gemäss Art. 198 ZPO .....                                            | 29        |
| a. Vorbemerkungen .....                                                                       | 29        |
| b. Summarverfahren.....                                                                       | 30        |
| c. Klagen aus dem SchKG .....                                                                 | 31        |
| aa. Im Allgemeinen.....                                                                       | 31        |
| bb. Aberkennungsklage im Besonderen .....                                                     | 31        |
| d. Streitigkeiten gemäss Art. 5 ZPO und Art. 6 ZPO.....                                       | 33        |
| e. Hauptintervention, Widerklage und Streitverkündungsklage .....                             | 34        |
| C. Mietzinsstreitigkeiten im Zusammenhang mit Mietobjekten<br>i.S.v. Art. 253b Abs. 3 OR..... | 35        |
| D. Verzicht gemäss Art. 199 ZPO .....                                                         | 36        |
| a. Einleitung und Gesetzgebungsprozess.....                                                   | 36        |
| b. Zulässigkeit des gemeinsamen Verzichts?.....                                               | 37        |
| aa. Vorbemerkungen.....                                                                       | 37        |
| bb. Lehrmeinungen .....                                                                       | 38        |
| cc. Stellungnahme.....                                                                        | 39        |
| dd. Schlussfolgerung .....                                                                    | 40        |
| c. Einseitiger Verzicht .....                                                                 | 40        |
| III. Schlichtungsbehörden .....                                                               | 41        |
| 1. Organisation der Schlichtungsbehörden .....                                                | 41        |
| A. Grundsatz der kantonalen Kompetenz .....                                                   | 41        |
| B. Paritätische Schlichtungsbehörden .....                                                    | 41        |
| a. Parität.....                                                                               | 41        |

|     |                                                                           |    |
|-----|---------------------------------------------------------------------------|----|
| b.  | Wohn- und Geschäftsräume.....                                             | 43 |
| aa. | Vorbemerkungen.....                                                       | 43 |
| bb. | Lehrmeinungen .....                                                       | 43 |
| cc. | Stellungnahme.....                                                        | 44 |
| 2.  | Schlichtungsbehörden als Rechtsberatungsstellen .....                     | 47 |
| A.  | Rechtsberatung .....                                                      | 47 |
| B.  | Rechtsberatungstätigkeit als Ausstandsgrund? .....                        | 47 |
| a.  | Vorentwurf und Botschaft.....                                             | 47 |
| b.  | Lehrmeinungen .....                                                       | 48 |
| c.  | Stellungnahme .....                                                       | 49 |
| IV. | Ablauf des Schlichtungsverfahrens.....                                    | 50 |
| 1.  | Schlichtungsgesuch und Schriftenwechsel .....                             | 50 |
| A.  | Schlichtungsgesuch .....                                                  | 50 |
| B.  | Schriftenwechsel.....                                                     | 51 |
| 2.  | Beweisaufnahme .....                                                      | 53 |
| 3.  | Grundsatz der Nichtöffentlichkeit.....                                    | 55 |
| 4.  | Persönliches Erscheinen .....                                             | 58 |
| A.  | Grundsatz der persönlichen Erscheinungspflicht.....                       | 58 |
| a.  | Im Allgemeinen .....                                                      | 58 |
| b.  | Bei juristischen Personen.....                                            | 61 |
| B.  | Vertretung gemäss Art. 204 Abs. 3 ZPO .....                               | 62 |
| a.  | Voraussetzungen der Vertretung.....                                       | 62 |
| aa. | Vereinfachtes Verfahren im allfälligen erstinstanzlichen<br>Prozess ..... | 62 |
| bb. | Vertretung des Vermieters durch die Liegenschafts-<br>verwaltung.....     | 63 |
| cc. | Schriftliche Ermächtigung.....                                            | 65 |
| b.  | Recht auf Gegenvertretung? .....                                          | 66 |
| 5.  | Säumnis .....                                                             | 67 |
| A.  | Einleitung .....                                                          | 67 |
| B.  | Wiederherstellung gemäss Art. 148 ZPO .....                               | 68 |
| a.  | Zulässigkeit der Wiederherstellung im Schlichtungsverfahren.....          | 68 |
| b.  | Rechtsmittel gegen den Entscheid der Schlichtungsbehörde .....            | 70 |
| c.  | Stellungnahme .....                                                       | 71 |
| C.  | Disziplinar massnahmen bei Säumnis .....                                  | 73 |
| a.  | Bedeutung im mietrechtlichen Verfahren .....                              | 73 |
| b.  | Ordnungsbusse bei Säumnis? .....                                          | 74 |
| aa. | Zulässigkeit und Anwendungsbereich.....                                   | 74 |
| bb. | Voraussetzungen .....                                                     | 77 |
| V.  | Abschluss des Schlichtungsverfahrens .....                                | 78 |
| 1.  | Einigung der Parteien.....                                                | 78 |
| 2.  | Klagebewilligung .....                                                    | 79 |

## Inhaltsverzeichnis

---

|                                                  |                                                               |            |
|--------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------|------------|
| A.                                               | Einleitung .....                                              | 79         |
| B.                                               | Adressat der Klagebewilligung.....                            | 80         |
| a.                                               | Umkehr der Klägerrolle bei Mietzinserhöhungen.....            | 80         |
| b.                                               | Einseitige Vertragsänderungen i.S.v. Art. 270b Abs. 2 OR..... | 81         |
| C.                                               | Frist für die Klageeinreichung .....                          | 82         |
| 3.                                               | Urteilsvorschlag .....                                        | 85         |
| A.                                               | Einleitung und Gesetzgebungsprozess.....                      | 85         |
| a.                                               | Einleitung.....                                               | 85         |
| b.                                               | Art. 210 ZPO im Gesetzgebungsprozess .....                    | 85         |
| B.                                               | Besondere Verfahrensregelungen .....                          | 87         |
| C.                                               | Geltungsbereich .....                                         | 87         |
| D.                                               | Anwendung im freien Ermessen.....                             | 88         |
| E.                                               | Wirkungen .....                                               | 90         |
| a.                                               | Annahme.....                                                  | 90         |
| b.                                               | Ablehnung.....                                                | 90         |
| 4.                                               | Entscheid .....                                               | 92         |
| A.                                               | Gesetzgebungsprozess .....                                    | 92         |
| B.                                               | Verfahren .....                                               | 93         |
| C.                                               | Relevanz bei mietrechtlichen Streitigkeiten?.....             | 94         |
| VI.                                              | Kostenregelung .....                                          | 95         |
| 1.                                               | Prozesskosten im Allgemeinen .....                            | 95         |
| 2.                                               | Prozesskosten beim Urteilsvorschlag und Entscheid .....       | 95         |
| A.                                               | Lehrmeinungen .....                                           | 95         |
| B.                                               | Stellungnahme .....                                           | 97         |
| 3.                                               | Parteientschädigung „für“ das Schlichtungsverfahren .....     | 99         |
| <b>3. Teil: Das vereinfachte Verfahren .....</b> |                                                               | <b>101</b> |
| I.                                               | Einleitung.....                                               | 101        |
| II.                                              | Anwendungsbereich.....                                        | 101        |
| 1.                                               | Art. 243 ZPO im Gesetzgebungsprozess .....                    | 101        |
| 2.                                               | Geltungsbereich von Art. 243 Abs. 1 ZPO .....                 | 103        |
| 3.                                               | Geltungsbereich von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO .....          | 103        |
| A.                                               | Kernbereich des Mietrechts .....                              | 103        |
| B.                                               | Kündigungsschutz .....                                        | 104        |
| a.                                               | Vorbemerkungen .....                                          | 104        |
| b.                                               | Lehrmeinungen .....                                           | 105        |
| c.                                               | Rechtsprechung des Bundesgerichts .....                       | 106        |
| d.                                               | Stellungnahme .....                                           | 108        |
| C.                                               | Erstreckung.....                                              | 112        |
| a.                                               | Vorbemerkungen .....                                          | 112        |
| b.                                               | Rechtsprechung des Bundesgerichts .....                       | 112        |

|                 |                                                                                    |            |
|-----------------|------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| D.              | Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen.....                                        | 114        |
| a.              | Vorbemerkungen .....                                                               | 114        |
| b.              | Missbräuchliche Mietzinse .....                                                    | 115        |
| c.              | Andere missbräuchliche Forderungen des Vermieters.....                             | 116        |
| d.              | Mietzinsstreitigkeiten betreffend Mietobjekte<br>i.S.v. Art. 253b Abs. 3 OR.....   | 117        |
| e.              | Schlussfolgerungen .....                                                           | 118        |
| E.              | Hinterlegung von Mietzinsen .....                                                  | 119        |
| III.            | Soziale Untersuchungsmaxime .....                                                  | 120        |
| IV.             | Objektive Klagenhäufung .....                                                      | 122        |
| 1.              | Bedeutung im mietrechtlichen Verfahren .....                                       | 122        |
| 2.              | Im Allgemeinen und gleiche sachliche Zuständigkeit .....                           | 122        |
| 3.              | Gleiche Verfahrensart im Besonderen .....                                          | 123        |
| A.              | Einleitung .....                                                                   | 123        |
| B.              | Kumulation streitwertabhängiger Rechtsbegehren .....                               | 123        |
| C.              | Kumulation streitwertabhängiger und streitwertunabhängiger<br>Rechtsbegehren ..... | 126        |
| a.              | Vorbemerkungen .....                                                               | 126        |
| b.              | Zusammenrechnung der Streitwerte?.....                                             | 127        |
| c.              | Zulässigkeit der objektiven Klagenhäufung?.....                                    | 127        |
| V.              | Widerklage.....                                                                    | 128        |
| 1.              | Bedeutung im mietrechtlichen Verfahren .....                                       | 128        |
| 2.              | Voraussetzungen im Allgemeinen .....                                               | 129        |
| 3.              | Gleiche Verfahrensart im Besonderen .....                                          | 130        |
| A.              | Lehrmeinungen und bundesgerichtliche Rechtsprechung .....                          | 130        |
| B.              | Stellungnahme .....                                                                | 132        |
| VI.             | Kostenregelung .....                                                               | 133        |
| 1.              | Einleitung.....                                                                    | 133        |
| 2.              | Kostenbefreiung nach kantonalem Recht .....                                        | 134        |
| A.              | Gerichtskosten oder Prozesskosten?.....                                            | 134        |
| B.              | Die Regelung am Beispiel einiger Kantone.....                                      | 135        |
| <b>4. Teil:</b> | <b>  Das ordentliche Verfahren .....</b>                                           | <b>139</b> |
| I.              | Anwendungsbereich.....                                                             | 139        |
| II.             | Zuständigkeit des Handelsgerichts.....                                             | 140        |
| 1.              | Bundesgerichtliche Rechtsprechung und Lehrmeinungen .....                          | 140        |
| A.              | Handelsrechtliche Streitigkeit.....                                                | 140        |
| B.              | Verfahrensart .....                                                                | 141        |
| 2.              | Stellungnahme .....                                                                | 142        |

**5. Teil: Das Summarverfahren ..... 145**

|     |                                                                                               |     |
|-----|-----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I.  | Rechtsschutz in klaren Fällen .....                                                           | 145 |
| 1.  | Einleitung.....                                                                               | 145 |
| 2.  | Voraussetzungen im Allgemeinen .....                                                          | 145 |
| 3.  | Summarexmission des Mieters .....                                                             | 148 |
| A.  | Vorbemerkungen und sachliche Zuständigkeit.....                                               | 148 |
| a.  | Vorbemerkungen .....                                                                          | 148 |
| b.  | Sachliche Zuständigkeit .....                                                                 | 150 |
| B.  | Summarexmission anhand einzelner Beispiele.....                                               | 151 |
| a.  | Kündigung wegen Zahlungsverzugs (Art. 257d OR).....                                           | 151 |
| aa. | Vorbemerkungen.....                                                                           | 151 |
| bb. | Liquidität des Sachverhalts .....                                                             | 151 |
| cc. | Klare Rechtslage .....                                                                        | 153 |
| dd. | Ausweisung wegen Verzugs bei Nebenkosten? .....                                               | 153 |
| b.  | Kündigung wegen Konkurs des Mieters (Art. 266h OR).....                                       | 155 |
| aa. | Vorbemerkungen.....                                                                           | 155 |
| bb. | Liquidität des Sachverhalts .....                                                             | 155 |
| cc. | Klare Rechtslage .....                                                                        | 157 |
| c.  | Kündigung wegen Verletzung der Pflicht zu Sorgfalt und<br>Rücksichtnahme (Art. 257f OR) ..... | 157 |
| aa. | Vorbemerkungen.....                                                                           | 157 |
| bb. | Liquidität des Sachverhalts .....                                                             | 158 |
| cc. | Klare Rechtslage .....                                                                        | 161 |
| d.  | Kündigung aus wichtigen Gründen (Art. 266g OR) .....                                          | 162 |
| C.  | Summarexmission während hängigem Schlichtungsverfahren .....                                  | 163 |
| D.  | Auslösen der Kündigungssperrfrist?.....                                                       | 166 |
| E.  | Streitwertberechnung.....                                                                     | 168 |
| a.  | Brutto- oder Nettomietzins?.....                                                              | 168 |
| b.  | Massgeblicher Zeitraum gemäss bundesgerichtlicher<br>Rechtsprechung.....                      | 168 |
| c.  | Stellungnahme und Berechnungsvorschlag .....                                                  | 170 |
| II. | Vorsorgliche Massnahmen.....                                                                  | 171 |
| 1.  | Einleitung.....                                                                               | 171 |
| 2.  | Anwendungsfälle .....                                                                         | 172 |

**6. Teil: Ausblick: Revision der ZPO ..... 177**

|     |                                         |     |
|-----|-----------------------------------------|-----|
| I.  | Einleitung.....                         | 177 |
| II. | Auswirkungen auf das Mietverfahren..... | 177 |
| 1.  | Handelsgericht .....                    | 177 |
| 2.  | Objektive Klagenhäufung .....           | 179 |
| 3.  | Verfahren der Wiederherstellung.....    | 181 |

## Inhaltsverzeichnis

---

|                                                 |            |
|-------------------------------------------------|------------|
| 4. Ausnahmen vom Schlichtungsobligatorium ..... | 181        |
| 5. Säumnis im Schlichtungsverfahren.....        | 182        |
| 6. Urteilsvorschlag/Entscheidvorschlag.....     | 182        |
| 7. Widerklage.....                              | 183        |
| III. Fazit .....                                | 185        |
| <b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>              | <b>187</b> |
| <b>Literaturverzeichnis .....</b>               | <b>193</b> |
| <b>Materialien .....</b>                        | <b>205</b> |



## Einleitung

Die vorliegende Arbeit beleuchtet die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) aus dem Blickwinkel des Wohn- und Geschäftsraummietrechts.<sup>1</sup> Sie hat prozessuale Fragen zum Gegenstand, wobei es unerlässlich ist, sich auch mit dem materiellen Recht zu befassen. Während die ZPO in der Literatur von Beginn an ein reges Interesse weckte, liessen höchstrichterliche Entscheide naturgemäss auf sich warten.<sup>2</sup> Mittlerweile hat sich jedoch eine Fülle von (mietrechtlichen) Bundesgerichtsentscheiden angesammelt, welche die anfänglichen Rechtsunsicherheiten weitgehend ausgeräumt hat. Nichtsdestotrotz gibt es weiterhin Unklarheiten, die noch zu beseitigen bleiben.

Konkret gilt es zu unterscheiden zwischen allgemeinen zivilprozessualen Fragen, die sich bei einer Vielzahl von Vertragsverhältnissen gleichermaßen aufwerfen, und solchen, die einen ausschliesslichen Bezug zum Mietrecht aufweisen. Darüber hinaus gibt es Fragestellungen, die zwar nicht mietrechtsspezifisch sind, in dieser Materie aber eine gewisse Rolle spielen.<sup>3</sup> Um der mietverfahrensrechtlichen Natur der Arbeit Rechnung zu tragen, beschränken sich die Ausführungen – vorbehaltlich einleitender oder ergänzender Anmerkungen – auf die beiden letztgenannten Fälle.

Diese Arbeit hat zum Ziel, einen Überblick über das Zivilverfahren im Wohn- und Geschäftsraummietrecht zu schaffen. Die Untersuchung ist nicht als abschliessend zu erachten, sondern setzt sich insbesondere mit in der Lehre kontroversen und in der Praxis relevanten Themen auseinander. Der erste Teil widmet sich den Grundlagen. Dabei handelt es sich um Regelungen, die nicht spezifisch einem einzelnen Verfahren zugeordnet werden können. Der darauf folgende zweite Teil hat das Schlichtungsverfahren zum Gegenstand, der dritte das vereinfachte Verfahren. Das Hauptaugenmerk liegt auf diesen beiden Verfahrensarten. Die Teile vier und fünf befassen sich mit dem ordentlichen sowie dem summarischen Verfahren.

Über sieben Jahre nach Inkrafttreten der ZPO hat der Bundesrat am 2. März 2018 einen Vorentwurf veröffentlicht, der mittels punktueller Änderungen deren Praxistauglichkeit verbessern soll. Die vorliegende Arbeit setzt sich mit dem geltenden Recht auseinander. Dennoch erfolgt im abschliessenden sechsten Teil eine Stellungnahme zur Revision.

---

<sup>1</sup> Die Miete beweglicher sowie unbeweglicher Sachen, bei denen es sich nicht um Wohn- oder Geschäftsräume handelt, ist nicht Gegenstand dieser Arbeit.

<sup>2</sup> Siehe HEDIGER, mp 2013, 2 f.; KOLLER, ZBJV 11/2013, 878 f.

<sup>3</sup> Siehe KORAK-DISLER, Rz. 2.



## 1. Teil: Grundlagen

### I. Örtliche Zuständigkeit

#### 1. Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache

Eine der ersten prozessualen Fragen, die sich im Zusammenhang mit einer Streitigkeit stellen, ist diejenige der örtlichen Zuständigkeit. Die Regelung der örtlichen Zuständigkeit bei mietrechtlichen Angelegenheiten hat in Art. 33 ZPO Eingang gefunden. Diese Bestimmung stimmt mit dem vor Inkrafttreten der ZPO geltenden Art. 23 Abs. 1 GestG überein, der wiederum nahezu unverändert von Art. 274b Abs. 1 lit. a aOR übernommen wurde.<sup>4</sup> Demnach ist für Klagen aus der Miete unbeweglicher Sachen das Gericht am Ort der gelegenen Sache zuständig. Während der Wortlaut der Art. 23 Abs. 1 GestG und Art. 274b Abs. 1 lit. a aOR sowohl Gerichte als auch Schlichtungsbehörden umfasste, ist in Art. 33 ZPO lediglich von Gerichten die Rede. Nichtsdestotrotz gilt die Zuständigkeit nach heutiger Regelung auch für die Schlichtungsbehörden.<sup>5</sup> 5

Der Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache bezweckt einerseits die Erleichterung der Beweiserhebung – zu denken ist etwa an die Beurteilung von Mängeln anlässlich eines Augenscheins – und der Feststellung des in Mietsachen verbreiteten zu beachtenden Ortsgebrauchs.<sup>6</sup> Andererseits wird der sozialrechtlichen Besonderheit mietrechtlicher Streitigkeiten Rechnung getragen, 6

---

<sup>4</sup> Für die Auslegung von Art. 33 ZPO kann daher grundsätzlich auf die bisherige Rechtsprechung und Literatur zurückgegriffen werden, so auch BSK ZPO-KAISER JOB, Art. 33 N 1, u. ZPO-ROHNER, Art. 33 N 1; Art. 32 E-ZPO (der heutige Art. 33 ZPO) gab im Gesetzgebungsprozess keinen Anlass zu Diskussionen, siehe dazu die Beratung im Rahmen der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats, Protokoll RK-StR vom 8./9. Januar 2007, 26, sowie diejenige der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats, Protokoll RK-NR vom 23./24. August 2007, 15. Siehe für die Debatten im Ständerat und Nationalrat AmtlBull StR 2007, 505 f., sowie AmtlBull NR 2008, 644.

<sup>5</sup> CPC Comm.-COCCHI, Art. 33 N 7; CONOD/BOHNET, Droit du bail, 255; LACHAT, Procédure, 37; ZPO Komm.-FELLER/BLOCH, Art. 33 N 9; BSK ZPO-KAISER JOB, Art. 33 N 12; KOUMBARAKIS, Schlichtungsverfahren in Mietsachen, 126; so auch bereits der Bericht VE-ZPO, 28, wobei anzumerken ist, dass Schlichtungsbehörden nach Konzeption des Vorentwurfs Gerichte waren (Art. 191 VE-ZPO).

<sup>6</sup> Botschaft Revision Miet- und Pachtrecht, 1468; BGE 120 II 112 E. 3b/bb S. 114 f.; BGer 5C.181/2003 vom 4. November 2003, E. 2.3; CPC Comm.-COCCHI, Art. 33 N 1; ZPO Komm.-FELLER/BLOCH, Art. 33 N 1; BK ZPO-WALTHER, Art. 33 N 3.

## 1. Teil: Grundlagen

---

indem die Mieterschaft als schwächere Partei geschützt wird. Es soll nicht Aufgabe des Mieters sein, den Vermieter an dessen Wohnsitz aufsuchen zu müssen.<sup>7</sup>

## 2. Verzicht auf den gesetzlichen Gerichtsstand

- 7 Auf den Gerichtsstand nach Art. 33 ZPO kann gemäss Art. 35 Abs. 1 lit. b ZPO diejenige Partei, die Wohn- oder Geschäftsräume gemietet hat, nicht zum Voraus oder durch Einlassung verzichten.<sup>8</sup> Es handelt sich somit um einen teilzwingenden Gerichtsstand.
- 8 Die durch Art. 35 Abs. 1 lit. b ZPO statuierte eingeschränkte Dispositionsmöglichkeit dient dem Schutz der schwächeren Partei.<sup>9</sup> Wie aus dem Wortlaut ersichtlich ist, dehnt diese Bestimmung den Sozialschutzgedanken nicht auf sämtliche Mietverhältnisse unbeweglicher Sachen aus, sondern beschränkt den Schutz auf Wohn- oder Geschäftsraummieter.<sup>10</sup> Der Geltungsbereich von Art. 33 ZPO und Art. 35 Abs. 1 lit. b ZPO ist demnach nicht deckungsgleich.
- 9 Der von dieser Norm gewährte Schutz ist weiter kein absoluter. So bleibt gemäss Art. 35 Abs. 2 ZPO der Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung i.S.v. Art. 17 ZPO nach Entstehung einer Streitigkeit vorbehalten. Während bei der Wohn- und Geschäftsraummieta somit eine von Art. 33 ZPO abweichende Gerichtsstandsklausel im Mietvertrag unzulässig ist, kann eine solche nach Beginn der Streitigkeit vereinbart werden.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> BGE 123 III 89 E. 3b S. 91; BGE 120 II 112 E. 3b/bb S. 115; ZPO Komm.-FELLER/BLOCH, Art. 33 N 1, u. Komm. GestG-GROSS, Art. 23 N 21, führen weiter aus, dass auch der Vermieter einen bedeutenden Bezug zum Ort der gelegenen Sache aufweist, weshalb dieser Gerichtsstand für ihn zumutbar ist.

<sup>8</sup> Vgl. noch den anderslautenden Art. 31 VE-ZPO, wonach das Einlassungsverbot noch nicht vorgesehen war.

<sup>9</sup> BSK ZPO-KAISER JOB, Art. 35 N 1; Kuko ZPO-HAAS/STRUB, Art. 35 N 2; ZPO Komm.-SUTTER-SOMM/HEDINGER, Art. 35 N 5.

<sup>10</sup> BSK ZPO-KAISER JOB, Art. 35 N 5; vgl. zum Geltungsbereich des Begriffs „unbewegliche Sache“ i.S.v. Art. 33 ZPO Rz. 10 f., zu demjenigen des Wohn- und Geschäftsraums Rz. 96 ff.

<sup>11</sup> LACHAT, Procédure, 38 f.

### 3. Geltungsbereich von Art. 33 ZPO

#### A. Unbewegliche Sachen

Der Geltungsbereich von Art. 33 ZPO umfasst die *Miete unbeweglicher Sachen*. Die Anknüpfung an die Miete unbeweglicher Sachen ist in der ZPO ein Einzelfall, da die übrigen mietrechtsspezifischen Normen auf Wohn- und Geschäftsräume abstellen. Der Begriff der unbeweglichen Sache gemäss Art. 33 ZPO entspringt dem Sachenrecht (Art. 655 Abs. 2 ZGB).<sup>12</sup> Da an Rechten i.S.v. Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB generell keine Miete möglich ist, kommen zunächst Grundstücke i.S.v. Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 (Liegenschaften) und Ziff. 4 ZGB (Miteigentumsanteile an Grundstücken) als potenzielle Mietobjekte in Frage.<sup>13</sup> In der Lehre ist umstritten, ob die Miete auch an Bergwerken gemäss Art. 655 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB möglich ist. Während FELLER/BLOCH und HIGI den Standpunkt vertreten, dass es sich dabei um mögliche Mietgegenstände handle<sup>14</sup>, unterstellt HRISTIĆ die Gebrauchsüberlassung an Bergwerken den Bestimmungen der Pacht<sup>15</sup>. Für die Frage der örtlichen Zuständigkeit ist die konkrete Einordnung allerdings nicht entscheidend, da Art. 33 ZPO sowohl auf Klagen aus Miete als auch auf solche aus Pacht Anwendung findet.

Als unbewegliche Sachen gelten insbesondere Wohn- und Geschäftsräume. Unter diesen Begriff fallen aber auch (unbebaute) Bodenflächen, Bootsanlegestellen, Gärten, Keller, Bastelräume, Scheunen sowie Park- und Lagerplätze.<sup>16</sup> Vom Anwendungsbereich des Art. 33 ZPO werden weiter auch die Bestandteile (Art. 642 ZGB) und das Zugehör (Art. 644 ZGB) einer unbeweglichen Sache erfasst.<sup>17</sup>

<sup>12</sup> HRISTIĆ, 106 f.; ZPO Komm.-FELLER/BLOCH, Art. 33 N 11; Handkomm. ZPO-LAMBELET, Art. 33 N 7.

<sup>13</sup> Dike Komm. ZPO-HIGI, Art. 33 N 11 f., dem zufolge bei Miteigentumsanteilen erforderlich ist, dass mit diesen ein Sondernutzungsrecht verbunden ist, welches die Miete eines Sachteils zulässt; so auch ZPO Komm.-FELLER/BLOCH, Art. 33 N 11; DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 51.

<sup>14</sup> ZPO Komm.-FELLER/BLOCH, Art. 33 N 11; Dike Komm. ZPO-HIGI, Art. 33 N 11; gl.M. DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 51.

<sup>15</sup> HRISTIĆ, 107.

<sup>16</sup> Dike Komm. ZPO-HIGI, Art. 33 N 11, mit weiteren Beispielen; BSK ZPO-KAISER JOB, Art. 33 N 3; MÜLLER/SCHNEIDER, Rz. 11.35.

<sup>17</sup> Komm. GestG-GROSS, Art. 23 N 82; HRISTIĆ, 107; Dike Komm. ZPO-HIGI, Art. 33 N 14; KOUMBARAKIS, Schlichtungsverfahren in Mietsachen, 127; a.A. scheinbar Handkomm. ZPO-LAMBELET, Art. 33 N 7, wo nur von Bestandteilen die Rede ist.

**B. Klagen aus Miete**

*a. Erfasste Rechtsverhältnisse*

- 12 Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung beschränkt sich die Zuständigkeit auf solche Rechtsbeziehungen, die schwergewichtig mietrechtlicher Natur sind. Dabei muss die Grundlage des konkreten Streits in einer mietrechtlichen oder zumindest mietrechtsähnlichen Beziehung der Parteien liegen.<sup>18</sup> Art. 33 ZPO findet nicht nur im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter (bzw. Untervermieter und Untermieter) Anwendung, sondern ist auch dann einschlägig, wenn sich Hauptvermieter und Untermieter gegenüberstehen.<sup>19</sup> Nicht zum Tragen kommt Art. 33 ZPO dagegen, wenn es sich um rein deliktische Ansprüche handelt sowie bei Klagen aus Eigentums- oder Besitzrecht.<sup>20</sup>
- 13 Art. 33 ZPO erfasst grundsätzlich<sup>21</sup> sämtliche Klagen, für deren Beurteilung die Art. 253 ff. OR von Bedeutung sind. Darunter fallen zunächst Forderungsklagen wie die Zahlung ausstehender Mietzinse (Art. 253 OR), die Rückgabe des Mietobjekts (Art. 267 OR), die Forderung der Mängelbeseitigung (Art. 259b OR) oder von Schadenersatz (Art. 259e OR). Weiter erfasst werden Gestaltungs-klagen wie die Anfechtung einer Kündigung (Art. 271 f. OR und Art. 273 OR), die Anfechtung des Anfangsmietzinses (Art. 270 OR) oder einer Mietzinserhöhung (Art. 270b OR), das Begehren auf Mietzinsherabsetzung (Art. 270a OR) oder auf Erstreckung eines Mietvertrags (Art. 272 ff. OR). Zudem fallen auch Klagen auf Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Inhalts eines Mietverhältnisses unter Art. 33 ZPO.<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> BGer 5C.181/2003 vom 4. November 2003, E. 2.3, m.H.a. BGer 4C.274/1999 vom 17. November 1999, E. 3; vgl. dagegen noch BGE 120 II 112 E. 3c S. 117; BSK ZPO-KAISER JOB, Art. 33 N 7a.

<sup>19</sup> BGE 120 II 112 E. 3c S. 117; BGer 5C.181/2003 vom 4. November 2003, E. 2.3; CPra-CPC-BOHNET, Art. 33/35 N 4; KOUMBARAKIS, Schlichtungsverfahren in Miet-sachen, 128; BK ZPO-WALTHER, Art. 33 N 9; Kuko ZPO-HAAS/STRUB, Art. 33 N 4.

<sup>20</sup> Dike Komm. ZPO-HIGI, Art. 33 N 17; HRISTIĆ, 108 f.; INFANGER, PraxiZ 2012, 14; KORAK-DISLER, Rz. 57; BK ZPO-WALTHER, Art. 33 N 10; so bereits der Bericht VE-ZPO, 28; was die Anwendbarkeit auf gemischte oder zusammengesetzte Verträge anbelangt, so ist Art. 33 ZPO dann massgebend, wenn der Regelungsschwerpunkt des Vertrags im Mietrecht liegt, vgl. hierzu ZPO Komm.-FELLER/BLOCH, Art. 33 N 18, Dike Komm. ZPO-HIGI, Art. 33 N 24, CPC Comm.-COCCHI, Art. 33 N 5, sowie Comm. CPC-HALDY, Art. 33 N 5.

<sup>21</sup> Vgl. Rz. 15 ff., wonach meines Erachtens bei Klagen im Zusammenhang mit der Miete von Ferienwohnungen, die für eine Dauer von höchstens drei Monaten gemietet werden, Art. 32 ZPO bzw. subsidiär Art. 33 ZPO massgebend ist.

<sup>22</sup> Siehe CPC Comm.-COCCHI, Art. 33 N 4; ZPO-ROHNER, Art. 33 N 5; INFANGER, PraxiZ 2012, 14; BSK ZPO-KAISER JOB, Art. 33 N 6; KORAK-DISLER, Rz. 56; ZPO Komm.-FELLER/BLOCH, Art. 33 N 21 f., welche allerdings die in Art. 259g OR vor-

## I. Örtliche Zuständigkeit

Für schuldbetreibungs- und konkursrechtliche Klagen bestimmt sich die örtliche Zuständigkeit nach der ZPO, soweit das SchKG keinen Gerichtsstand vorsieht (Art. 46 ZPO). Der mietrechtliche Gerichtsstand kann bei einer schuldbetreibungs- und konkursrechtlichen Streitigkeit somit zur Anwendung gelangen, sofern eine Klage im Zusammenhang mit einem Mietobjekt steht. Art. 33 ZPO gilt etwa für die Anerkennungsklage, die Arrestproseuerungsklage und Klagen auf Rückschaffung von Retentionsgegenständen.<sup>23</sup> Die Bestimmung greift hingegen nicht bei der Aberkennungsklage, da Art. 83 Abs. 2 SchKG den Gerichtsstand des Betreibungsorts vorsieht (insbesondere für den betriebenen Wohnraummieter ändert sich im Ergebnis dadurch allerdings wenig, da der Betreibungsort in der Regel mit dem Ort der gelegenen Sache übereinstimmt).<sup>24</sup>

### b. *Exkurs: Miete von Ferienwohnungen*

#### aa. *Einleitung*

In der Schweiz ist der Binnentourismus ausgeprägt. So werden Chalets in den Bergen oder Ferienhäuser an Seen rege von inländischen Touristen frequentiert. Die Frage der örtlichen Zuständigkeit bei der Ferienwohnungsmiete i.S.v. Art. 253a Abs. 2 OR ist deshalb nicht unbedeutend.

Mietverträge im Zusammenhang mit Ferienwohnungen, die für höchstens drei Monate gemietet werden, unterstehen zwar den Bestimmungen der Art. 253 ff. OR, nicht aber denjenigen über die Miete von Wohn- und Geschäftsräumen (Art. 253a Abs. 2 OR i.V.m. Art. 253a Abs. 1 OR). In der Lehre ist umstritten, ob solche Ferienwohnungen vom Geltungsbereich des Art. 33 ZPO erfasst werden.

#### bb. *Lehrmeinungen*

Nach Auffassung eines Teils der Lehre unterliegen Klagen aus derartigen Verträgen nicht dem Gerichtsstand des Art. 33 ZPO, sondern demjenigen des Art. 32 ZPO (Konsumentenvertrag) bzw. subsidiär dem allgemeinen vertrag-

---

gesehene Mietzinshinterlegung nicht Art. 33 ZPO zuordnen, sondern dem Gerichtsstand der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Art. 19 ZPO).

<sup>23</sup> ZPO Komm.-FELLER/BLOCH, Art. 33 N 24.

<sup>24</sup> OGer ZH PD130003 vom 22. April 2013, E. 2.5 ff.; ZPO Komm.-FELLER/BLOCH, Art. 33 N 24; Kuko ZPO-HAAS/STRUB, Art. 46 N 6 f.; Dike Komm. ZPO-HIGI, Art. 33 N 16; BSK ZPO-KAISER JOB, Art. 33 N 10.

## 1. Teil: Grundlagen

---

lichen Gerichtsstand von Art. 31 ZPO.<sup>25</sup> Begründet wird dies etwa damit, dass die vom Gesetzgeber dem Art. 33 ZPO zugrunde gelegte Abhängigkeit des Mieters nicht bestehe, weshalb der Mieter einer Ferienwohnung eher Konsument als Mieter sei. Es würde demnach den Interessen des sozialen Zivilprozesses zuwiderlaufen, wenn das Gericht am Ort der Ferienwohnung zwingend zuständig wäre. Folgerichtig fänden gemäss Art. 253a Abs. 2 OR die dem Mieterschutz dienenden Bestimmungen über Wohn- und Geschäftsräume keine Anwendung.<sup>26</sup>

- 18 Hingegen befürwortet die herrschende Lehre die Anwendbarkeit von Art. 33 ZPO.<sup>27</sup> Dies mit der Begründung, sowohl aus dem Wortlaut von Art. 33 ZPO als auch aus dessen Entstehungsgeschichte sei zu schliessen, dass derartige Mietverhältnisse von den mietrechtlichen Zuständigkeiten erfasst werden sollten. Dieser Gerichtsstand regle die örtliche Zuständigkeit nicht nur für Klagen bezüglich der Wohn- und Geschäftsraummiets, sondern gelte generell für Streitigkeiten aus der Miets unbeweglicher Sachen.<sup>28</sup>

cc. *Stellungnahme*

i. *Konsumentenstreitigkeit?*

- 19 Zunächst gilt zu klären, ob der Vertrag über eine Ferienwohnung grundsätzlich einen Konsumentenvertrag darstellt, sprich ob der Gerichtsstand von Art. 32 ZPO überhaupt einschlägig sein kann. Gemäss Art. 32 Abs. 2 ZPO gelten als Konsumentenverträge Kontrakte über Leistungen des üblichen Verbrauchs, die für die persönlichen oder familiären Bedürfnisse des Konsumenten bestimmt sind und von der anderen Partei im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit angeboten werden. Ausgeschlossen sind

---

<sup>25</sup> Kuko ZPO-HAAS/STRUB, Art. 33 N 4; Comm. CPC-HALDY, Art. 33 N 2; BK ZPO-WALTHER, Art. 33 N 6, allerdings ohne Angabe eines subsidiären Gerichtsstands; wohl auch MÜLLER/SCHNEIDER, Rz. 11.33; vor Inkrafttreten der ZPO Comm. LFors-DONZALLAZ, Art. 23 N 11, u. Komm. GestG-GROSS, Art. 23 N 50 u. 74.

<sup>26</sup> Komm. GestG-GROSS, Art. 23 N 74.

<sup>27</sup> BLUMER, Rz. 192; CPC Comm.-COCCHI, Art. 33 N 2; CONOD/BOHNET, Droit du bail, 255; DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 52; INFANGER, PraxiZ 2012, 14 f.; BSK ZPO-KAISER JOB, Art. 33 N 4, welche diesfalls die Anwendbarkeit von Art. 35 ZPO verneint; LCHAT, Procédure, 38; PÜNTENER, mp 2011, 246 f., u. PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 177; ZPO-ROHNER, Art. 33 N 5; KOUMBARAKIS, Schlichtungsverfahren in Mietsachen, 127 f.; unklar FELLER/BLOCH, die in ZPO Komm.-FELLER/BLOCH, Art. 33 N 19, die Anwendbarkeit von Art. 33 ZPO postulieren, in ZPO Komm.-FELLER/BLOCH, Art. 32 N 40, hingegen ausführen, dass bei der Miets von Ferienwohnungen Art. 32 ZPO anwendbar sein könne.

<sup>28</sup> ZPO Komm.-FELLER/BLOCH, Art. 33 N 19; BSK ZPO-KAISER JOB, Art. 33 N 4.

etwa ausserordentliche Verträge und Verträge über Anschaffungen mit einmaligem Charakter, wie beispielsweise der Kauf eines Einfamilienhauses oder von Luxusgütern.<sup>29</sup>

Wohn- und Geschäftsraummietverhältnisse gelten nicht als Konsumentenverträge.<sup>30</sup> Bei Ferienwohnungsmietverträgen bis zu drei Monaten verhält es sich meiner Ansicht nach grundsätzlich anders als bei der – in aller Regel langfristigen – Wohn- oder Geschäftsraummiete. Als Vergleich kann der Pauschalreisevertrag herangezogen werden, bei dem es sich um einen typischen Konsumentenkontrakt handelt.<sup>31</sup> Die beiden Verträge (der Pauschalreise- und der Ferienwohnungsmietvertrag) weisen zahlreiche Parallelen auf. Beide befriedigen gleichermaßen die persönlichen oder familiären Ferienbedürfnisse der Konsumenten und die damit verbundenen Kosten vermögen wohl nicht deren üblichen Ausgabenrahmen zu sprengen. Zudem dürfte auch die Vermietung einer Ferienwohnung für gewöhnlich im Rahmen der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Anbieters erfolgen. Mit Blick auf die Legaldefinition des Konsumentenvertrags von Art. 32 Abs. 2 ZPO können Verträge über Ferienwohnungen somit durchaus als Konsumentenverträge qualifiziert werden.

ii. *Anwendbarkeit des Konsumentengerichtsstands auf die Ferienwohnungsmiete*

Somit lässt sich festhalten, dass bei der Ferienwohnungsmiete grundsätzlich ein Konsumentenvertrag vorliegen kann. Damit ist die umstrittene Frage der örtlichen Zuständigkeit allerdings noch nicht beantwortet. Bevor hierauf eingegangen werden kann, gilt zunächst zu klären, welcher Gerichtsstand subsidiär einschlägig wäre, wenn man von der primären Anwendbarkeit von Art. 32 ZPO ausgehen würde, der Anbieter das Mietobjekt jedoch nicht beruflich oder gewerblich anbietet oder das Kriterium der Üblichkeit nicht erfüllt ist. Wie dargelegt vertritt die Doktrin, welche die Anwendbarkeit von Art. 32

<sup>29</sup> ZPO Komm.-FELLER/BLOCH, Art. 32 N 30; Handkomm. ZPO-LAMBELET, Art. 32 N 11; Dike Komm. ZPO-BRUNNER, Art. 32 N 20; Kuko ZPO-HAAS/STRUB, Art. 32 N 11.

<sup>30</sup> Siehe BK ZPO-WALTHER, Art. 32 N 17, sowie Dike Komm. ZPO-BRUNNER, Art. 32 N 20.

<sup>31</sup> Dike Komm. ZPO-BRUNNER, Art. 32 N 21; CPC Comm.-COCCHI, Art. 32 N 7 („*contratti di viaggio*“); Kuko ZPO-HAAS/STRUB, Art. 32 N 9; Comm. CPC-HALDY, Art. 32 N 6; siehe Botschaft GestG, 2860 (die Definition des Konsumentenvertrags von Art. 22 Abs. 2 GestG deckt sich mit derjenigen des Art. 32 Abs. 2 ZPO); vgl. auch das PRG, das von Konsumenten spricht.

## 1. Teil: Grundlagen

---

- ZPO befürwortet, den Standpunkt, subsidiär sei Art. 31 ZPO massgebend.<sup>32</sup> Meines Erachtens müsste allerdings Art. 33 ZPO subsidiär greifen, da es sich nach wie vor um eine Streitigkeit handelt, die auf einem Mietverhältnis beruht. Art. 31 ZPO ist nur dann einschlägig, wenn keiner der Art. 32 ZPO – Art. 34 ZPO greift.
- 22 Wie sogleich darzulegen sein wird, ist nach meinem Dafürhalten Art. 32 ZPO und subsidiär Art. 33 ZPO einschlägig. Kein Argument für die primäre Anwendbarkeit des Konsumentengerichtsstands kann jedoch sein, dass bei der Ferienwohnungsmiete i.S.v. Art. 253a Abs. 2 OR die Bestimmungen der Wohn- und Geschäftsraummieta des achten Titels des OR nicht greifen. Art. 33 ZPO ist bei der *Miete unbeweglicher Sachen* einschlägig und begrenzt sich nicht nur auf Wohn- und Geschäftsräume (im Gegensatz zu beispielsweise Art. 200 Abs. 1 ZPO). Vom Wortlaut des Art. 33 ZPO sind Klagen im Zusammenhang mit der Ferienwohnungsmiete ohne Weiteres gedeckt.<sup>33</sup>
- 23 Die vorliegende Kontroverse ist durch die Frage nach dem Sinn und Zweck der in Art. 33 ZPO normierten Regelung der örtlichen Zuständigkeit anzugehen. Wie erwähnt soll der Gerichtsstand bei Mietstreitigkeiten einerseits die Beweiserhebung sowie die Feststellung des Ortsgebrauchs erleichtern, andererseits wird dem Schutzbedürfnis des Mieters Rechnung getragen.<sup>34</sup>
- 24 Was die Beweiserhebung – wie etwa die Vornahme eines Augenscheins – anbelangt, so wäre der Gerichtsstand nach Art. 33 ZPO sachgerechter. Denn es ist unwahrscheinlich, dass bei Anwendbarkeit des Konsumentengerichtsstands gestützt auf Art. 32 ZPO am Ort des Mietobjekts geklagt wird. Für Klagen des *Konsumenten* ist das Gericht am Wohnsitz oder Sitz einer der Parteien zuständig (Art. 32 Abs. 1 lit. a ZPO). Es kann davon ausgegangen werden, dass der Ferienwohnungsmieter an seinem eigenen Wohnsitz, der gewiss nicht mit dem Ort des Mietobjekts übereinstimmt, klagt. Liegt die Klägerrolle hingegen beim *Anbieter* (z.B. wegen Schäden am Mietobjekt), so hat dieser das Gericht am Wohnsitz des Beklagten – also des Konsumenten (Mieters) – anzurufen (Art. 32 Abs. 1 lit. b ZPO). Greift subsidiär Art. 33 ZPO, weil der Vermieter das Mietobjekt nicht im Rahmen der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit anbietet oder es am Kriterium der Üblichkeit mangelt, so ist das Gericht am Ort der gelegenen Sache und somit der sachnahe Richter zuständig. Zusammenfassend kann demnach festgehalten werden, dass der Richter am Ort des Mietobjekts selten zum Zuge kommt, wenn

---

<sup>32</sup> Kuko ZPO-HAAS/STRUB, Art. 33 N 4; Comm. CPC-HALDY, Art. 33 N 2; siehe allerdings Handkomm. ZPO-LAMBELET, Art. 33 N 5, die von einer subsidiären Anwendbarkeit von Art. 10 ff. ZPO ausgeht.

<sup>33</sup> Vgl. hierzu die Lehrmeinungen in Rz. 17 f.

<sup>34</sup> Vgl. dazu die Ausführungen in Rz. 6.

der Gerichtsstand von Art. 32 ZPO bzw. subsidiär Art. 33 ZPO einschlägig ist.

Anders sieht es aus, wenn man sich die sozialrechtliche Besonderheit des Gerichtsstands am Ort der gelegenen Sache vor Augen hält. Ferienwohnungsmieter sind, wenngleich nicht im selben Masse wie Wohn- oder Geschäftsraummieter, schutzbedürftig. Es ist zu bedenken, dass sie die Wohnung meist lediglich auf Grundlage von im Internet aufgeschalteten Bildern mieten, ohne sie zuvor besichtigt zu haben. Entspricht das Mietobjekt nicht dem Zugesicherten (etwa hinsichtlich Grösse, Ausstattung, Nichtvorliegen von Mängeln), so bleibt den Mietern zumeist dennoch keine Wahl, als dieses für die Ferien zu beziehen. Ein Ausweichen auf eine andere Ferienwohnung ist in der Regel mit einem grossen Aufwand verbunden und kommt kaum mehr in Betracht. Insofern sind die Ferienwohnungsmieter einer gewissen Missbrauchsgefahr ausgesetzt. 25

Würde man sich für die direkte Anwendbarkeit von Art. 33 ZPO aussprechen, so müsste eine Klage am zuständigen Gericht des Ferienorts eingereicht werden. In Zürich wohnhafte Mieter einer in Mürren liegenden Ferienwohnung müssten demnach ein Schlichtungsgesuch bei der Schlichtungsbehörde (Berner) Oberland in Thun einreichen. Ein entfernter Gerichtsstand ist mit zahlreichen Nachteilen verbunden, wobei insbesondere an die zeitintensive und mit Kosten verbundene Anreise zur Verhandlung zu denken ist. Auch sprachliche Barrieren können vorliegen, etwa wenn Mieter aus Bern eine Ferienwohnung am Luganersee mieten. Die Anwendbarkeit von Art. 33 ZPO würde dem Schutzbedürfnis eines Ferienwohnungsmieters somit nicht Rechnung tragen.<sup>35</sup> Im Gegenteil, dessen Stellung würde paradoxerweise durch eine mieterfreundliche Bestimmung geschwächt und könnte diesen dazu verleiten, von einer Klage abzusehen. 26

Die Anwendung von Art. 32 ZPO und subsidiär Art. 33 ZPO ist unter diesem Aspekt sachgerechter. Die Überlassung eines Ferienwohnungsmietobjekts dürfte zumeist im Rahmen der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Anbieters erfolgen, und das Kriterium des üblichen Verbrauchs dürfte erfüllt sein. Insofern ist in den meisten Fällen auch Art. 32 ZPO einschlägig. Bei Klagen des Ferienwohnungsmieters kann das Gericht an dessen Wohnsitz angerufen werden (Art. 32 Abs. 1 lit. a ZPO), der Anbieter muss hingegen am Wohnsitz des Mieters gegen diesen vorgehen (Art. 32 Abs. 1 lit. b ZPO). Nur wenn subsidiär Art. 33 ZPO zum Zuge kommt, muss am zuständigen Gericht des Ferienwohnungsorts geklagt werden. Dadurch wird den Interessen des Vermieters Rechnung getragen, der die Wohnung nicht beruflich oder ge- 27

<sup>35</sup> Gl.M. Komm. GestG-GROSS, Art. 23 N 74 insb. Fn. 76, der mit Hinweis auf ein ähnliches Beispiel anmerkt, dass der Mietgerichtsstand in solchen Fällen den Interessen des sozialen Zivilprozesses zuwiderläuft.

## 1. Teil: Grundlagen

---

werblich vermietet. Er dürfte wohl häufig einen Bezug zum Ort der gelegenen Sache haben, weshalb der dortige Gerichtsstand für ihn von Vorteil ist.

- 28 Es läuft somit auf eine Wertungsfrage hinaus, nämlich ob der Sachnähe des Richters ein höherer Stellenwert beizumessen ist als dem Schutzbedürfnis des Ferienwohnungsmieters. Letztlich stehen sich demnach prozessökonomische Aspekte und der Schutz der schwächeren Partei gegenüber. Zwar liegt ein rascheres Verfahren zweifellos im Interesse der Parteien, man denke etwa daran, dass der zuständige Richter bei Anwendbarkeit von Art. 32 ZPO für einen Augenschein mehrere Stunden Fahrzeit in Kauf nehmen müsste (ebenso die Parteien). Auch wenn die Durchführung eines Augenscheins in der Regel rechtshilfweise i.S.v. Art. 196 ZPO ersucht werden dürfte, ist dies mit einer Verfahrensverzögerung verbunden. Meiner Ansicht nach ist jedoch das Schutzbedürfnis des Ferienwohnungsmieters höher zu gewichten. Es dürfte für ihn vorrangig sein, an einem für ihn günstig gelegenen Gerichtsstand zu klagen oder beklagt zu werden. Eine Verfahrensverzögerung ist eher in Kauf zu nehmen als die Gefahr, dass von einer (begründeten) Klage abgesehen wird. Zudem dürfte ein Augenschein in den meisten Fällen nicht vonnöten sein. In Anbetracht dieser Ausführungen ist daher die Anwendbarkeit von Art. 32 ZPO und subsidiär Art. 33 ZPO zu bevorzugen. Andernfalls – sprich bei der nicht bloss subsidiären Anwendung von Art. 33 ZPO – würde der Ferienwohnungsmieter zwischen Stuhl und Bank fallen, da er weder durch seine Stellung als Mieter noch durch diejenige als Konsument geschützt würde.
- 29 Schliesslich ist Folgendes zu beachten: Der Konsument kann nicht zum Voraus oder durch Einlassung auf den Gerichtsstand des Art. 32 ZPO verzichten (Art. 35 Abs. 1 lit. a ZPO). Eine Klausel im Vertrag, die den Gerichtsstand etwa am (Wohn-)Sitz des Vermieters festlegt, wäre nicht zulässig. Würde man hingegen von der Anwendbarkeit des Art. 33 ZPO ausgehen, so wäre dies möglich, da es sich beim Ferienwohnungsmieter nicht um einen Mieter von Wohn- und Geschäftsräumen handelt (Art. 35 Abs. 1 lit. b ZPO e contrario).

## **II. Gemeinsame Miete**

### **1. Gemeinsame Miete und notwendige Streitgenossenschaft im Allgemeinen**

- 30 Von gemeinsamer Miete ist die Rede, wenn eine der am Mietverhältnis beteiligten Parteien aus mehreren Personen besteht. Dies ist sowohl auf der Vermieter- als auch auf der Mieterseite denkbar, so beispielsweise in Form von Miteigentümergeinschaften, Erbengemeinschaften, Gütergemeinschaften,

einfachen Gesellschaften sowie Kollektiv- und Kommanditgesellschaften. Während das Innenverhältnis der Rechtsgemeinschaft den Bestimmungen der entsprechenden Gemeinschaft untersteht, ist das Aussenverhältnis stets als Miete zu qualifizieren.<sup>36</sup> In der Praxis sind insbesondere Mietermehrheiten, die zum gemeinsamen Wohnen einen Mietvertrag schliessen, von grosser Bedeutung.<sup>37</sup> Dabei ist an Ehegatten, Konkubinatspartner oder an Wohnungsgemeinschaften zu denken. Ebenfalls häufig kommt eine gemeinsame Miete bei Geschäftsräumlichkeiten vor, etwa zum Zweck des Betriebes eines Anwaltsbüros oder einer Arztpraxis.<sup>38</sup>

Sind mehrere Personen an einem Rechtsverhältnis beteiligt, über das nur mit Wirkung für alle entschieden werden kann, so müssen sie gemäss Art. 70 Abs. 1 ZPO gemeinsam klagen oder beklagt werden. Sollte die Klage trotz Vorliegens einer solchen notwendigen aktiven oder passiven Streitgenossenschaft nicht von sämtlichen Berechtigten erhoben oder nicht gegen alle Verpflichteten gerichtet werden, wird die Klage aufgrund fehlender Aktiv- bzw. Passivlegitimation abgewiesen.<sup>39</sup> Auch wenn es das materielle Recht ist, welches bestimmt, wann eine gemeinsame Prozessführung erforderlich ist,<sup>40</sup> handelt es sich bei der notwendigen Streitgenossenschaft um ein Institut des Prozessrechts<sup>41</sup>.

Bei Klagen im Zusammenhang mit einem gemeinsamen Mietverhältnis kann eine notwendige Streitgenossenschaft vorliegen. Dies ist jedoch nicht immer der Fall.<sup>42</sup> Wird etwa die Beseitigung eines Mangels verlangt (Art. 259a Abs. 1 lit. a OR i.V.m. Art. 259b OR), so kann dies angesichts der vom Vermieter geschuldeten unteilbaren Leistung (Art. 70 Abs. 1 OR) jeder Mieter

<sup>36</sup> SVIT-Komm., Art. 253 N 2; Mietrecht für die Praxis/PÜNTENER, 16 Rz. 2.1.2.1.1; WEBER, Der gemeinsame Mietvertrag, 88, u. BSK OR I-WEBER, Vor Art. 253-273c N 2; siehe CPra-CO-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, Art. 253 N 4.

<sup>37</sup> SCHMID, AJP 2016, 34; KAISER, Jusletter 2016, Rz. 1.

<sup>38</sup> SCHMID, AJP 2016, 34 Fn. 24, m.H.a. BGer 4A\_352/2012 vom 21. November 2012, E. 3.1.

<sup>39</sup> Botschaft ZPO, 7280; BGE 137 III 455 E. 3.5 S. 459; BGE 140 III 598 E. 3.2 S. 601; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 70 N 1; Dike Komm. ZPO-BORLA-GEIER, Art. 70 N 7; Comm. CPC-JEANDIN, Art. 70 N 18; ZPO-MORF, Art. 70 N 11; ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 70 N 56; a.A. Comm. CPC-BOHNET, Art. 59 N 100, DIETSCHY-MARTENET, 19<sup>e</sup> Séminaire, 207 Rz. 50, u. DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 127, die sich auf den Standpunkt stellen, dass das Gericht einen Nichteintretensentscheid zu fällen habe, wenn nicht sämtliche notwendigen Streitgenossen klagen oder beklagt werden.

<sup>40</sup> BGE 137 III 455 E. 3.5 S. 459; BGE 140 III 598 E. 3.2 S. 601; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 70 N 1.

<sup>41</sup> Vgl. VON HOLZEN, 75 ff., zum Verhältnis zwischen der materiell-rechtlichen Grundlage der notwendigen Streitgenossenschaft und dem Prozessrecht.

<sup>42</sup> Siehe BOHNET, SZPP 2010, 425; DIETSCHY-MARTENET, 19<sup>e</sup> Séminaire, 210 f. Rz. 62 f.

## 1. Teil: Grundlagen

---

durch Begehren auf Erfüllung gegenüber allen Mietern fordern.<sup>43</sup> Sind die Mieter Solidarschuldner, so kann der Vermieter von jedem Mieter die Bezahlung ausstehender Mietzinse oder von Schadenersatz wegen Schäden am Mietobjekt verlangen.<sup>44</sup>

## 2. Kündigungsanfechtung durch Mitmieter im Besonderen

### A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung und Lehrmeinungen

#### a. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

- 33 Das Bundesgericht hielt in einem Entscheid aus dem Jahr 2010 im Zusammenhang mit der Anfechtung einer Mietzinserhöhung (Art. 270b OR) fest, dass mehrere Mieter – unabhängig von ihrem Zivilstand – gemeinsam handeln müssten. Es liess zu diesem Zeitpunkt allerdings die Frage offen, wie bei Uneinigkeit der Mieter vorzugehen sei.<sup>45</sup> Dieser Problematik nahm sich das Bundesgericht in BGE 140 III 598 im Rahmen eines Kündigungsanfechtungsverfahrens an. Es führte aus, bei Vorliegen einer Parteienmehrheit könne eine Gestaltungsklage nicht zu einem Urteil führen, das nur für gewisse Betroffene Gültigkeit entfalte. Daraus resultiere, dass Mitmieter in einem Kündigungsaufhebungsverfahren eine notwendige Streitgenossenschaft bilden würden. Die notwendige Streitgenossenschaft könne sich jedoch zuweilen darauf beschränken, dass sämtliche Genossen auf der einen oder anderen Seite in den Prozess involviert seien. Zur Begründung führte es aus, das Recht, sich gegen eine missbräuchliche Kündigung zur Wehr zu setzen, entspreche insbesondere bei der Wohnungsmiete einem Sozialschutzbedürfnis. Dem Mitmieter müsse deshalb die Möglichkeit zugestanden werden, bezüglich der Aufhebung einer Kündigung alleine zu agieren. Allerdings habe der Kläger diesfalls den oder die Mitmieter, welche sich einer Kündigung nicht widersetzen wollen, auf der Seite des Vermieters einzuklagen, da ihm ansonsten die Aktivlegitimation abgesprochen werde.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> SCHMID, AJP 2016, 34; WEBER, Der gemeinsame Mietvertrag, 104; DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 133.

<sup>44</sup> DIETSCHY-MARTENET, 19<sup>e</sup> Séminaire, 196 f. Rz. 21 f. u. 210 f. Rz. 62 f.; LACHAT, Bail à loyer, 72, betreffend ausstehende Mietzinse.

<sup>45</sup> BGE 136 III 431 E. 3.3 S. 434 f.; vgl. auch BGer 4C.37/2001 vom 30. Mai 2001, E. 2b/bb, in dem das Bundesgericht im Zusammenhang mit einer Kündigungsanfechtung anmerkte, dass die Frage, ob die Mitmieter bei einer Kündigungsanfechtung oder Erstreckung gemeinsam handeln müssen, in der Lehre umstritten sei.

<sup>46</sup> Zum Ganzen BGE 140 III 598 E. 3.2 S. 600 f.

*b. Lehrmeinungen*

Die mit BGE 140 III 598 begründete Rechtsprechung deckt sich mit der Ansicht eines Teils der Lehre, nach welcher jeder Mitmieter die Kündigung alleine anfechten kann. Um den Regeln der notwendigen Streitgenossenschaft Rechnung zu tragen, wird auch hier der Prozesseinbezug der nicht anfechtungswilligen Mitmieter auf Seiten des Vermieters befürwortet.<sup>47</sup> Begründet wird dies – in Übereinstimmung mit der Argumentationslinie des Bundesgerichts – insbesondere damit, dass sich bei gemeinsam abgeschlossenen Mietverträgen ein Einzelrecht aus dem Sozialrechtscharakter des Kündigungsschutzes ergebe.<sup>48</sup> Nach KOLLER würde eine gemeinsame Kündigungsanfechtung weiter den Besonderheiten des Wohn- und Geschäftsraummietrechts nicht Rechnung tragen. Die formelle Besonderheit bestehe darin, dass sich der Mieter gegen eine von ihm als missbräuchlich erachtete Kündigung mit einer fristgebundenen Gestaltungsklage aktiv zur Wehr setzen müsse. Im Privatrecht könne sonst der Rechtsmissbrauch als Einwendung zur Abwehr von Ansprüchen der Gegenseite – somit passiv – geltend gemacht werden. Dies führe zu einer Umkehr der Parteirollen im Prozess. Die Parteirollenumkehr sollte aber nicht zu einer übermässigen Erschwerung der Position des Mieters führen, was indessen das Ergebnis wäre, wenn alle Mitmieter zwingend gemeinsam eine Kündigung anfechten müssten.<sup>49</sup>

Der andere Teil der Lehre hebt hingegen den einheitlichen Charakter der gemeinsamen Miete hervor, die rechtlich nur als Ganzes und für alle Parteien existiere. Deshalb sei die Kündigungsanfechtung dem Prinzip des gemeinsamen Handelns der jeweiligen Mitmieter unterworfen, die prozessual die Stellung von notwendigen Streitgenossen innehaben.<sup>50</sup> Was das Argument des Sozialschutzinteresses betrifft, so entgegnet GIAVARINI dem Bundesgericht und den entsprechenden Lehrmeinungen, dass es nicht gerechtfertigt sei, dieses als allgemeinen Grundsatz zu betrachten, der auch über den Wortlaut der mietrechtlichen Gesetzesbestimmungen hinaus Wirkung entfalte. So sehe im Bereich der Miete lediglich Art. 273a OR ausdrücklich vor, dass bei einer Familienwohnung der nicht mietende Ehegatte bzw. eingetragene Partner eine Kündigung alleine und in eigenem Namen anfechten bzw. eine Erstreckung verlangen könne. Ausserhalb dieser gesetzlichen Regelung, die dem Schutz

<sup>47</sup> WEBER, Der gemeinsame Mietvertrag, 187 f.; CPra-CO-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, Art. 253 N 36 f.; KOLLER, ZBJV 1/2016, 46 ff.; THANEL, plädoyer 3/2015, 33; DIETSCHY-MARTENET, Bail des concubins, 122 f.; vgl. LACHAT, Bail à loyer, 72 f., der sich allerdings nicht eindeutig positioniert.

<sup>48</sup> WEBER, Der gemeinsame Mietvertrag, 188; KOLLER, Jusletter 2015, Rz. 3; THANEL, plädoyer 3/2015, 33; siehe DIETSCHY-MARTENET, Bail des concubins, 123.

<sup>49</sup> Zum Ganzen KOLLER, Jusletter 2015, Rz. 3.

<sup>50</sup> GIAVARINI, MRA 2011, 55 ff., u. GIAVARINI, MRA 2015, 148 ff.; ZK-HIGI, Art. 273 N 33; SCHMID, SJZ 1991, 376 f.; siehe SVIT-Komm., Art. 273 N 10.

## 1. Teil: Grundlagen

---

der Familienwohnung diene, fehle es in den mietrechtlichen Bestimmungen an einer ausdrücklichen gesetzlichen Norm. Es scheine nicht gerechtfertigt, ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage, allein unter Berufung auf das Sozialschutzinteresse, derart tiefgreifend in die Bestimmungen und Grundsätze der notwendigen Streitgenossenschaft und des dieser zugrunde liegenden materiellen Rechts einzugreifen.<sup>51</sup>

### **B. Offene Fragen**

#### *a. Einleitung*

- 36 Durch die in BGE 140 III 598 begründete Rechtsprechung wird die Stellung der Mieterschaft in einem Kündigungsanfechtungsverfahren zweifellos gestärkt. So sind dem anfechtungswilligen Mieter nicht die Hände gebunden, wenn sich nicht sämtliche Mitmieter der Kündigung widersetzen wollen. Allerdings gehen mit dieser Rechtsprechung noch zahlreiche ungeklärte Fragen einher, insbesondere, ob sie sich ausschliesslich auf die Kündigungsanfechtung begrenzt.

#### *b. Vereinbarkeit mit dem Institut der notwendigen Streitgenossenschaft?*

- 37 Zunächst stellt sich die Frage der Vereinbarkeit mit dem Institut der notwendigen Streitgenossenschaft. Laut Botschaft zur ZPO muss die Klage von allen Berechtigten erhoben oder gegen alle Verpflichteten gerichtet werden.<sup>52</sup> Dem Wortlaut von Art. 70 Abs. 1 ZPO ist zu entnehmen, dass notwendige Streitgenossen gemeinsam klagen oder beklagt werden müssen. Von einem *gemeinsamen* Handeln kann nicht die Rede sein, wenn ein Mieter im Kündigungsanfechtungsverfahren die Mitmieter auf der Vermieterseite einklagt. Nichtsdestotrotz ist anzumerken, dass auch diesfalls mit Wirkung für alle entschieden wird. Die Aufhebung einer Kündigung wirkt gegenüber sämtlichen Prozessbeteiligten, unabhängig davon, welche Parteirolle sie innehaben. Insofern bleibt der Zweck der notwendigen Streitgenossenschaft gewahrt.<sup>53</sup> Allerdings nimmt das Bundesgericht wie soeben dargelegt eine gewisse Abweichung dieses Instituts in Kauf.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> Zum Ganzen GIAVARINI, MRA 2015, 148 ff.; vgl. MEYER, MRA 2010, 54.

<sup>52</sup> Botschaft ZPO, 7280.

<sup>53</sup> Siehe KOLLER, ZBJV 1/2016, 47; vgl. zum Zweck der notwendigen Streitgenossenschaft eingehend VON HOLZEN, 30 ff.

<sup>54</sup> In diesem Sinne GIAVARINI, MRA 2011, 58.

c. *Beschränkung auf die Wohnraummiete?*

Das Bundesgericht hat in BGE 140 III 598 das besondere Schutzbedürfnis des Wohnraummieters hervorgehoben.<sup>55</sup> Diese Rechtsprechung hat jedoch auch für den Mieter eines Geschäftsraums zu gelten.<sup>56</sup> Abgesehen von einzelnen Ausnahmen, wie Art. 270 Abs. 2 OR oder Art. 273a OR, differenzieren weder das OR noch die ZPO zwischen dem Schutzbedürfnis des Wohnungsmieters und demjenigen des Geschäftsmieters.<sup>57</sup> Was konkret die Kündigung anbelangt, so kann diese für Letzteren ähnlich schwerwiegende Konsequenzen nach sich ziehen wie für den Wohnungsmieter, denn mit der Geschäftsräumlichkeit ist häufig das wirtschaftliche Überleben des Mieters verbunden.

d. *Begrenzung auf die Kündigungsanfechtung?*

Ungeklärt ist, ob sich diese Rechtsprechung lediglich auf Kündigungsanfechtungen i.S.v. Art. 271 f. OR und Art. 273 Abs. 1 OR beschränkt, oder ob auch Mietzinsstreitigkeiten gemäss Art. 270 ff. OR (Anfechtung des Anfangsmietzinses oder einer Mietzinserhöhung sowie Mietzinssenkungsbegehren) und Mieterstreckungen (Art. 272 ff. OR) davon erfasst werden.

Wie dargelegt wurde im Zusammenhang mit einer Mietzinsanfechtung in BGE 136 III 431 offengelassen, wie bei Uneinigkeit der Mieter vorzugehen sei. Meiner Ansicht nach ist eine Ausweitung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf Mietzinsstreitigkeiten abzulehnen. Das Bundesgericht hat sich in BGE 140 III 598 auf das Sozialschutzbedürfnis der Mieterschaft bei Kündigungen berufen. Zwar ist das Schutzbedürfnis bei Mietzinsstreitigkeiten nicht von der Hand zu weisen. Überdies sind bei der Anfechtung des Anfangsmietzinses (Art. 270 Abs. 1 OR) und einer Mietzinserhöhung (Art. 270b Abs. 1 OR) wie bei der Kündigungsanfechtung (Art. 273 Abs. 1 OR) dreissigtägige Verwirkungsfristen zu wahren (Gleiches gilt beim Mietzinssenkungsbegehren gemäss Art. 270a Abs. 2 OR). Allerdings ist in diesen Fällen die Schutzbedürftigkeit im Gegensatz zu Kündigungen, bei denen der Bestand eines Mietverhältnisses an sich Gegenstand eines Verfahrens ist, weniger

---

<sup>55</sup> BGE 140 III 598 E. 3.2 S. 601 („*Le droit de s'opposer à un congé abusif répond à un besoin de protection sociale particulièrement aigu lorsqu'un local d'habitation est en jeu [...]*“).

<sup>56</sup> BGer 4A\_689/2016 vom 28. August 2017, E. 4.1; DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 136.

<sup>57</sup> Siehe BGer 4A\_689/2016 vom 28. August 2017, E. 4.1 („*Certes, l'ATF 140 III 598 concernait un bail d'habitation. Les dispositions sur la protection contre les congés des art. 271 à 273c CO s'appliquent toutefois aussi bien aux baux d'habitations qu'aux baux de locaux commerciaux.*“).

## 1. Teil: Grundlagen

---

weitreichend.<sup>58</sup> Zudem ist anzumerken, dass bei einer Kündigung die nicht anfechtungswilligen Mitmieter zumeist kein Interesse am Weiterbestand des Mietverhältnisses haben. Deshalb kann es schwierig sein, deren Klagebereitschaft zu wecken. Bei Mietzinsstreitigkeiten dürfte es sich hingegen in der Regel anders verhalten. Das Mietverhältnis wird nicht aufgelöst, sondern es bleibt bestehen. Insofern haben die Mieter eher ein Interesse daran, den Anfangsmietzins oder eine Mietzinserrhöhung anzufechten bzw. eine Mietzinsreduktion zu verlangen. Insbesondere bei der Anfechtung des Anfangsmietzinses dürfte zudem der Fall nicht eintreten, in dem ein Mitmieter das Mietobjekt bereits verlassen hat und nicht mehr auffindbar ist. Eine Ausweitung der in BGE 140 III 598 begründeten Rechtsprechung auf Mietzinsstreitigkeiten ist deshalb – auch in Anbetracht der dadurch bewirkten Auflockerung des Instituts der notwendigen Streitgenossenschaft – nicht vonnöten.<sup>59</sup>

- 41 Hingegen wäre eine Ausweitung auf Mieterstreckungsverfahren zu begrüssen.<sup>60</sup> Wie KOLLER zu Recht anmerkt, besteht ein enger Zusammenhang zwischen Kündigungsanfechtungs- und Mieterstreckungsprozess.<sup>61</sup> In beiden Fällen ist der Verbleib des Mieters im Mietobjekt Gegenstand des Verfahrens. Es wäre nicht sachgerecht, wenn der Mieter in einem Kündigungsanfechtungsprozess zwar die Mitmieter auf der Vermieterseite einklagen, eventualiter jedoch nicht die Erstreckung des Mietverhältnisses verlangen könnte. Das Gericht könnte in einem Kündigungsanfechtungsverfahren, in dem der – alleine anfechtende – Mieter die Erstreckung nicht beantragt, diese wohl auch nicht gemäss Art. 273 Abs. 5 OR von Amtes wegen prüfen.

### III. Streitwertberechnung

#### 1. Berechnung des Streitwerts im Allgemeinen

- 42 Dem Streitwert kommt prozessual eine grosse Bedeutung zu. So ist etwa an die streitwertgebundene Entscheidkompetenz und teilweise streitwertabhängige Urteilstorschlagskompetenz im Schlichtungsverfahren zu denken, an die Ermittlung der sachlichen Zuständigkeit sowie der Verfahrensart im erstin-

---

<sup>58</sup> Gl.M. GIAVARINI, MRA 2015, 151; insbesondere bei der Mietzinserrabsetzung i.S.v. Art. 270a OR verwirkt lediglich der Anspruch einer Mietzinserrduktion auf den nächstmöglichen Kündigungstermin.

<sup>59</sup> A.A. KOLLER, ZBJV 1/2016, 47 f., sowie DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 139; vgl. die Ausführungen in Rz. 37 zur Auflockerung des Instituts der notwendigen Streitgenossenschaft.

<sup>60</sup> Gl.M. KOLLER, ZBJV 1/2016, 47; DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 137.

<sup>61</sup> KOLLER, ZBJV 1/2016, 47, m.H.a. Art. 273 Abs. 5 OR.

stanzlichen Prozess oder an die Festlegung der Verfahrenskosten.<sup>62</sup> Insbesondere im Mietrecht ist die Streitwertberechnung mit Schwierigkeiten verbunden, weshalb Rechtsanwälte es bisweilen unterlassen, den Streitwert zu beziffern.<sup>63</sup>

Streitigkeiten im Zusammenhang mit Mietgegenständen sind vermögensrechtlicher Natur.<sup>64</sup> Gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO wird der Streitwert durch das Rechtsbegehren bestimmt, wobei Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens oder einer allfälligen Publikation des Entscheids sowie allfällige Eventualbegehren nicht hinzugerechnet werden. Als Wert wiederkehrender Nutzungen oder Leistungen gilt laut Art. 92 Abs. 1 ZPO der Kapitalwert. Wiederkehrende Nutzungen sind beispielsweise die Nutzniessung sowie Wohn- und Wegrechte. Wiederkehrende Leistungen umfassen dagegen identische oder annähernd gleichbleibende Leistungen, welche gestützt auf ein Dauerschuldverhältnis geschuldet sind und periodisch anfallen. Hierzu zählt grundsätzlich die Miete.<sup>65</sup> Art. 92 Abs. 1 ZPO statuiert den Grundsatz der Kapitalisierung für wiederkehrende Nutzungen und Leistungen mit bestimmter oder beschränkter Dauer. Bei ungewisser oder unbeschränkter Dauer gilt als Kapitalwert der zwanzigfache Betrag der einjährigen Nutzung oder Leistung (Art. 92 Abs. 2 ZPO).<sup>66</sup>

## 2. Streitwertberechnung bei einzelnen Streitigkeiten

### A. Vorbemerkungen

Im Folgenden ist auf die Streitwertberechnung bei Mietzinsstreitigkeiten, Mietminderungen wegen Mängeln, Kündigungsanfechtungen sowie Erstreckungsbegehren einzugehen. Die Streitwertberechnung bei einer Summar-exmission wird gesondert im Rahmen der Abhandlung des Summarverfahrens behandelt.<sup>67</sup>

<sup>62</sup> BK ZPO-STERCHI, Vorbemerkungen zu Art. 91–94 N 1a ff.; PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 328; RICKLI, Rz. 7; SCHULLER, 15; CPC Comm.-TREZZINI, Art. 91 N 1 ff.; vgl. HESS, 1 ff.

<sup>63</sup> HEDIGER, mp 2013, 5, sowie HEDIGER, plädoyer 6/2012, 80.

<sup>64</sup> BGE 136 III 74 nicht publ. E. 1.1; BGer 4A\_388/2016 vom 15. März 2017, E. 1; MAAG, MRA 1/2014, 1; MÜLLER/HOFSTETTER, Rz. 14.1; Kuko ZPO-VAN DE GRAAF, Art. 91 N 3.

<sup>65</sup> Handkomm. ZPO-SCHLEIFFER MARAIS, Art. 92 N 2; ZPO Komm.-STEIN-WIGGER, Art. 92 N 4; MÜLLER/HOFSTETTER, Rz. 14.5; ZPO-MOHS, Art. 92 N 1.

<sup>66</sup> Botschaft ZPO, 7291; ZPO Komm.-STEIN-WIGGER, Art. 92 N 1 u. 8; Comm. CPC-TAPPY, Art. 92 N 1.

<sup>67</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen in Rz. 381 ff.

**B. Mietzinsstreitigkeiten gemäss Art. 270 ff. OR**

- 45 Bei Mietzinsstreitigkeiten (Anfechtung des Anfangsmietzinses oder einer Mietzinserhöhung gemäss Art. 270 OR bzw. Art. 270b OR, Mietzinssenkungsbegehren laut Art. 270a OR) ist zwischen befristeten und unbefristeten Mietverhältnissen zu unterscheiden. Handelt es sich um einen befristeten Mietvertrag, so bestimmt sich der Streitwert nach der strittigen Differenz zwischen dem bisherigen und dem verlangten Mietzins bis zum Ablauf der befristeten Vertragsdauer.<sup>68</sup> Bei einem unbefristeten Mietverhältnis hingegen gilt als Streitwert in Anwendung von Art. 92 Abs. 2 ZPO der zwanzigfache Betrag der jährlichen Mietzinserhöhung bzw. -senkung.<sup>69</sup>
- 46 Die Streitwertberechnung gestützt auf Art. 92 Abs. 2 ZPO bei unbefristeten Mietverhältnissen ist nicht unproblematisch, da bereits eine geringfügige Mietzinsänderung den Streitwert in die Höhe schnellen lassen kann.<sup>70</sup> Als Beispiel sei eine Mietzinserhöhung von Fr. 125.– pro Monat genannt, aus welcher ein Streitwert von Fr. 30 000.– (125x12x20) resultiert.<sup>71</sup> Einerseits ist an das beträchtliche Prozesskostenrisiko zu denken, das die hohen Streitwerte mit sich bringen können. Andererseits sollte der Streitwert die tatsächliche Bedeutung des Rechtsstreits reflektieren.<sup>72</sup> Letzteres ist jedoch zumeist nicht der Fall, wenn auf den zwanzigfachen Betrag der einjährigen Leistung abgestellt wird. Insbesondere bei Wohnungen dürfte die durchschnittliche Mietdauer erheblich kürzer ausfallen als zwanzig Jahre.<sup>73</sup> Es ist jedoch anzumerken, dass bei Mietzinsstreitigkeiten die Auswirkungen eines hohen Streitwerts durch die ZPO teilweise abgefedert werden. So fallen im Schlichtungsverfahren gemäss Art. 113 Abs. 2 lit. c ZPO bei der Wohn- und Geschäftsraummie-

---

<sup>68</sup> MÜLLER/HOFSTETTER, Rz. 14.27; LCHAT, Procédure, 48; DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 113 ff.

<sup>69</sup> LCHAT, Procédure, 48; DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 113 ff.; PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 334; Mietrecht für die Praxis/BRÜLLHARDT/PÜNTENER, 117 Rz. 5.14.1.1, allerdings kritisch BRÜLLHARDT, mp 2017, 23 f., m.H.a. OGer AG ZVE.2013.5 vom 27. Mai 2013, E. 3.4.5 u. 3.4.6; BGE 141 III 245 nicht publ. E. 1 betreffend den mit Art. 92 ZPO deckungsgleichen Art. 51 Abs. 4 BGG.

<sup>70</sup> Mietrecht für die Praxis/BRÜLLHARDT/PÜNTENER, 117 Rz. 5.14.1.1; INFANGER, PraxiZ 2012, 16; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 92 N 3; der bundesrätliche Entwurf hielt in Art. 90 Abs. 2 E-ZPO noch fest, dass bei ungewisser oder unbeschränkter Dauer als Kapitalwert *in der Regel* der zwanzigfache Betrag der einjährigen Nutzung oder Leistung gelte. Die Relativierung „in der Regel“ wurde durch den Gesetzgeber gestrichen, vgl. dazu Protokoll RK-NR vom 13./14. September 2007, 26 f., u. Amtl-Bull NR 2008, 651, sowie Protokoll RK-StR vom 26./27. Juni 2008, 7, u. AmtlBull StR 2008, 726.

<sup>71</sup> Ähnliches Beispiel bei PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 334.

<sup>72</sup> So auch HESS, I, u. RICKLI, Rz. 5, gemäss denen der Streitwert die Wichtigkeit eines Prozesses bzw. die monetäre Gewichtung einer Klage ausdrücken soll.

<sup>73</sup> PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 336; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 92 N 3.

te keine Gerichtskosten an, der Urteilsvorschlag kann laut Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO streitwertunabhängig unterbreitet werden und im erstinstanzlichen Prozess greift das vereinfachte Verfahren in Anwendung von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO losgelöst von der Höhe des Streitwerts.<sup>74</sup> Zudem sehen einige Kantone – wenn die Bemessung der Prozesskosten gestützt auf Art. 92 Abs. 2 ZPO erfolgt – Tarifiereduktionen vor, um das Kostenrisiko zu senken.<sup>75</sup>

### C. Mietminderung wegen Mängeln

Kann die Dauer der verlangten Herabsetzung festgelegt werden, so berechnet sich der Streitwert im Mietzinsherabsetzungsverfahren (Art. 259a Abs. 1 lit. b OR i.V.m. Art. 259d OR) nach dem verlangten Betrag während der Dauer, für welche die Herabsetzung gewährt werden soll (z.B. für die Monate Februar bis April).<sup>76</sup> 47

Schwieriger gestaltet sich die Streitwertbemessung bei fortdauernden Mängeln, deren Behebungszeitpunkt im Ungewissen liegt.<sup>77</sup> Dabei ist zu unterscheiden, ob die Dauer der verlangten Herabsetzung nicht genau eruiert oder diese überhaupt nicht festgelegt werden kann.<sup>78</sup> Ist eine Leistung wahrscheinlich für eine Dauer von weniger als zwanzig Jahren geschuldet, so ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung der kapitalisierte Wert für die wahrscheinliche Dauer massgebend. Es ist allerdings durchaus denkbar, dass die Dauer der verlangten Herabsetzung überhaupt nicht festgelegt werden kann, etwa weil unklar ist, ob die Möglichkeit der Mängelbeseitigung aufgrund öffentlich-rechtlicher Gründe überhaupt besteht. Diesfalls bleibt die verlangte Mietzinsherabsetzung für eine ungewisse oder unbeschränkte Dauer bestehen und der Streitwert ist auf das zwanzigfache der einjährigen Leistung zu kapitalisieren.<sup>79</sup> Diese unter der Geltung von Art. 36 Abs. 5 OG entwickelte bun- 48

<sup>74</sup> Vgl. Rz. 204 ff. zu den Prozesskosten im Schlichtungsverfahren und Rz. 249 ff. zum Geltungsbereich des Begriffs „Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen“ i.S.v. Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO und Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO.

<sup>75</sup> So etwa die Kantone Bern und Zürich, vgl. hierzu Rz. 308 f.; so auch Komm. ZPO-GASSER/RICKLI, Art. 92 N 2, denen zufolge der kostentreibenden Wirkung des hohen Streitwerts mittels Tarifiereduktionen begegnet werden kann.

<sup>76</sup> MÜLLER/HOFSTETTER, Rz. 14.29; SVIT-Komm., Art. 274f N 31; OGer ZH PD120011 vom 5. September 2012, E. II.4.2.

<sup>77</sup> PÜNTENER, mp 2011, 258.

<sup>78</sup> MÜLLER/HOFSTETTER, Rz. 14.29 f.; BRÜLLHARDT, mp 2017, 22.

<sup>79</sup> Zum Ganzen BGer 4C.387/2004 vom 17. März 2005, E. 1.2.2; OGer ZH PD120011 vom 5. September 2012, E. II.4.3; DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 110; BRÜLLHARDT, mp 2017, 22; MÜLLER/HOFSTETTER, Rz. 14.29 f.; vgl. KORAK-DISLER, Rz. 37, sowie Mietrecht für die Praxis/BRÜLLHARDT/PÜNTENER, 118 Rz. 5.14.1.5, die eine solche Differenzierung nicht eindeutig vornehmen (obwohl auf BGer 4C.287/2004 – gemeint ist BGer 4C.387/2004 – verwiesen wird).

## 1. Teil: Grundlagen

---

desgerichtliche Rechtsprechung hat auch für Art. 92 Abs. 2 ZPO zu gelten, da sich dessen Wortlaut – in den hier massgebenden Passagen – mit dem ersten deckt.<sup>80</sup> Insofern erfährt die Kapitalisierung auf das zwanzigfache der einjährigen Leistung i.S.v. Art. 92 Abs. 2 ZPO eine Relativierung, da bei einem Grossteil der Streitigkeiten die Dauer der verlangten Herabsetzung eruierbar sein dürfte.

### D. Kündigungsanfechtung

#### a. Brutto- oder Nettomietzins?

- 49 In der Lehre ist umstritten, ob als Berechnungsgrundlage der Netto- oder Bruttomietzins heranzuziehen ist. Ein Teil der Lehre stellt dabei auf den Nettomietzins ab.<sup>81</sup> Die herrschende Lehre<sup>82</sup> und wohl auch das Bundesgericht<sup>83</sup> gehen hingegen zu Recht vom Bruttomietzins als einschlägigen Berechnungsfaktor aus. Gestützt auf den strittigen Mietvertrag überlässt der Vermieter nicht nur die „rohen“ Wohn- oder Geschäftsräume, wofür der Mieter den Nettomietzins zu entrichten hat. Er erbringt auch Leistungen, die mit dem Gebrauch der Sache zusammenhängen. Der Mieter schuldet für solche Nebenleistungen (Beheizung, Warmwasser, etc.) ein Entgelt, wenn dies mit dem Vermieter vereinbart ist (Art. 257a OR und Art. 257b Abs. 1 OR). Da bei einer Kündigung das Weiterbestehen des gesamten Mietvertrags strittig ist, zu dem eben auch die Nebenkosten gehören, gibt es keinen sachlichen Grund,

---

<sup>80</sup> So auch OGer ZH PD120011 vom 5. September 2012, E. II.4.3, wo auf BGer 4C.287/2004 vom 17. März 2005, E. 1.2.2 (gemeint ist allerdings wiederum BGer 4C.387/2004 vom 17. März 2005) und die Rechtsprechung unter der Geltung von Art. 36 Abs. 5 OG verwiesen wird.

<sup>81</sup> PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 337; Mietrecht für die Praxis/BRÜLLHARDT/PÜNTENER, 117 Rz. 5.14.1.2; KORAK-DISLER, Rz. 35.

<sup>82</sup> DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 117; ZK-HIGI, Art. 273 N 27; LCHAT, Procédure, 49; MAAG, MRA 1/2014, 2 f.; MÜLLER/HOFSTETTER, Rz. 14.13; SVIT-Komm., Art. 274f N 31 (lit. d und g).

<sup>83</sup> BGE 137 III 389 E. 1.1 S. 391, wo das Bundesgericht implizit auf den Bruttomietzins abgestellt hat, indem es unter Hinweis auf ZK-HIGI, Art. 273 N 27, – der vom Bruttomietzins ausgeht – ausführt: „(...) le loyer mensuel est de 400 fr., soit 4'800 fr. par année. Il ne ressort pas de l'arrêt attaqué que des charges soient dues en sus de ce montant (...)“; auch im Pachtrecht geht das Bundesgericht vom Bruttopachtzins aus, indem es von „*gérances et charges*“ spricht, vgl. dazu BGE 136 III 196 E. 1.1 S. 197; das Obergericht des Kantons Zürich stellt auf den Bruttomietzins ab, vgl. dazu OGer ZH NG160010 vom 22. Dezember 2016, E. 11; nach Auffassung von MÜLLER/HOFSTETTER, Rz. 14.13, sowie KOLLER, ZBJV 1/2013, 33, wurde die Frage des massgeblichen Mietzinses hingegen noch nicht höchstrichterlich entschieden.

diese bei der Streitwertberechnung auszublenden.<sup>84</sup> Anzumerken ist überdies, dass bei der Summarexmission und im Erstreckungsverfahren – gemäss Bundesgericht und der hier vertretenen Ansicht – auf den Bruttomietzins abzustellen ist.<sup>85</sup> Hinsichtlich des massgeblichen Mietzinses besteht dadurch bei der Kündigungsanfechtung, bei der Summarausweisung sowie bei der Erstreckung Einheitlichkeit.

b. *Befristete Mietverhältnisse*

Wie bei den Mietzinsstreitigkeiten ist auch bei der Kündigungsanfechtung zu unterscheiden, ob ein befristetes oder unbefristetes Mietverhältnis im Streit liegt. Keine besondere Schwierigkeit bereitet die Streitwertermittlung bei einem befristeten Mietvertrag. Wird ein solcher ausserordentlich gekündigt, so erfolgt die Berechnung anhand der Summe der Mietzinse, welche bis zum Vertragsablauf geschuldet wären.<sup>86</sup> 50

c. *Unbefristete Mietverhältnisse*

Die Bemessung des Streitwerts bei unbefristeten Mietverhältnissen gestaltet sich komplexer. Bei der Kündigungsanfechtung entspricht der Streitwert im *bundesgerichtlichen Verfahren* dem Mietzins während der dreijährigen Kündigungssperrfrist (Art. 271a Abs. 1 lit. e OR). Diesen drei Jahren ist der Zeitraum bis zur nächsten vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsmöglichkeit hinzuzurechnen.<sup>87</sup> Endet die Sperrfrist somit beispielsweise am 31. Juli 2019 und sieht der Vertrag eine Kündigung – unter Einhaltung einer Dreimonatsfrist – jeweils per Ende September und Ende März vor, so ist der nächstmögliche Kündigungstermin der 31. März 2020.<sup>88</sup> Bei der Berechnung wird auf denjenigen Zeitpunkt abgestellt, in dem das kantonale Verfahren abge- 51

<sup>84</sup> Siehe MÜLLER/HOFSTETTER, Rz. 14.13.

<sup>85</sup> Vgl. Rz. 381 zur Summarexmission und Rz. 55 zur Erstreckung.

<sup>86</sup> BGE 136 III 196 E. 1.1 S. 197; ZK-HIGI, Art. 273 N 28; SVIT-Komm., Art. 274f N 31 (lit. d); MÜLLER/HOFSTETTER, Rz. 14.12; CPC Comm.-TREZZINI, Art. 92 N 14.

<sup>87</sup> BGE 136 III 196 E. 1.1 S. 197; BGE 137 III 389 E. 1.1 S. 390 f.; BGE 111 II 384 E. 1 S. 386; BGer 4A\_109/2015 vom 23. September 2015, E. 1; BGer 4A\_388/2016 vom 15. März 2017, E. 1; MAAG, MRA 1/2014, 2; MÜLLER/HOFSTETTER, Rz. 14.8; ZK-HIGI, Art. 273 N 30; Mietrecht für die Praxis/BRÜLLHARDT/PÜNTENER, 117 Rz. 5.14.1.2, wobei PÜNTENER, mp 2011, 257 f., nur von der Dreijahresfrist ausgeht; a.A. KORAK-DISLER, Rz. 35, die den Zeitraum bis zur nächsten vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsmöglichkeit nicht der Dreijahresfrist hinzurechnet.

<sup>88</sup> Siehe ZK-HIGI, Art. 273 N 30.

## 1. Teil: Grundlagen

---

geschlossen wurde, wobei das Datum des letzten kantonalen Entscheids massgebend ist.<sup>89</sup>

- 52 Die soeben dargelegte Praxis bezieht sich auf das Verfahren vor Bundesgericht, sie hat allerdings auch Auswirkungen auf die Streitwertermittlung im kantonalen Verfahren.<sup>90</sup> Bei der Kündigungsanfechtung sind die Berechnungsgrundsätze des bundesgerichtlichen Verfahrens analog anzuwenden, was Schwierigkeiten bietet, da der massgebliche Zeitpunkt für die Streitwertbemessung jener der Klageerhebung ist.<sup>91</sup> Zu diesem Zeitpunkt ist in der Praxis kaum abschätzbar, auf welchen Termin hin das Mietverhältnis – wenn man von der Missbräuchlichkeit der Kündigung ausgeht – später gekündigt werden könnte. Dies liegt daran, dass der dreijährigen Sperrfrist und dem Zeitraum bis zur nächsten Kündigungsmöglichkeit auch die voraussichtliche Verfahrensdauer hinzuzurechnen ist. Die entsprechenden Probleme liegen auf der Hand, da wohl kaum abgeschätzt werden kann, wann der letzte kantonale Entscheid gefällt bzw. ob die Streitsache überhaupt an eine höhere Instanz weitergezogen wird. Aus diesem Grund wird man sich mit groben Erfahrungszahlen über die durchschnittliche Verfahrensdauer bei Mietstreitigkeiten begnügen müssen.<sup>92</sup>
- 53 Hierfür könnten Praxisfestlegungen von Ober- bzw. Kantonsgerichten hilfreich sein. Die Zivilabteilung des Obergerichts des Kantons Bern hat in einer Praxisfestlegung die Streitwertberechnung bei Exmissionsverfahren geregelt. Zwar handelt es sich dabei um eine Praxisfestlegung im Zusammenhang mit der Bemessung bei der Ausweisung. Darin wird jedoch festgelegt, dass der Streitwert bei der Summarexmission dem Mietzins während der voraussichtlichen Dauer des Summarverfahrens und des nach einem (unterstellten) Nichteintretensentscheid zu durchlaufenden vereinfachten oder ordentlichen Verfahrens entspricht. Beim vereinfachten Verfahren (das ordentliche Verfahren gelangt bei der Kündigungsanfechtung gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO nicht zur Anwendung) inklusive vorangegangener Schlichtung ist von einer normierten Dauer von sechs Monaten auszugehen.<sup>93</sup> Bei der Streitwert-

---

<sup>89</sup> BGE 137 III 389 E. 1.1 S. 391; BGer 4A\_187/2011 vom 9. Juni 2011, E. 1.1; MÜLLER/HOFSTETTER, Rz. 14.8; MAAG, MRA 1/2014, 2.

<sup>90</sup> KOLLER, ZBJV 1/2013, 34.

<sup>91</sup> KOLLER, ZBJV 1/2013, 34; MÜLLER/HOFSTETTER, Rz. 14.10; betreffend den massgeblichen Zeitpunkt für die Bestimmung des Streitwerts BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 91 N 7, m.H.a. BGE 141 III 137.

<sup>92</sup> Zum Ganzen KOLLER, ZBJV 1/2013, 34, sowie MÜLLER/HOFSTETTER, Rz. 14.10; **a.A.** ist das Mietgericht Zürich, das die mutmassliche Verfahrensdauer bei der Streitwertberechnung nicht mitberücksichtigt, vgl. dazu MGer Zürich MF170009 vom 21. November 2017, E. 2, in: ZMP 2017, Nr. 11.

<sup>93</sup> Praxisfestlegung OGer BE vom 26. August 2016, Ziff. 2.5; vgl. hierzu auch die Ausführungen in Rz. 388 zur Streitwertberechnung bei der Summarexmission.

ermittlung im Kündigungsanfechtungsprozess könnte diese Verfahrensdauer – zumindest im Kanton Bern – herangezogen werden.

**E. Erstreckung**

Bei Mieterstreckungen ist zu beachten, dass häufig im Hauptantrag die Missbräuchlichkeit der Kündigung geltend gemacht und eventualiter die Erstreckung verlangt wird. Da gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO allfällige Eventualbegehren nicht zum Streitwert hinzugerechnet werden, erfolgt die Berechnung des Streitwerts bei diesen Konstellationen wie im Kündigungsanfechtungsverfahren. Solange die Frage der Kündigung strittig bleibt, ist das Erstreckungsbegehren für die Bemessung somit nicht zu berücksichtigen.<sup>94</sup> 54

PÜNTENER und BRÜLLHARDT stellen – wie bei der Kündigungsanfechtung – im Erstreckungsverfahren auf den Nettomietzins ab.<sup>95</sup> Das Bundesgericht sowie die herrschende Lehre gehen hingegen vom Bruttomietzins aus.<sup>96</sup> Dies meines Erachtens zu Recht, da die Erstreckung des gesamten Mietverhältnisses, wozu eben auch vereinbarte Nebenkosten zählen, strittig ist.<sup>97</sup> Der Streitwert bestimmt sich dabei nach den in der strittigen Periode (für die eine Erstreckung verlangt wird) geschuldeten Mietzinse.<sup>98</sup> 55

Ist der Mieter durch die Verfahrensdauer bereits in den Genuss einer faktischen Mieterstreckung (sogenannte kalte Erstreckung) gekommen, so beschränkt sich der Streitwert im *bundesgerichtlichen Verfahren* auf die künftigen Mietzinse, die noch nicht durch die faktische Mieterstreckung „konsumiert“ wurden. Abgestellt wird dabei auf den Zeitpunkt des Entscheids der 56

<sup>94</sup> Zum Ganzen MÜLLER/HOFSTETTER, Rz. 14.17; DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 118 f.; vgl. zur Streitwertberechnung bei der Kündigungsanfechtung Rz. 50 ff.

<sup>95</sup> PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 340 (Berechnungsbeispiel); Mietrecht für die Praxis/BRÜLLHARDT/PÜNTENER, 117 Rz. 5.14.1.3 Fn. 126; gl.M. KORAK-DISLER, Rz. 36; vgl. zur Kündigungsanfechtung Rz. 49.

<sup>96</sup> BGE 113 II 406 E. 1 S. 407 („loyer et [...] frais accessoires“); BGer 4A\_280/2008 vom 11. November 2008, E. 1, m.H.a. BGE 113 II 606 E. 1 S. 407, gemeint ist allerdings BGE 113 II 406 E. 1 S. 407; DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 119; MÜLLER/HOFSTETTER, Rz. 14.15; ZK-HIGI, Art. 273 N 80; ZPO Komm.-STEIN-WIGGER, Art. 92 N 12; SVIT-Komm., Art. 274f N 31 (lit. f und g); CPC Comm.-TREZZINI, Art. 92 N 15 („[...] il valore litigioso corrisponde alle pigioni e alle spese accessorie [...]“).

<sup>97</sup> Vgl. hierzu eingehend die Ausführungen in Rz. 49 zur Massgeblichkeit des Bruttomietzinses bei der Kündigungsanfechtung.

<sup>98</sup> BGE 113 II 406 E. 1 S. 407; BGer 4A\_280/2008 vom 11. November 2008, E. 1; MÜLLER/HOFSTETTER, Rz. 14.15; ZK-HIGI, Art. 273 N 80; SVIT-Komm., Art. 274f N 31 (lit. f); CPC Comm.-TREZZINI, Art. 92 N 15.

## 1. Teil: Grundlagen

---

letzten kantonalen Instanz.<sup>99</sup> Gleiches gilt für das zweitinstanzliche *kantonale Verfahren*, in dem der Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheids massgebend ist.<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup> BGE 109 II 351 E. 1 S. 351 f.; BGE 113 II 406 E. 1 S. 407 f.; BGer 4A\_129/2015 vom 10. Juli 2015, E. 1; MÜLLER/HOFSTETTER, Rz. 14.15; ZK-HIGI, Art. 273 N 82.

<sup>100</sup> MÜLLER/HOFSTETTER, Rz. 14.15 f.

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

### I. Statistiken zum Schlichtungsverfahren

Das Bundesamt für Wohnungswesen veröffentlicht halbjährlich Statistiken zur Tätigkeit der paritätischen Schlichtungsbehörden i.S.v. Art. 200 Abs. 1 ZPO. Seit Inkrafttreten der Schweizerischen ZPO am 1. Januar 2011 werden jährlich durchschnittlich 29 484 Schlichtungsverfahren in Miet- und Pachtangelegenheiten eingeleitet.<sup>101</sup> Dabei dürfte es sich bei der grossen Mehrzahl um mietrechtliche Streitigkeiten handeln. Den Statistiken des Bundesamts für Wohnungswesen lässt sich entnehmen, dass Streitigkeiten vor der Schlichtungsbehörde schwergewichtig ordentliche und ausserordentliche Kündigungen, die Erstreckung, Mietzinse, Forderungen auf Zahlung sowie Mängel an der Mietsache zum Gegenstand haben.<sup>102</sup> 57

Was die Erledigungsarten anbelangt, so werden im schweizweiten Durchschnitt rund 49.8 % der Streitigkeiten durch eine Einigung beigelegt.<sup>103</sup> In ca. 14.6 % der Fälle wird die Nichteinigung festgestellt und die Klagebewilligung erteilt.<sup>104</sup> In rund 6.1 % der Streitigkeiten wird ein Urteilsvorschlag unterbreitet, wobei die Annahmequote bei etwa zwei Dritteln liegt.<sup>105</sup> Der Entscheid spielt im Mietrecht lediglich eine marginale Rolle. So wird nur in 58

---

<sup>101</sup> Medienmitteilung BWO zweites Halbjahr 2017, Grafik 7.

<sup>102</sup> Siehe Medienmitteilung BWO zweites Halbjahr 2017, Grafiken 2 – 6; Medienmitteilung BWO erstes Halbjahr 2017, Grafiken 2 – 6; Medienmitteilung BWO zweites Halbjahr 2016, Grafiken 2 – 6; Medienmitteilung BWO erstes Halbjahr 2016, Grafiken 2 – 6.

<sup>103</sup> Siehe Medienmitteilung BWO zweites Halbjahr 2017, Grafik 1 (48.9 %); Medienmitteilung BWO erstes Halbjahr 2017, Grafik 1 (49.5 %); Medienmitteilung BWO zweites Halbjahr 2016, Grafik 1 (50 %); Medienmitteilung BWO erstes Halbjahr 2016, Grafik 1 (50.6 %).

<sup>104</sup> Siehe Medienmitteilung BWO zweites Halbjahr 2017, Grafik 1 (13 %); Medienmitteilung BWO erstes Halbjahr 2017, Grafik 1 (15.8 %); Medienmitteilung BWO zweites Halbjahr 2016, Grafik 1 (14.4 %); Medienmitteilung BWO erstes Halbjahr 2016, Grafik 1 (15.1 %).

<sup>105</sup> Siehe Medienmitteilung BWO zweites Halbjahr 2017, Grafik 1 (Urteilsvorschlag angenommen: 3.5 %; abgelehnt: 2 %); Medienmitteilung BWO erstes Halbjahr 2017, Grafik 1 (Urteilsvorschlag angenommen: 4.3 %; abgelehnt: 2.3 %); Medienmitteilung BWO zweites Halbjahr 2016, Grafik 1 (Urteilsvorschlag angenommen: 4.2 %; abgelehnt: 1.9 %); Medienmitteilung BWO erstes Halbjahr 2016, Grafik 1 (Urteilsvorschlag angenommen: 4.1 %; abgelehnt: 2 %).

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

---

knapp 0.5 % der Streitigkeiten ein Entscheid gefällt.<sup>106</sup> In rund 29.2 % erfolgt eine anderweitige Erledigung (Rückzug, Nichteintreten, Gegenstandslosigkeit oder Überweisung an ein Schiedsgericht).<sup>107</sup>

- 59 Ein Blick in die Statistiken des Bundesamts für Wohnungswesen zeigt, dass durchschnittlich mindestens 58 % der mietrechtlichen Streitigkeiten vor der paritätischen Schlichtungsbehörde, welche durch eine Einigung, Feststellung der Nichteinigung, einen Urteilsvorschlag oder Entscheid erledigt werden, den Kernbereich des Mietrechts (Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO) betreffen. Hinsichtlich dieses Prozentsatzes sind folgende Präzisierungen erforderlich: Nicht erfasst werden Streitigkeiten, bei denen eine anderweitige Erledigung erfolgt (Rückzug, Nichteintreten, Gegenstandslosigkeit oder Überweisung an ein Schiedsgericht), da den Statistiken des Bundesamts für Wohnungswesen die Natur der Streitigkeit hier nicht zu entnehmen ist. Erfasst werden Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Anfechtung des Anfangsmietzinses und einer Mietzinserhöhung, Mietzinssenkungen, ordentliche und ausserordentliche Vertragskündigungen sowie Erstreckungen. In diesem Prozentsatz nicht inbegriffen sind indessen Streitigkeiten im Zusammenhang mit Mängelrechten, die im Rahmen eines Hinterlegungsverfahrens geltend gemacht werden. Dies aus dem Grund, dass aus den Statistiken nicht hervorgeht, ob die Mängelstreitigkeit im Hinterlegungsverfahren erfolgte oder nicht.<sup>108</sup>

## II. Schlichtungsobligatorium und Ausnahmen

### 1. Schlichtungsobligatorium als Grundsatz

- 60 Der vom Gesetzgeber verfolgte Grundsatz „Zuerst schlichten, dann richten“ hat in Art. 197 ZPO Ausdruck gefunden.<sup>109</sup> Demnach geht dem Entscheidver-

---

<sup>106</sup> Siehe Medienmitteilung BWO zweites Halbjahr 2017, Grafik 1 (0.4 %); Medienmitteilung BWO erstes Halbjahr 2017, Grafik 1 (0.4 %); Medienmitteilung BWO zweites Halbjahr 2016, Grafik 1 (0.5 %); Medienmitteilung BWO erstes Halbjahr 2016, Grafik 1 (0.5 %).

<sup>107</sup> Siehe Medienmitteilung BWO zweites Halbjahr 2017, Grafik 1 (32.3 %); Medienmitteilung BWO erstes Halbjahr 2017, Grafik 1 (27.8 %); Medienmitteilung BWO zweites Halbjahr 2016, Grafik 1 (29 %); Medienmitteilung BWO erstes Halbjahr 2016, Grafik 1 (27.7 %).

<sup>108</sup> Siehe zum Ganzen Medienmitteilung BWO zweites Halbjahr 2017, Tabelle 2 (Detailangaben zu den erledigten Fällen in den letzten drei Semestern [zweites Semester 2016 sowie erstes und zweites Semester 2017]); vgl. zum Kernbereich des Mietrechts i.S.v. Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO und Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO die Ausführungen in Rz. 223 ff.

<sup>109</sup> Botschaft ZPO, 7328; BSK ZPO-INFANGER, Art. 197/198 N 1; CPC Comm.-TREZZINI, Art. 197 N 1 („*dapprima conciliare, poi giudicare*“).

---

## II. Schlichtungsobligatorium und Ausnahmen

fahren ein Schlichtungsversuch vor einer Schlichtungsbehörde voraus. Das Schlichtungsverfahren entlastet einerseits die Gerichte, deren Anrufung die letzte Eskalationsstufe eines Konflikts sein sollte. Andererseits dient es auch den Parteien: Einvernehmliche Lösungen sind zumeist nachhaltiger und günstiger, zumal sie auch Gesichtspunkte mit einbeziehen können, die ein Gericht aufgrund der Geltung der Dispositionsmaxime nicht berücksichtigen dürfte.<sup>110</sup> Insbesondere in mietrechtlichen Angelegenheiten, für die bereits das alte Recht einen speziellen Schlichtungsversuch vorsah, hat sich die dem Entscheidungsverfahren vorgelagerte Schlichtung sehr bewährt.<sup>111</sup>

### 2. Ausnahmen

#### A. Einleitung

Das soeben dargelegte Schlichtungsobligatorium gilt nicht absolut. Während Art. 198 ZPO die Ausnahmen aufführt, in denen ein Schlichtungsverfahren entfällt und direkt beim zuständigen Gericht geklagt werden muss, statuiert Art. 199 ZPO den zweiseitigen oder einseitigen Verzicht. Überdies kann der Rechtsweg abweichen bei Mietzinsstreitigkeiten betreffend Wohnungen, deren Bereitstellung von der öffentlichen Hand gefördert wurde und deren Mietzinse durch eine Behörde kontrolliert werden (Art. 253b Abs. 3 OR). 61

#### B. Gesetzliche Ausnahmen gemäss Art. 198 ZPO

##### a. Vorbemerkungen

Bei den Ausnahmen i.S.v. Art. 198 ZPO handelt es sich um Angelegenheiten, bei denen der Gesetzgeber davon ausging, dass für diese ein Schlichtungsverfahren zweckwidrig oder jedenfalls unangemessen wäre.<sup>112</sup> Im Folgenden wird auf jene gesetzlichen Ausnahmen eingegangen, welche in der Mietrechtspraxis von Relevanz sind. 62

---

<sup>110</sup> Botschaft ZPO, 7241 f.; ZPO Komm.-HONEGGER, Art. 197 N 4 ff.; BK ZPO-PETER, Art. 197 N 3 ff.; Comm. CPC-BOHNET, Art. 197 N 5.

<sup>111</sup> Bericht VE-ZPO, 94; PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 88; siehe BOHNET, SZZP 2010, 421; vgl. dazu auch die Statistiken des mietrechtlichen Schlichtungsverfahrens in Rz. 58.

<sup>112</sup> SUTTER-SOMM, § 12 Rz. 934; SCHRANK, Schlichtungsverfahren, Rz. 32; ZPO-MÖHLER, Art. 198 N 3; Botschaft ZPO, 7328, im Zusammenhang mit dem Summarverfahren.

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

---

### *b. Summarverfahren*

- 63 Gemäss Art. 198 lit. a ZPO entfällt die Schlichtung im summarischen Verfahren, dessen Anwendungsbereich sich nach Art. 248 ZPO bestimmt.<sup>113</sup> Solche Verfahren sind auf Raschheit des Entscheids ausgerichtet, weshalb sich das Entfallen einer vorgängigen Schlichtung aus dem Verfahrenszweck selbst ergibt.<sup>114</sup>
- 64 Das Summarium ist laut Art. 248 lit. a ZPO in den vom Gesetz bestimmten Fällen anwendbar. Im Mietrecht ist jener Fall von besonderer Bedeutung, in dem der Mieter mit Mietzinszahlungen in Verzug gerät. Der Vermieter kann diesfalls eine Betreibung einleiten und bei erhobenem Rechtsvorschlag gestützt auf den Mietvertrag die provisorische Rechtsöffnung beantragen.<sup>115</sup> Da das summarische Verfahren gemäss Art. 251 lit. a ZPO für Entscheide gilt, die im Rechtsöffnungsverfahren getroffen werden, muss keine Schlichtung durchlaufen werden.
- 65 Im Mietverfahren spielt weiter der Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 248 lit. b ZPO i.V.m. Art. 257 ZPO) für die Ausweisung von Mietern eine bedeutende Rolle (Exmissionsverfahren).<sup>116</sup> Das entsprechende Exmissionsgesuch ist ohne vorgängige Schlichtung direkt beim zuständigen Gericht einzureichen. Das Summarium gelangt gemäss Art. 248 lit. d ZPO i.V.m. Art. 261 ff. ZPO auch für vorsorgliche Massnahmen zur Anwendung. In der mietrechtlichen Praxis sind zahlreiche Konstellationen denkbar, in denen es sich aufdrängen kann, ein solches Massnahmengesuch zu stellen.<sup>117</sup> Ein vorgängiger Schlichtungsversuch ist dabei nicht zu durchlaufen.

---

<sup>113</sup> Das Summarverfahren ist anwendbar in den vom Gesetz bestimmten Fällen (Art. 248 lit. a ZPO, worunter die Kataloge der Art. 249 ZPO – Art. 251 ZPO fallen, aber etwa auch Art. 271 ZPO oder Art. 302 ZPO), für den Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 248 lit. b ZPO i.V.m. Art. 257 ZPO), für das gerichtliche Verbot (Art. 248 lit. c ZPO i.V.m. Art. 258 ff. ZPO), für die vorsorglichen Massnahmen (Art. 248 lit. d ZPO i.V.m. Art. 261 ff. ZPO) und für die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Art. 248 lit. e ZPO).

<sup>114</sup> Botschaft ZPO, 7328; Kuko ZPO-GLOOR/UMBRIKHT LUKAS, Art. 198 N 3; Handkomm. ZPO-FREY, Art. 198 N 2; SUTTER-SOMM, § 12 Rz. 935; CPC Comm.-TREZZINI, Art. 198 N 4.

<sup>115</sup> BSK SchKG-STAEHELIN, Art. 82 N 114, nach dem der vom Mieter unterzeichnete Mietvertrag zur Rechtsöffnung für die darin festgelegten fälligen Mietzinse und bezifferten Nebenkosten berechtigt; BOHNET, SZPP 2010, 421; KORAK-DISLER, Rz. 11.

<sup>116</sup> Botschaft ZPO, 7352; KOUMBARAKIS, Schlichtungsverfahren in Mietsachen, 129; BOHNET, SZPP 2010, 422; vgl. zur Summarexmission Rz. 324 ff.

<sup>117</sup> Vgl. zu den vorsorglichen Massnahmen die Ausführungen in Rz. 389 ff.

## II. Schlichtungsobligatorium und Ausnahmen

### c. *Klagen aus dem SchKG*

#### aa. *Im Allgemeinen*

Das Schlichtungsverfahren entfällt gemäss Art. 198 lit. e ZPO auch bei gewissen schuldbetreibungs- und konkursrechtlichen Klagen.<sup>118</sup> Unter der Geltung des mit Inkrafttreten der ZPO aufgehobenen Art. 25 Ziff. 1 aSchKG wurden die meisten der in Art. 198 lit. e ZPO aufgelisteten Klagen im sogenannten beschleunigten Verfahren durchgeführt.<sup>119</sup> Die Kantone hatten in diesem Verfahren die Vorgabe, die Prozesse binnen sechs Monaten seit Klageanhebung durch Haupturteil der letzten kantonalen Instanz zu erledigen. Da die ZPO kein derartiges Verfahren mehr vorsieht, wurde der besonderen Dringlichkeit durch das Überspringen der Schlichtung Rechnung getragen.<sup>120</sup> 66

#### bb. *Aberkennungsklage im Besonderen*

Wird dem Vermieter im Rahmen einer Betreuung auf ausstehende Mietzinse die provisorische Rechtsöffnung erteilt, so steht dem Mieter die Aberkennungsklage i.S.v. Art. 83 Abs. 2 SchKG zur Verfügung. Der Mieter hat diese direkt beim zuständigen Gericht zu erheben, da das Schlichtungsverfahren gemäss Art. 198 lit. e Ziff. 1 ZPO entfällt. In der mietrechtlichen Literatur wird teilweise darauf hingewiesen, dass dieser Umstand eine Benachteiligung der Mieterpartei darstelle, da diese häufiger betrieben werde, als sie selbst betreibe. Entfalle das kostenlose Schlichtungsverfahren, sei jedes Mal ein gerichtliches Verfahren mit dem entsprechenden Kostenrisiko erforderlich.<sup>121</sup> 67

Im Gegensatz zu den meisten von Art. 198 lit. e ZPO aufgelisteten Klagen fiel die Aberkennungsklage nicht unter das beschleunigte Verfahren i.S.v. Art. 25 Ziff. 1 aSchKG.<sup>122</sup> Die Ausnahmekataloge von Art. 193 Abs. 2 VE- 68

<sup>118</sup> Es sind dies die Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG), Feststellungsklage (Art. 85a SchKG), Widerspruchsklage (Art. 106 SchKG – Art. 109 SchKG), Anschlussklage (Art. 111 SchKG), Aussonderungs- und Admassierungsklage (Art. 242 SchKG), Kollokationsklage (Art. 148 SchKG und Art. 250 SchKG), Klage auf Feststellung neuen Vermögens (Art. 265a SchKG) und die Klage auf Rückschaffung von Retentionsgegenständen (Art. 284 SchKG).

<sup>119</sup> Comm. CPC-BOHNET, Art. 198 N 16; Handkomm. ZPO-FREY, Art. 198 N 5; Kuko ZPO-GLOOR/UMBRICHT LUKAS, Art. 198 N 6; ZPO-MÖHLER, Art. 198 N 10 f.

<sup>120</sup> Botschaft ZPO, 7329; Comm. CPC-BOHNET, Art. 198 N 16; Komm. ZPO-GASSER/RICKLI, Art. 198 N 5; BK ZPO-PETER, Art. 198 N 7.

<sup>121</sup> THANEL, mp 2009, 188; PÜNTENER, mp 2011, 263 Fn. 66, u. PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 93; KORAK-DISLER, Rz. 15; a.A. BISANG, MRA 2010, 104, der das Entfallen der Schlichtung als sinnvoll erachtet.

<sup>122</sup> Kuko ZPO-GLOOR/UMBRICHT LUKAS, Art. 198 N 8.

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

---

ZPO und Art. 195 lit. e E-ZPO (dem heutigen Art. 198 lit. e ZPO) führten die Aberkennungsklage deshalb nicht auf. Die Aufnahme erfolgte auf Antrag der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats und war – zumindest kommissionsintern – nicht unumstritten.<sup>123</sup> Von den Befürwortern wurde die Aufnahme damit begründet, dass auch bei der Aberkennungsklage eine gewisse Eile geboten sei. Ein vorgängiges Verfahren – das Rechtsöffnungsverfahren – sei bereits durchlaufen worden, weshalb es nicht mehr nötig sei, ein Schlichtungsversuch durchzuführen.<sup>124</sup> Zudem hätten bereits die meisten kantonalen Zivilprozessordnungen bei der Aberkennungsklage von einer vorgängigen Schlichtung abgesehen.<sup>125</sup> Von den Gegnern wurde explizit auf mietrechtliche Forderungen hingewiesen und ausgeführt, vor der Schlichtungsbehörde könne sehr häufig eine Einigung erzielt werden. Weiter wurde entgegnet, es sei nicht einzusehen, weshalb die Aberkennungsklage anders als die Anerkennungsklage – bei der ein Schlichtungsversuch zu durchlaufen ist – zu handhaben sei.<sup>126</sup>

- 69 Bei der Aberkennungsklage handelt es sich um das Gegenstück zur Anerkennungsklage.<sup>127</sup> So zielen beide Klagen auf den gleichen Prozessgegenstand ab, nämlich auf die Frage des Bestehens oder Nichtbestehens eines materiellrechtlichen Anspruchs.<sup>128</sup> Im Gegensatz zur Aberkennungsklage ist die Anerkennungsklage nicht im Ausnahmekatalog von Art. 198 lit. e ZPO aufgenommen. Ein Schlichtungsverfahren ist deshalb zu durchlaufen, obwohl zuvor ein Rechtsöffnungsverfahren durchgeführt worden sein kann. Insofern ist, wie SCHRANK zu Recht ausführt, das Argument des bereits durchlaufenen vorgängigen Verfahrens nicht stichhaltig.<sup>129</sup>
- 70 Zudem hat das Rechtsöffnungsverfahren nicht zum Ziel, eine Einigung zwischen den Parteien herbeizuführen.<sup>130</sup> Bereits dessen Ablauf verdeutlicht,

---

<sup>123</sup> Protokoll RK-NR vom 15./16. November 2007, 42 f. (aufgrund Stimmengleichheit entschied der Präsident der Kommission per Stichentscheid); zur nationalrätlichen Debatte vgl. AmtlBull NR 2008, 947 ff., insb. 951; zur Beratung in der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats vgl. Protokoll RK-StR vom 26./27. Juni 2008, 14; zur ständerätlichen Abstimmung vgl. AmtlBull StR 2008, 726.

<sup>124</sup> Protokoll RK-NR vom 15./16. November 2007, 42 f.

<sup>125</sup> Protokoll RK-NR vom 15./16. November 2007, 43; vgl. § 136 Abs. 1 lit. c ZPO-AG, § 3 Abs. 1 Ziff. 10 ZPO-BL, § 186 Abs. 1 lit. e ZPO-LU, Art. 20 Ziff. 6 ZPO-NW, Art. 129 Abs. 1 Ziff. 5 CPC-VD und Art. 113 Abs. 1 lit. d CPC-VS; siehe zu den altrechtlichen kantonalen Zivilprozessordnungen auch SCHRANK, Schlichtungsverfahren, Rz. 46 Fn. 196.

<sup>126</sup> Protokoll RK-NR vom 15./16. November 2007, 43.

<sup>127</sup> BGE 124 III 207 E. 3a S. 208 f.; BGE 133 III 645 E. 5.3 S. 653 f.; SCHRANK, Schlichtungsverfahren, Rz. 46.

<sup>128</sup> SCHRANK, Schlichtungsverfahren, Rz. 46.

<sup>129</sup> SCHRANK, Schlichtungsverfahren, Rz. 46.

<sup>130</sup> BGE 133 III 645 E. 5.3 S. 654; SCHRANK, Schlichtungsverfahren, Rz. 46.

## II. Schlichtungsobligatorium und Ausnahmen

dass es nicht auf Aussöhnung ausgerichtet ist. Bei der Rechtsöffnung handelt es sich um ein Summarverfahren. Das Gericht kann gemäss Art. 256 Abs. 1 ZPO auf die Durchführung einer Verhandlung verzichten und aufgrund der Akten entscheiden, sofern das Gesetz nichts anderes vorsieht. Die Ansetzung einer mündlichen Verhandlung liegt zwar grundsätzlich im Ermessen des Gerichts<sup>131</sup>, in der Praxis dürfte im provisorischen Rechtsöffnungsverfahren jedoch ein Aktenprozess die Regel sein<sup>132</sup>. Da sich die Parteien in einem schriftlichen Verfahren nicht physisch gegenüberstehen und das Gericht auf diese Weise kaum zu vermitteln vermag, besteht kein Spielraum für eine Einigung. Es kann demnach nicht gesagt werden, ein Einigungsversuch sei sinnlos, bloss weil ihm ein Rechtsöffnungsverfahren vorangegangen ist.<sup>133</sup>

In der mietrechtlichen Literatur wird vereinzelt die Streichung der Aberkennungsklage aus dem Ausnahmekatalog von Art. 198 ZPO postuliert.<sup>134</sup> Bei einer Betreibung wegen ausstehender Mietzinse ist es die Mieterschaft, welche die Aberkennungsklage zu erheben hat, wenn die provisorische Rechtsöffnung erteilt wird. Insofern hat sie durch die Aufnahme der Aberkennungsklage in Art. 198 ZPO in der Tat eine Schlechterstellung erfahren. Diese Schlechterstellung ist dabei keine mietrechtliche Besonderheit, sondern betrifft sämtliche Schuldner einer Geldleistung. Angesichts der dargelegten Überlegungen wäre die Streichung der Aberkennungsklage aus Art. 198 ZPO zu begrüssen.

71

### *d. Streitigkeiten gemäss Art. 5 ZPO und Art. 6 ZPO*

Ebenfalls ausgenommen vom Schlichtungsobligatorium sind laut Art. 198 lit. f ZPO Streitigkeiten, für die nach Art. 5 ZPO und Art. 6 ZPO eine einzige kantonale Instanz zuständig ist.<sup>135</sup> Während eine Ausnahme gemäss Art. 5 ZPO bei mietrechtlichen Angelegenheiten nicht in Betracht kommt, kann das Handelsgericht gemäss Art. 6 ZPO diesfalls durchaus zuständig sein.<sup>136</sup> Über

72

<sup>131</sup> Dike Komm. ZPO-KAUFMANN, Art. 256 N 6; ZPO Komm.-KLINGLER, Art. 256 N 1; BK ZPO-GÜNGERICH, Art. 256 N 1.

<sup>132</sup> Botschaft ZPO, 7351.

<sup>133</sup> Siehe BGE 133 III 645 E. 5.3 S. 654 sowie SCHRANK, Schlichtungsverfahren, Rz. 46.

<sup>134</sup> Insbesondere PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 93; vgl. zur Kritik in der mietrechtlichen Lehre die Ausführungen in Rz. 67.

<sup>135</sup> Gemäss Botschaft ZPO, 7329, verfügen die Schlichtungsbehörden bei solchen Streitigkeiten nicht über das notwendige Fachwissen; vgl. Rz. 410 f. zur Revision der ZPO.

<sup>136</sup> Vgl. zur Zuständigkeit des Handelsgerichts bei mietrechtlichen Streitigkeiten die Ausführungen in Rz. 314 ff.

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

---

Handelsgerichte verfügen die Kantone Aargau, Bern, St. Gallen und Zürich.<sup>137</sup>

### e. *Hauptintervention, Widerklage und Streitverkündungsklage*

- 73 Das Schlichtungsverfahren entfällt weiter gemäss Art. 198 lit. g ZPO bei der Hauptintervention (Art. 73 ZPO), der Widerklage (Art. 224 ZPO) und der Streitverkündungsklage (Art. 81 f. ZPO). Grund dafür ist, dass hinsichtlich der Hauptklage ein solches bereits durchlaufen wurde und ein erstinstanzliches Gerichtsverfahren hängig ist. Ein weiteres Schlichtungsverfahren würde den laufenden Prozess lediglich verzögern.<sup>138</sup>
- 74 Im vereinfachten und summarischen Verfahren ist die Streitverkündungsklage unzulässig (Art. 81 Abs. 3 ZPO). Da beide Verfahrensarten in mietrechtlichen Angelegenheiten von grosser Relevanz sind, kommt dieser eine beschränkte Bedeutung zu.<sup>139</sup> Denkbar ist die Streitverkündungsklage im ordentlichen Verfahren bei Streitigkeiten unter Mitgliedern von Wohngemeinschaften, Untermietern oder Mitvermietern, wenn diese keine notwendige Streitgenossenschaft bilden und demnach eigenständig klagen oder beklagt werden können. Klagt etwa der Vermieter nur gegen ein Mitglied einer Wohngemeinschaft auf Schadenersatz, so könnte dieses den anderen Mitgliedern den Streit verkünden.<sup>140</sup> Allerdings dürfte in den meisten Fällen der Streitwert von Fr. 30 000.– nicht überschritten werden und das vereinfachte Verfahren greifen (Art. 243 Abs. 1 ZPO).
- 75 Die Hauptintervention ist im Mietverfahren ebenfalls von geringer Bedeutung. Als Beispiel führt BOHNET den Fall auf, in dem ein Mieter gegen den Vermieter auf Übergabe der Sache klagt und sich ein Dritter mit der Behauptung widersetzt, der rechtmässige Eigentümer des Mietobjekts zu sein.<sup>141</sup> Dies

---

<sup>137</sup> Vgl. § 3 Abs. 1 lit. e und § 12 EG ZPO-AG; Art. 5 Abs. 1 lit. a und Art. 7 EG ZSJBE; Art. 10 Abs. 1 EG ZPO-SG; § 3 Abs. 1 lit. b und § 44 GOG-ZH.

<sup>138</sup> Kuko ZPO-GLOOR/UMBRICHT LUKAS, Art. 198 N 11; Dike Komm. ZPO-EGLI, Art. 198 N 16, nach dem ein nachträglicher Schlichtungsversuch im Widerspruch zu den Zielen der Verfahrensökonomie steht; Komm. ZPO-GASSER/RICKLI, Art. 198 N 8; ZPO-MÖHLER, Art. 198 N 15.

<sup>139</sup> MÜLLER/MEYER, Rz. 16.42 u. 16.48; BOHNET, SZZP 2010, 424; LACHAT, Procédure, 62 f.; vgl. zur Bedeutung des vereinfachten Verfahrens im Mietrecht die Ausführungen in Rz. 222 ff. u. 311, und zur Bedeutung des Summarverfahrens Rz. 330.

<sup>140</sup> BOHNET, SZZP 2010, 425; DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 160; siehe CPra-CO-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, Art. 253 N 4 ff. u. 24 ff.; LACHAT, Procédure, 62 f.

<sup>141</sup> BOHNET, SZZP 2010, 425.

## II. Schlichtungsobligatorium und Ausnahmen

dürfte in der Praxis jedoch selten vorkommen – das im Gegensatz zu einer Hauptintervention bei einer Doppelvermietung.<sup>142</sup>

Im Gegensatz zur Streitverkündungsklage und der Hauptintervention ist die Widerklage in mietrechtlichen Angelegenheiten von grosser Bedeutung. So sind zahlreiche Konstellationen denkbar, in denen Mieter oder Vermieter widerklageweise eigene Ansprüche den Forderungen des Klägers entgegenstellen können.<sup>143</sup> 76

### C. Mietzinsstreitigkeiten im Zusammenhang mit Mietobjekten i.S.v. Art. 253b Abs. 3 OR

Bund, Kantone und Gemeinden können die Bereitstellung von preisgünstigem Wohnraum unterstützen (Art. 253b Abs. 3 OR). So fördert der Bund gemäss Art. 10 WFG das Angebot an Mietwohnungen zu günstigen Mietzinsen für wirtschaftlich oder sozial benachteiligte Personen. 77

Erfolgte die Bereitstellung des Wohnraums durch Bundeshilfen, so richtet sich das Verfahren hinsichtlich der Mietzinskontrolle nach Art. 54 WFG.<sup>144</sup> Die Mieterschaft kann laut Art. 54 Abs. 2 WFG jederzeit eine Überprüfung der durch das Bundesamt für Wohnungswesen kontrollierten Mietzinse beantragen. Dieses versucht, unter den Parteien eine Einigung herbeizuführen, und erlässt bei Misslingen eine Verfügung. Ein Verfahren vor der Schlichtungsbehörde findet, mit Ausnahme der Überprüfung von Nebenkosten, nicht statt (Art. 54 Abs. 4 WFG).<sup>145</sup> 78

Die Kantone können ebenfalls einen abweichenden Rechtsweg vorsehen, wenn die Förderung durch sie oder durch Gemeinden erfolgt und die Mietzinse behördlich kontrolliert werden. Ein Schlichtungsverfahren vor der Schlichtungsbehörde findet bei Mietzinsstreitigkeiten nicht statt, wenn die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des jeweiligen Kantons abweichen.<sup>146</sup> So schreibt etwa der Kanton Zug vor, dass das kantonale Amt für Wohnungswesen für die Überprüfung der Mietzinse zuständig ist (§ 23 WFG-ZG).<sup>147</sup> Den Kantonen bleibt es aber unbenommen, die Schlichtungsbehörden als erste 79

<sup>142</sup> Siehe LACHAT, Procédure, 63 f.

<sup>143</sup> Vgl. zur Widerklage die Ausführungen in Rz. 285 ff.

<sup>144</sup> BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 201 N 2.

<sup>145</sup> Das Verfahren vor dem Bundesamt für Wohnungswesen ist laut Art. 54 Abs. 3 WFG kostenlos; vgl. hierzu auch die Ausführungen in Rz. 257.

<sup>146</sup> Mietrecht für die Praxis/BRUTSCHIN, 391 Rz. 16.3.3, die ausführt, dass die verfahrensrechtlichen Bestimmungen sich nach dem jeweiligen kantonalen Recht richten.

<sup>147</sup> Vgl. CPra-CO-MONTINI/WAHLEN, Art. 253b N 16 ff., zu den Regelungen in den Kantonen Bern, Freiburg, Genf, Neuenburg, Jura, Wallis und Waadt.

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

---

Kontrollinstanz einzusetzen.<sup>148</sup> Insofern ist bei Mietzinsstreitigkeiten i.S.v. Art. 253b Abs. 3 OR (bei denen die Mietobjekte durch den Kanton oder die Gemeinden subventioniert wurden) das kantonale Recht zu konsultieren.<sup>149</sup>

### **D. Verzicht gemäss Art. 199 ZPO**

#### *a. Einleitung und Gesetzgebungsprozess*

- 80 Der Grundsatz des Schlichtungsobligatoriums erfährt – neben dem in Art. 198 ZPO normierten Ausnahmekatalog und dem bei Mietzinsstreitigkeiten betreffend Mietobjekte i.S.v. Art. 253b Abs. 3 OR unter Umständen abweichenden Rechtsweg – eine weitere Einschränkung. Diese ist in Art. 199 ZPO geregelt. Bei gegebenen Voraussetzungen ist ein gemeinsamer (Abs. 1) bzw. einseitiger (Abs. 2) Verzicht auf das Schlichtungsverfahren möglich.
- 81 Der Vorentwurf regelte den Verzicht grundlegend anders als der heutige Art. 199 ZPO. Gemäss Art. 192 Abs. 1 VE-ZPO entfiel das Schlichtungsverfahren einerseits, wenn beide Parteien schriftlich darauf verzichteten, andererseits konnte die klagende Partei bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten einseitig darauf verzichten (Art. 192 Abs. 2 lit. a VE-ZPO).<sup>150</sup> Art. 192 Abs. 3 VE-ZPO sah jedoch einen Verzichtsausschluss für jene Streitigkeiten vor, bei denen im erstinstanzlichen Prozess das vereinfachte Verfahren zur Anwendung gelangte. Mit inbegriffen in diesem Verzichtsausschluss waren Streitigkeiten aus der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen, da diesfalls laut Art. 237 lit. a VE-ZPO stets das vereinfachte Verfahren griff.<sup>151</sup>
- 82 Der bundesrätliche Entwurf entspricht hingegen der heutigen Fassung. Ein Verzichtsausschluss war bei der Wohn- und Geschäftsraummiete demnach bereits nicht mehr vorgesehen (Art. 196 E-ZPO). Grund für die Neufassung war gemäss Botschaft zur ZPO die an Art. 192 VE-ZPO aufgekommene starke Kritik im Vernehmlassungsverfahren.<sup>152</sup>

---

<sup>148</sup> Mietrecht für die Praxis/BRUTSCHIN, 391 Rz. 16.3.3 Fn. 46.

<sup>149</sup> Vgl. auch die Ausführungen in Rz. 258.

<sup>150</sup> Weiter konnte die klagende Partei einseitig auf das Schlichtungsverfahren verzichten, wenn die beklagte Partei Sitz oder Wohnsitz im Ausland hatte (Art. 192 Abs. 2 lit. b VE-ZPO) oder wenn der Aufenthaltsort der beklagten Partei unbekannt war (Art. 192 Abs. 2 lit. c VE-ZPO).

<sup>151</sup> Siehe hierzu Bericht VE-ZPO, 95 u. 117.

<sup>152</sup> Botschaft ZPO, 7329; ein Blick in die Vernehmlassungsunterlagen zeigt, dass sich die Kritik vorwiegend auf Art. 192 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a VE-ZPO bezog, nicht jedoch auf Art. 192 Abs. 3 VE-ZPO, vgl. dazu Vernehmlassung VE-ZPO, 479 ff.

## II. Schlichtungsobligatorium und Ausnahmen

Im weiteren Gesetzgebungsprozess wurde in der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats ein Antrag abgelehnt, der auf einen Verzichtsausschluss bei Mietzinsstreitigkeiten abzielte.<sup>153</sup> In der nationalrätlichen Debatte wurde erneut versucht, Streitigkeiten betreffend Mietzinse von der Verzichtsmöglichkeit auszunehmen. Begründet wurde dies etwa damit, dass das mietrechtliche Schlichtungsverfahren betreffend Mietzinse äusserst erfolgsträchtig sei und häufig eine Einigung erzielt werden könne. Zudem sei zu berücksichtigen, dass der Streitwert von Fr. 100 000.– bei Mietzinserhöhungen relativ schnell erreicht werde. Diesem Antrag war, wie demjenigen in der Kommission, kein Erfolg beschert.<sup>154</sup> 83

### *b. Zulässigkeit des gemeinsamen Verzichts?*

#### *aa. Vorbemerkungen*

Grund für die Möglichkeit des gemeinsamen Verzichts bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von mindestens Fr. 100 000.– ist gemäss Botschaft, dass in Schlichtungsverfahren mit hohen Streitwerten oft keine Einigung erzielt wird. Eine obligatorische Schlichtung stelle diesfalls häufig nur einen unnützen Durchlauf zwecks Erteilung der Klagebewilligung dar.<sup>155</sup> 84

Prima vista könnte man denken, dass dieser hohe Streitwert für mietrechtliche Angelegenheiten ausser Reichweite liegt. Da jedoch im Mietrecht häufig hohe Streitwerte resultieren, kann die Schwelle der Fr. 100 000.– sehr wohl überschritten werden. So ist der von Art. 199 Abs. 1 ZPO vorgesehene Streitwert bei einem unbefristeten Mietverhältnis aufgrund der Streitwertberechnung gemäss Art. 92 Abs. 2 ZPO (zwanzigfacher Betrag der einjährigen Leistung) bereits bei einer Mietzinserhöhung von Fr. 417.– pro Monat erreicht (417x12x20). Bei Mietzinserhöhungen aufgrund umfassender Sanierungen könnte die Streitwertgrenze also durchaus überschritten werden.<sup>156</sup> 85

<sup>153</sup> Protokoll RK-NR vom 14./15. Februar 2008, 37 f. Der Antrag wurde mit 14 gegen sieben Stimmen bei einer Enthaltung abgewiesen.

<sup>154</sup> AmtlBull NR 2008, 952; vgl. das in der nationalrätlichen Debatte vorgebrachte Rechenbeispiel in Rz. 85.

<sup>155</sup> Botschaft ZPO, 7243; kritisch FRECH, Anwaltsrevue 2015, 24, nach welcher der Streitwert als solcher kein alleiniges Kriterium darstellt, um abzuschätzen, ob eine vergleichsweise Lösung eines Streits möglich ist.

<sup>156</sup> So Nationalrätin THANEI in der parlamentarischen Debatte, vgl. dazu AmtlBull NR 2008, 952; CPC Comm.-TREZZINI, Art. 199 N 3, der im Hinblick auf die Streitwertgrenze von Fr. 100 000.– anmerkt, dass im Mietrecht die Anwendung von Art. 92 Abs. 2 ZPO zu hohen Streitwerten führt; vgl. die Ausführungen zur Streitwertberechnung bei Mietzinsstreitigkeiten in Rz. 45 f.

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

---

Ähnliches gilt bei der Kündigungsanfechtung, da bei der Berechnung des Streitwerts die Sperrfrist von Art. 271a Abs. 1 lit. e OR, der Zeitraum bis zur nächsten Kündigungsmöglichkeit und (im kantonalen Verfahren) die voraussetzliche Verfahrensdauer mitzubersichtigen sind.<sup>157</sup> Der Verzicht dürfte somit nicht nur bei der Geschäftsraummiete eine gewisse Bedeutung haben,<sup>158</sup> sondern auch bei der Miete von Wohnungen. Unabhängig von der umstrittenen Frage, ob ein Verzicht im Voraus (etwa im Mietvertrag) zulässig ist,<sup>159</sup> gilt zu klären, ob bei mietrechtlichen Angelegenheiten ein solcher überhaupt ohne Weiteres möglich ist.

### *bb. Lehrmeinungen*

- 86 Nach Auffassung eines grossen Teils der Lehre erfasst der Anwendungsbereich von Art. 199 Abs. 1 ZPO auch Mietangelegenheiten. Es wird dabei nicht zwischen den unterschiedlichen mietrechtlichen Streitigkeiten differenziert.<sup>160</sup> Sieht das Gesetz selbst für das entsprechende Verfahren eine Anfechtung oder Geltendmachung des Anspruchs bei der Schlichtungsbehörde vor, so erweist sich ein gemeinsamer Verzicht nach Ansicht von BISANG allerdings als rechtlich unmöglich. Dies treffe beispielsweise für Mietzinsanfechtungen (Art. 270 OR und Art. 270b OR), die Kündigungsanfechtung (Art. 273 Abs. 1 OR) und das Erstreckungsbegehren (Art. 273 Abs. 2 und 3 OR) zu.<sup>161</sup>

---

<sup>157</sup> Vgl. zur Streitwertberechnung bei der Kündigungsanfechtung Rz. 49 ff.

<sup>158</sup> So KOUMBARAKIS, Schlichtungsverfahren in Mietsachen, 132.

<sup>159</sup> Einen Verzicht im Voraus *befürwortend*: BISANG, MRA 2010, 110, CPra-CPC-BOHNET, Art. 197-199 N 11, u. Comm. CPC-BOHNET, Art. 199 N 6 u. 8, KOUMBARAKIS, Schlichtungsverfahren in Mietsachen, 132, sowie SCHRANK, Schlichtungsverfahren, Rz. 148, hingegen *ablehnend*: BK ZPO-PETER, Art. 199 N 4, Kuko ZPO-GLOOR/UMBRICHT LUKAS, Art. 199 N 2, DOLGE/INFANGER, 32, BSK ZPO-INFANGER, Art. 199 N 5, ZPO-MÖHLER, Art. 199 N 5, PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 99, u. CPC Comm.-TREZZINI, Art. 199 N 1.

<sup>160</sup> DOLGE/INFANGER, 32; Kuko ZPO-GLOOR/UMBRICHT LUKAS, Art. 199 N 3; HOFMANN/LÜSCHER, 166 f.; ZPO Komm.-HONEGGER, Art. 199 N 1; LCHAT, Procédure, 90; BK ZPO-PETER, Art. 199 N 4; PÜNTENER, mp 2011, 263, u. PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 98; BOHNET, SZZP 2010, 425; kritisch KORAK-DISLER, Rz. 22, sofern der Ausschluss im Mietvertrag vorgesehen ist.

<sup>161</sup> BISANG, MRA 2010, 110 f.; gl.M. hinsichtlich der Kündigungsanfechtung und des Erstreckungsbegehrens KOUMBARAKIS, Schlichtungsverfahren in Mietsachen, 132, der weiter ausführt, dass die Praxis die Frage des Verzichts, insbesondere im Zusammenhang mit Mietzinsanfechtungen, noch klären müsse; vgl. HULLIGER/MAAG, MRA 2014, 109, sowie MAAG, MRA 1/2014, 14, nach denen die Art. 270 OR, Art. 270a OR, Art. 270b OR, Art. 273 OR sowie Art. 259h OR und Art. 259i OR die Zuständigkeit der Schlichtungsbehörde ausdrücklich vorsehen. Der Rechtssuchende dürfe nach wie vor davon ausgehen, dass im Kernbereich des Mietrechts ein Schlichtungsobligatorium bestehe, und damit zwingend weiterhin die ordentlichen Gerichte

## II. Schlichtungsobligatorium und Ausnahmen

---

### cc. *Stellungnahme*

Tatsächlich stehen das Obligationenrecht und die Zivilprozessordnung in einem gewissen Gegensatz zueinander. Während die ZPO bei gegebenen Voraussetzungen einen Verzicht auf das Schlichtungsverfahren zulässt, sehen die Art. 259h OR, Art. 270 OR, Art. 270a OR, Art. 270b OR, Art. 273 Abs. 1 OR sowie Art. 273 Abs. 2 und 3 OR die Zuständigkeit der Schlichtungsbehörde vor. 87

Unter dem Gesichtspunkt „lex posterior derogat legi priori“ könnte argumentiert werden, dass die ZPO als neueres Gesetz dem OR vorgeht und ein Verzicht möglich sein sollte. Weiter könnte vorgebracht werden, dass im Gesetzgebungsprozess erfolglos versucht wurde, einen Verzichtsausschluss bei Mietzinsstreitigkeiten in die Norm aufzunehmen, und die Verzichtsmöglichkeit im Mietrecht somit der Intention des Gesetzgebers entspricht.<sup>162</sup> Dem kann jedoch Folgendes entgegnet werden: Mit Inkrafttreten der ZPO wurden die Bestimmungen über die Behörden und das Verfahren (Art. 274 ff. aOR) aufgehoben. Dies im Gegensatz zu den verfahrensrechtlichen Regelungen in Art. 259h OR (Hinterlegung des Mietzinses), Art. 270 OR (Anfechtung des Anfangsmietzinses), Art. 270a OR (Mietzinssenkungsbegehren), Art. 270b OR (Anfechtung einer Mietzinserhöhung), Art. 273 Abs. 1 OR (Kündigungsanfechtung) sowie Art. 273 Abs. 2 und 3 OR (Erstreckungsbegehren), die weiterhin den Gang vor die Schlichtungsbehörde vorschreiben. Dabei handelt es sich meines Erachtens um mietrechtliche *leges speciales*, welche den allgemeinen prozessualen Bestimmungen der ZPO vorgehen. Das OR legt bei diesen Streitigkeiten somit weiterhin zwingend die Zuständigkeit der Schlichtungsbehörde fest. Daran vermag auch der Verweis auf die ZPO bei der Mietzinshinterlegung (Art. 259i OR) nichts zu ändern. Dieser Verweis bezieht sich nicht auf die Zuständigkeitsfrage, da das OR diese bereits als *lex specialis* regelt. Somit verbleibt bei diesen Streitigkeiten kein Raum für einen Verzicht auf das Schlichtungsverfahren. 88

Es ist zudem anzumerken, dass es sich bei der Mietzinshinterlegung, den Mietzinsstreitigkeiten, der Kündigungsanfechtung sowie der Erstreckung um den Kernbereich des Mietrechts i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO handelt. Das vereinfachte Verfahren gelangt dabei streitwertunabhängig zur Anwendung 89

---

bzw. Mietgerichte zuständig seien. Falls das Schlichtungsobligatorium wie bisher als zwingend ausgelegt werde, wären eine Klage ans Handelsgericht und auch eine direkte Klage an die obere kantonale Instanz unter Ausschluss des Schlichtungsverfahrens jedenfalls in diesem Bereich nicht möglich (Art. 8 ZPO i.V.m. Art. 199 ZPO); **a.A.** Cpra-CPC-BOHNET, Art. 197-199 N 12; DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 270.

<sup>162</sup> Vgl. zu den Beratungen in der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats sowie zur nationalrätlichen Debatte die Ausführungen in Rz. 83.

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

---

und die Zuständigkeit des Handelsgerichts entfällt. Zudem kann die Schlichtungsbehörde gemäss Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO ohne Rücksicht auf den Streitwert einen Urteilsvorschlag unterbreiten.<sup>163</sup> Bei diesen besonders sensiblen Bereichen des Mietrechts ist es durchaus sinnvoll, zwingend das Schlichtungsverfahren vorzusehen.

### *dd. Schlussfolgerung*

- 90 Nach dem Gesagten ist ein gemeinsamer Verzicht i.S.v. Art. 199 Abs. 1 ZPO bei mietrechtlichen Angelegenheiten zulässig, sofern das OR nicht zwingend die Zuständigkeit der Schlichtungsbehörde vorsieht. In Frage kommt ein Verzicht etwa bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit Mängeln (Art. 259a ff. OR), die ausserhalb eines Hinterlegungsverfahrens geltend gemacht werden.<sup>164</sup> Weiter in Betracht kommt ein Verzicht auch bei Schadenersatzforderungen des Vermieters oder Verfahren betreffend ausstehende Mietzinse. Allerdings dürfte die Streitwertgrenze von Fr. 100 000.–, insbesondere bei der Wohnungsmiete, in den meisten Fällen ausser Reichweite liegen.<sup>165</sup>

### *c. Einseitiger Verzicht*

- 91 Gemäss Art. 199 Abs. 2 ZPO kann die klagende Partei etwa dann einseitig auf das Schlichtungsverfahren verzichten, wenn die beklagte Partei ihren (Wohn-)Sitz im Ausland hat (lit. a) oder ihr Aufenthaltsort unbekannt ist (lit. b). Die Ausführungen zum gemeinsamen Verzicht gelten sinngemäss auch für die einseitige Verzichtsmöglichkeit. Als Beispiel erwähnt KOUMBARAKIS die Klage des Vermieters auf Herausgabe der Mietkaution, wenn der Mieter sich mit unbekanntem Aufenthaltsort (oder bei bekanntem Aufenthaltsort ins Ausland) abgesetzt und das Mietobjekt beschädigt hat. Denkbar sind weiter Fälle, in denen ein Mieter untergetaucht ist und offene Mietzinsforderungen im Raum stehen.<sup>166</sup> Dies dürfte in der Praxis durchaus vorkommen. Ein Verzicht ist diesfalls möglich, da es sich nicht um Streitigkeiten handelt, bei denen das OR die Zuständigkeit der Schlichtungsbehörde vorsieht.

---

<sup>163</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen in Rz. 223 ff. zum Geltungsbereich von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO und Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO.

<sup>164</sup> Vgl. zum Begriff „Hinterlegung“ i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO die Ausführungen in Rz. 261 ff.

<sup>165</sup> Bei einer Mietminderung wegen Mängeln wäre bei der unbefristeten Wohnungsmiete ein Streitwert von Fr. 100 000.– wohl nur im Falle fortdauernder Mängel denkbar, deren Behebungszeitpunkt nicht festgesetzt werden kann, vgl. hierzu Rz. 48.

<sup>166</sup> KOUMBARAKIS, Schlichtungsverfahren in Mietsachen, 133.

### III. Schlichtungsbehörden

#### 1. Organisation der Schlichtungsbehörden

##### A. Grundsatz der kantonalen Kompetenz

Die Organisation der Gerichte und der Schlichtungsbehörden ist gemäss Art. 3 ZPO Sache der Kantone. Diese kantonale Kompetenz gilt allerdings bloss, sofern das Gesetz keine Ausnahmen statuiert. Laut Botschaft soll in die kantonale Organisation nur soweit eingegriffen werden, als es für ein einheitliches Verfahren oder die Durchsetzung des materiellen Rechts unerlässlich ist. Wegen der grundsätzlichen Kompetenz der Kantone bei der Organisation der Schlichtungsbehörden bestehen auch nach Inkrafttreten der Schweizerischen ZPO kantonale Unterschiede.<sup>167</sup> 92

##### B. Paritätische Schlichtungsbehörden

###### a. Parität

Art. 200 Abs. 1 ZPO stellt eine Ausnahme des Grundsatzes der kantonalen Organisationskompetenz dar. Demnach sind die Kantone verpflichtet, bei Streitigkeiten aus der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen paritätische Schlichtungsbehörden einzusetzen. Es handelt sich dabei nicht um eine Neuheit, da bereits vor Erlass der ZPO Art. 274a Abs. 2 aOR das Paritätserfordernis bei mietrechtlichen Angelegenheiten vorsah.<sup>168</sup> Die paritätischen Schlichtungsbehörden bestehen aus einer neutralen vorsitzenden Person sowie Vertretern der Vermieter- und Mieterseite. Die Anzahl der Vertreter wird von der ZPO nicht vorgegeben,<sup>169</sup> allerdings sehen die Kantone aus Effizienz- und Kostengründen von einer Fünferbesetzung ab.<sup>170</sup> 93

<sup>167</sup> Botschaft ZPO, 7258 f.; vgl. hinsichtlich der kantonalen Unterschiede ausführlich BK ZPO-BERGER, Art. 3 N 2 ff.

<sup>168</sup> Vgl. zu Art. 274a Abs. 2 aOR eingehend ROBERTI, Rz. 10 ff.

<sup>169</sup> Comm. CPC-BOHNET, Art. 200 N 7; DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 20; Kuko ZPO-GLOOR/UMBRICHT LUKAS, Art. 200 N 3; KORAK-DISLER, Rz. 40; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 20 Rz. 3; PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 63.

<sup>170</sup> Kuko ZPO-GLOOR/UMBRICHT LUKAS, Art. 200 N 3, denen zufolge die Beschränkung auf je einen Vertreter die Regel sein dürfte; CPra-CPC-BOHNET, Art. 3/200 N 14, der ausführt, dass die Dreierbesetzung üblich ist; so etwa ausdrücklich in den Kantonen Bern (Art. 88 Abs. 3 GSOG-BE), Genf (Art. 1 LCCBL-GE), Neuenburg (Art. 12 Abs. 1 OJN-NE), Tessin (Art. 5 Abs. 1 LACPC-TI) und Zug (§ 41 Abs. 3 GOG-ZG),

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

---

- 94 Das Konzept der paritätischen Zusammensetzung geht zwangsläufig davon aus, dass lediglich der Vorsitzende effektiv neutral ist. Den beiden Beisitzern darf hingegen eine gewisse Parteilichkeit zukommen, selbstverständlich nicht bezogen auf die konkreten Streitparteien, aber in Bezug auf die generelle Interessenvertretung. Bei solchen Justizbehörden gilt die richterliche Unabhängigkeit als hinreichend gewahrt, wenn das Gremium durch einen „neutralen“ Dritten als Vorsitzenden ausbalanciert wird.<sup>171</sup> Mit der paritätischen Vertretung soll sichergestellt werden, dass bei der Beurteilung mietrechtlicher Angelegenheiten Fachwissen und Kenntnisse des örtlichen Wohnungsmarkts zum Zuge kommen.<sup>172</sup> Zudem erhöht sich die Vergleichsquote. Ein Mieter bzw. Vermieter dürfte einem Vergleich eher zustimmen, wenn ihm vom „eigenen“ Vertreter nahegelegt wird, diesen anzunehmen.<sup>173</sup>
- 95 Im Rahmen von Art. 200 Abs. 1 ZPO ist es Aufgabe der Kantone, das Verfahren für die Wahl der Mitglieder der Schlichtungsstellen zu regeln.<sup>174</sup> Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ergibt sich aus dem festgeschriebenen Grundsatz der Parität, dass als Mieter- oder Vermietervertreter nur tätig sein soll, wer eindeutig der Mieter- oder Vermieterseite zugeordnet werden kann.<sup>175</sup> Allein die Mitgliedschaft in einem Verband stellt nicht sicher, dass die betreffende Person auch tatsächlich dessen Interessen einbringt. Eine eindeutige Zuordnung zur Mieter- bzw. Vermieterseite setzt laut Bundesgericht zusätzlich zur Mitgliedschaft das Vertrauen des Interessenverbands in die betreffende Person voraus. Dieses drückt sich durch einen Wahlvorschlag aus.<sup>176</sup>

---

wo von jeweils einem Vertreter der Vermieter- und Mieterseite die Rede ist. Gleiches gilt für die Kantone Luzern (§ 43 Abs. 1 JusG-LU) und Basel-Stadt (§ 3 Abs. 1 Schlichtungsstellengesetz-BS), die eine Dreierbesetzung vorsehen.

<sup>171</sup> KOLLER, ZBJV 11/2016, 818 f.; KIENER, 120 f.; PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 67.

<sup>172</sup> LEISER, Justice – Justiz – Giustizia 2015, Rz. 27, m.w.A.; BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 200 N 10.

<sup>173</sup> Vgl. LEISER, Justice – Justiz – Giustizia 2015, Rz. 30, sowie ZK-HIGI, Art. 274a N 17.

<sup>174</sup> BGE 141 III 439 E. 2 S. 441.

<sup>175</sup> BGE 141 III 439 E. 3.1 S. 441 f.; BGer 1P.68/2003 vom 24. November 2003, E. 2.3, m.H.a. BGer 1P.550/1999 vom 22. Dezember 1999, E. 4c.

<sup>176</sup> BGE 141 III 439 E. 3.2.2 S. 443; eingehend zu diesem Urteil KOLLER, ZBJV 11/2016, 818 ff.

b. *Wohn- und Geschäftsräume*

aa. *Vorbemerkungen*

Art. 200 Abs. 1 ZPO schreibt die paritätische Zusammensetzung der Schlichtungsbehörden bei Streitigkeiten aus der Miete von *Wohn- und Geschäftsräumen* vor. Vergleicht man den Geltungsbereich des Art. 200 Abs. 1 ZPO mit demjenigen von Art. 33 ZPO, fällt auf, dass Letzterer weiter gefasst ist. So regelt Art. 33 ZPO die örtliche Zuständigkeit für Klagen aus der Miete *unbeweglicher Sachen*.<sup>177</sup> 96

Gemäss Art. 253a Abs. 1 OR gelten die Bestimmungen über die Miete von Wohn- und Geschäftsräumen auch für Sachen, die der Vermieter zusammen mit diesen Räumen dem Mieter zum Gebrauch überlässt. Dazu zählen laut Art. 1 VMWG insbesondere Mobilien, Garagen, Autoeinstell- und Abstellplätze sowie Gärten. Ebenfalls erfasst werden luxuriöse Wohnungen und Einfamilienhäuser mit sechs oder mehr Räumen, da hierfür lediglich die Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen keine Anwendung finden (Art. 253b Abs. 2 OR i.V.m. Art. 253b Abs. 1 OR).<sup>178</sup> In der Lehre ist umstritten, ob neben diesen Mietobjekten auch weitere unbewegliche Sachen unter den Wohn- und Geschäftsraummietbegriff i.S.v. Art. 200 Abs. 1 ZPO fallen. 97

bb. *Lehrmeinungen*

BISANG sowie KOUMBARAKIS stellen sich auf den Standpunkt, dass bei Mietobjekten, die keine Wohn- und Geschäftsräume darstellen und auch nicht zusammen mit diesen Räumen zum Gebrauch überlassen werden, nicht die paritätischen, sondern die ordentlichen Schlichtungsbehörden zuständig seien.<sup>179</sup> Ihrer Auffassung nach entfällt diesfalls das Paritätserfordernis nach Art. 200 Abs. 1 ZPO. Grund für diese Beschränkung sei, dass der aufgehobene Art. 274a aOR eine Kompetenz der Schlichtungsbehörden für die Miete (sämtlicher) unbeweglicher Sachen vorgesehen habe. Art. 200 Abs. 1 ZPO beschränke sich demgegenüber auf die Miete von Wohn- und Geschäftsräumen.<sup>180</sup> Nach LACHAT können die paritätischen Schlichtungsbehörden auch für Streitigkeiten zuständig sein, die keine Wohn- und Geschäftsräumlichkei- 98

<sup>177</sup> Vgl. Rz. 10 f. zur Definition der unbeweglichen Sache i.S.v. Art. 33 ZPO.

<sup>178</sup> BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 200 N 9 in fine; DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 6.

<sup>179</sup> BISANG, MRA 2010, 103; KOUMBARAKIS, Schlichtungsverfahren in Mietsachen, 124 f.; gl.M. BSK ZPO-INFANGER, Art. 200 N 2b ff.

<sup>180</sup> KOUMBARAKIS, Schlichtungsverfahren in Mietsachen, 124; BISANG, MRA 2010, 103.

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

---

ten betreffen. Das gelte allerdings nur insofern, als die kantonalen Gesetze dies vorsehen würden.<sup>181</sup> Anderer Auffassung sind etwa HONEGGER und PÜNTENER. Im Interesse einer kohärenten Praxis legen sie den Begriff der Wohn- und Geschäftsraummiete i.S.v. Art. 200 Abs. 1 ZPO ausdehnend auf die Miete sämtlicher unbeweglicher Sachen aus.<sup>182</sup>

### cc. *Stellungnahme*

- 99 Vor Inkrafttreten der ZPO normierte Art. 274a Abs. 1 aOR die Zuständigkeit der paritätischen Schlichtungsbehörden für Streitigkeiten aus der Miete unbeweglicher Sachen. Bereits Art. 194 Abs. 2 lit. a VE-ZPO schrieb die paritätische Besetzung nur noch bei Wohn- und Geschäftsräumen vor. Der Bericht zum Vorentwurf führte mit Hinweis auf Art. 274a aOR aus, dass die Kantone auch nach bisherigem Recht verpflichtet gewesen seien, paritätisch zusammengesetzte Schlichtungsbehörden einzusetzen. Das Paritätserfordernis habe sich in der Praxis sehr bewährt.<sup>183</sup> Für eine beabsichtigte Begrenzung auf Wohn- und Geschäftsräume findet sich kein Anzeichen. Im Gegenteil lässt der vorbehaltlose Hinweis auf Art. 274a aOR eher vermuten, dass die darin vorgesehene Zuständigkeit der paritätischen Schlichtungsbehörden bei der Miete unbeweglicher Sachen erhalten werden sollte. Der Entwurf übernahm in Art. 197 Abs. 1 E-ZPO den auf Wohn- und Geschäftsräume begrenzten Wortlaut des Vorentwurfs. Dabei wurden in der Botschaft des Bundesrats die Ausführungen der Expertenkommission sinngemäss wiederholt.<sup>184</sup> Weiter lässt sich auch den Protokollen der Kommissionen für Rechtsfragen des National- und Ständerats sowie den Debatten im Parlament zu Art. 197 E-ZPO keine diesbezügliche Auseinandersetzung entnehmen.<sup>185</sup> Anscheinend wurde

---

<sup>181</sup> LCHAT, Procédure, 43 u. 83; gl.M. BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 200 N 9, welche eine Ausdehnung in der Anschlussgesetzgebung begrüßen; CPra-CPC-BOHNET, Art. 3/200 N 19; siehe auch Comm. CPC-BOHNET, Art. 200 N 4, nach dem die Limitierung (im Gegensatz zur altrechtlichen Regelung) auf Wohn- und Geschäftsräume „sans raison apparente“ erfolgt ist.

<sup>182</sup> ZPO Komm.-HONEGGER, Art. 200 N 4; PÜNTENER, mp 2011, 265 ff., u. PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 72 ff.; gl.M. HOFMANN/LÜSCHER, 168 Fn. 490; KORAK-DISLER, Rz. 53, die ausführt, dass für eine Ausdehnung des Gesetzeswortlauts das Vereinheitlichungsziel der ZPO spreche.

<sup>183</sup> Bericht VE-ZPO, 97.

<sup>184</sup> Botschaft ZPO, 7330; gl.M. betreffend einen fehlenden Hinweis in der Botschaft auf eine bewusste Änderung des Anwendungsbereichs BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 200 N 9.

<sup>185</sup> Protokoll RK-StR vom 15./16. Februar 2007, 41 ff.; Protokoll RK-StR vom 4. Mai 2007, 3; AmtlBull StR 2007, 522 f.; Protokoll RK-NR vom 16./17. Oktober 2007, 7; Protokoll RK-NR vom 15./16. November 2007, 55 ff.; AmtlBull NR 2008, 953 f.; Protokoll RK-StR vom 26./27. Juni 2008, 15 f.; AmtlBull StR 2008, 727 f.

### III. Schlichtungsbehörden

im Laufe des Gesetzgebungsprozesses übersehen, dass der Begriff „unbewegliche Sachen“ von Art. 274a aOR und der in die ZPO aufgenommene Begriff „Wohn- und Geschäftsräume“ nicht deckungsgleich sind. Ansonsten wäre den Materialien der ZPO wohl eine dementsprechende Diskussion zu entnehmen. Die Begrenzung auf lediglich Wohn- und Geschäftsräumlichkeiten war deshalb – soweit ersichtlich – nicht vom Gesetzgeber beabsichtigt.

Nichtsdestotrotz ist die weite Auslegung abzulehnen. Hierfür spricht zunächst 100 eine grammatikalische Betrachtungsweise. De lege lata schreibt Art. 200 Abs. 1 ZPO die paritätische Zusammensetzung der Schlichtungsbehörde bei der Wohn- und Geschäftsraummiete vor, während in Art. 33 ZPO hingegen von der Miete unbeweglicher Sachen die Rede ist. Der *Wohn- und Geschäftsraummiete* (Art. 200 Abs. 1 ZPO) den gleichen Geltungsbereich zuzumessen wie der Miete *unbeweglicher Sachen* (Art. 33 ZPO), wäre mit dem Wortlaut der beiden Bestimmungen nicht vereinbar, da Letzterer weiter reicht.

Weiter ist zu bedenken, dass eine weite Auslegung des Begriffs „Wohn- und 101 Geschäftsräume“ im Rahmen von Art. 200 Abs. 1 ZPO zahlreiche Folgewirkungen nach sich ziehen würde. Die ZPO knüpft mehrere Artikel an diesen Begriff, teilweise mittels eines Verweises<sup>186</sup> und teilweise direkt. So ist im Bereich des Schlichtungsverfahrens in Art. 209 Abs. 4 ZPO von Wohn- und Geschäftsräumen die Rede. Gleiches gilt bei Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO, wonach die Schlichtungsbehörde bei Streitigkeiten aus der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen streitwertunabhängig einen Urteilsvorschlag unterbreiten kann. Damit hängt weiter die Erteilung der Klagebewilligung bei abgelehntem Urteilsvorschlag zusammen (Art. 211 Abs. 2 lit. a ZPO). Auch bei der besonderen Kostenregelung des Schlichtungsverfahrens wird auf den Begriff der Wohn- und Geschäftsraummiete abgestellt (Art. 113 Abs. 2 lit. c ZPO). Neben dem Schlichtungsverfahren knüpfen im Rahmen des vereinfachten Verfahrens die Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO sowie Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ZPO und indirekt Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO daran an. Es erstaunt, dass einige Autoren, die eine weite Auslegung der Wohn- und Geschäftsraummiete bei Art. 200 Abs. 1 ZPO postulieren, sich diesbezüglich im Zusammenhang etwa mit Art. 209 Abs. 4 ZPO sowie Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO ausschweigen.<sup>187</sup>

Eine unterschiedliche Auslegung der Wohn- und Geschäftsraummiete innerhalb der ZPO ist abzulehnen. Würde Art. 200 Abs. 1 ZPO auf die Miete sämtlicher unbeweglicher Sachen ausgedehnt, so müsste dies konsequenterweise auch für die anderen Bestimmungen der ZPO gelten, die an Wohn- und Ge-

<sup>186</sup> Die Art. 201 Abs. 2 ZPO, Art. 202 Abs. 4 ZPO und Art. 203 Abs. 3 ZPO verweisen jeweils auf Art. 200 ZPO.

<sup>187</sup> So HOFMANN/LÜSCHER, 173 u. 178, sowie ZPO Komm.-HONEGGER, Art. 209 N 11, u. ZPO Komm.-HONEGGER, Art. 210 N 7.

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

---

schäftsräume anknüpfen.<sup>188</sup> Ein Blick insbesondere auf Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO zeigt, dass dem besonderen Schutzbedürfnis der Wohn- und Geschäftsraummieter Rechnung getragen werden soll. Diese Bestimmung auf die Miete sämtlicher Immobilien auszudehnen, wäre in Anbetracht des Sinns und Zwecks dieser Norm verfehlt. Gleiches gilt auch im Verhältnis zum OR. Der Wohn- und Geschäftsraummietbegriff ist nicht nur innerhalb der ZPO einheitlich auszulegen, sondern muss deckungsgleich mit demjenigen des OR sein. Im zweiten und dritten Abschnitt des achten Titels des OR („Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen und andern missbräuchlichen Forderungen des Vermieters bei der Miete von *Wohn- und Geschäftsräumen*“; „Kündigungsschutz bei der Miete von *Wohn- und Geschäftsräumen*“) wird ausschliesslich an das besondere Schutzbedürfnis dieser Mieterkategorien angeknüpft. Wenn nun die Wohn- und Geschäftsraummietsache im Rahmen von Art. 200 Abs. 1 ZPO auf sämtliche unbewegliche Sachen ausgedehnt würde, so müssten folgerichtig auch die Schutzbestimmungen dieser beiden Abschnitte für die Miete sämtlicher Immobilien gelten. Das entspricht wiederum nicht dem Sinn und Zweck dieser Normen. Um eine einheitliche Rechtsanwendung zu garantieren, muss somit der Geltungsbereich von Art. 200 Abs. 1 ZPO auf die tatsächliche Wohn- und Geschäftsraummietsache (und Sachen, die der Vermieter zusammen mit diesen Räumen dem Mieter zum Gebrauch überlässt) beschränkt sein.

- 103 Schliesslich besteht auch kein Bedürfnis, die Wohn- und Geschäftsraummietsache i.S.v. Art. 200 Abs. 1 ZPO weit auszulegen. Wie LACHAT und BOHNET zu Recht ausführen, können die Kantone im Rahmen ihrer Anschlussgesetzgebung zur ZPO die Zuständigkeit der paritätischen Schlichtungsbehörden auf sämtliche Immobiliarmieten ausdehnen.<sup>189</sup> Dies haben denn auch einige Kantone getan. Der Kanton Basel-Land sieht in § 2 Abs. 1 lit. d EG ZPO-BL eine Schlichtungsstelle – die gemäss Art. 200 Abs. 1 ZPO paritätisch besetzt sein muss – für Mietangelegenheiten aus der Miete unbeweglicher Sachen vor. Gleiches gilt auch im Kanton Basel-Stadt (§ 1 Abs. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 Schlichtungsstellengesetz-BS). Der Kanton Tessin weitet den Wortlaut von Art. 200 Abs. 1 ZPO ebenfalls aus und schreibt eine paritätische Zusammensetzung nicht nur bei Wohn- und Geschäftsräumen, sondern auch bei Parkplätzen und unbebauten Flächen vor.<sup>190</sup> In den Kantonen Bern, Neuenburg

---

<sup>188</sup> Vgl. BGE 118 II 50 E. 3a S. 53, in dem das Bundesgericht im Zusammenhang mit dem Begriff des dringenden Eigenbedarfs i.S.v. Art. 271a Abs. 3 lit. a OR, Art. 261 Abs. 2 lit. a OR sowie Art. 272 Abs. 2 lit. d OR angemerkt hat, dass gleiche Gesetzesbegriffe grundsätzlich gleich auszulegen sind.

<sup>189</sup> LACHAT, *Procédure*, 43 u. 83; CPra-CPC-BOHNET, Art. 3/200 N 19; so auch BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 200 N 9.

<sup>190</sup> Dies ergibt sich aus Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 LACPC-TI, wo von „*controversie in materia di locazione (...) di abitazioni e di locali commerciali, come pure di posteggi e di terreni (...)*“ die Rede ist.

und Zürich ist eine paritätische Zusammensetzung hingegen nur bei Wohn- und Geschäftsräumen vorgesehen.<sup>191</sup>

## 2. Schlichtungsbehörden als Rechtsberatungsstellen

### A. Rechtsberatung

Art. 201 Abs. 2 ZPO hält – wie bereits das alte Recht in Art. 274a Abs. 1 lit. a aOR – die in der Praxis sehr wichtige Rechtsberatungsfunktion der Schlichtungsbehörden fest.<sup>192</sup> Aufgrund des Verweises auf Art. 200 ZPO beschränkt sich diese auf Streitigkeiten aus der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen. Laut Art. 21 Abs. 2 VMWG sind die Schlichtungsbehörden verpflichtet, Mieter und Vermieter ausserhalb eines Anfechtungsverfahrens, insbesondere vor Abschluss eines Mietvertrags, zu beraten. Sie haben namentlich Mietern und Vermietern dabei behilflich zu sein, sich selbst ein Urteil darüber zu bilden, ob ein Mietzins missbräuchlich ist. Weiter kann eine Beratung eingeholt werden, um abzuklären, ob sich das Stellen eines Schlichtungsgesuchs überhaupt lohnt.<sup>193</sup> Die in Art. 201 Abs. 2 ZPO normierte Beratungstätigkeit besteht jedoch nicht nur im Vorfeld eines Verfahrens, sondern auch bei hängiger Schlichtung.<sup>194</sup> Damit betraut werden können gemäss Art. 21 Abs. 3 VMWG einzelne Mitglieder oder das Sekretariat der Schlichtungsbehörde.

104

### B. Rechtsberatungstätigkeit als Ausstandsgrund?

#### a. Vorentwurf und Botschaft

Im Gesetzgebungsprozess vertraten der Bericht zum Vorentwurf und die Botschaft unterschiedliche Auffassungen darüber, ob die Mitwirkung bei der Beratung einen Ausstandsgrund darstellt. So wurde im Bericht zum Vorentwurf festgehalten, dass ein späteres Schlichtungsverfahren zwischen den Parteien nicht durch die zuvor beratenden Personen durchgeführt werden

105

<sup>191</sup> Art. 88 Abs. 3 GSOG-BE; Art. 12 Abs. 1 OJN-NE; § 66 Abs. 1 GOG-ZH.

<sup>192</sup> Botschaft ZPO, 7330; Kuko ZPO-GLOOR/UMBRICHT LUKAS, Art. 201 N 5; BSK ZPO-INFANGER, Art. 201 N 6; KOLLER-TUMLER, 55.

<sup>193</sup> Botschaft ZPO, 7330; Dike Komm. ZPO-EGLI, Art. 201 N 56; ZPO Komm.-HONEGER, Art. 201 N 7; Kuko ZPO-GLOOR/UMBRICHT LUKAS, Art. 201 N 5.

<sup>194</sup> Comm. CPC-BOHNET, Art. 201 N 8; DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 264; Kuko ZPO-GLOOR/UMBRICHT LUKAS, Art. 201 N 5; BSK ZPO-INFANGER, Art. 201 N 7; ZPO-MÖHLER, Art. 201 N 3; CPC Comm.-TREZZINI, Art. 201 N 15.

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

---

dürfe.<sup>195</sup> Laut Botschaft begründet die blossе Rechtsberatung hingegen keine Ausstandspflicht.<sup>196</sup>

### b. *Lehrmeinungen*

- 106 Ein Teil der Lehre vertritt den Standpunkt, dass die Beratungstätigkeit keinen Ausstandsgrund für ein Schlichtungsverfahren in derselben Angelegenheit darstelle.<sup>197</sup> Vereinzelt lassen sich jedoch differenzierende Auffassungen finden. Nach MÖHLER gilt dies nur, wenn die vorgängige Beratung allgemeiner Natur war und sich weder auf die Einschätzung von Prozesschancen noch auf taktische Ratschläge für das weitere Vorgehen zugunsten einer Partei erstreckte.<sup>198</sup> GLOOR/UMBRICHT LUKAS verneinen die Ausstandspflicht, da die Beratungstätigkeit gar nicht über Rechtsauskünfte allgemeiner Art hinausgehen und deshalb den Berater nicht von vorneherein befangen machen könne. Eine gezielte Beratung im Sinne der Erteilung von Ratschlägen, in der Art eines zur Interessenwahrung verpflichteten Rechtsvertreters, könne und dürfe die Schlichtungsbehörde bereits in Anbetracht ihrer Funktion in einem anschliessenden Verfahren nicht bieten.<sup>199</sup> Nach INFANGER stellt die Mitwirkung bei der Beratung hingegen einen Ausstandsgrund dar. Dies ergebe sich daraus, dass Mitglieder der Schlichtungsbehörden den Ausstandsregeln gemäss Art. 47 ff. ZPO unterworfen seien, jedoch nicht unter den Ausnahmekatalog von Art. 47 Abs. 2 ZPO fielen.<sup>200</sup>

### c. *Stellungnahme*

- 107 In der fehlenden Auflistung der beratenden Tätigkeit im Ausnahmekatalog von Art. 47 Abs. 2 ZPO kann nach meinem Dafürhalten nicht bereits ein

---

<sup>195</sup> Bericht VE-ZPO, 97.

<sup>196</sup> Botschaft ZPO, 7273; im weiteren Gesetzgebungsprozess wurde Art. 198 E-ZPO diskussionslos angenommen, vgl. dazu Protokoll RK-StR vom 15./16. Februar 2007, 43, u. AmtlBull StR 2007, 523, sowie Protokoll RK-NR vom 15./16. November 2007, 59, u. AmtlBull NR 2008, 954.

<sup>197</sup> Etwa STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 20 Rz. 11; Handkomm. ZPO-FREY, Art. 201 N 7; ZK-HIGI, Art. 274a N 40; BSK ZPO-WEBER, Art. 47 N 54.

<sup>198</sup> ZPO-MÖHLER, Art. 201 N 4; siehe Komm. ZPO-GASSER/RICKLI, Art. 201 N 5, nach denen auf eine neutrale Aufklärung zu achten ist, um Befangenheit i.S.v. Art. 47 Abs. 2 ZPO zu vermeiden; so auch Dike Komm. ZPO-EGLI, Art. 201 N 57.

<sup>199</sup> Kuko ZPO-GLOOR/UMBRICHT LUKAS, Art. 201 N 6; gl.M. wohl ZPO Komm.-HONNEGGER, Art. 201 N 7.

<sup>200</sup> BSK ZPO-INFANGER, Art. 201 N 8; zum alten Recht SVIT-Komm., Art. 274a N 6b f., wo die Ansicht vertreten wurde, dass in jenen Fällen, bei denen die Schlichtungsbehörde über Entscheidkompetenz verfüge, kein Mitglied der Schlichtungsbehörde mitwirken sollte, welches zuvor eine Partei beraten hatte.

### III. Schlichtungsbehörden

Argument für einen Ausstandsgrund erachtet werden. Bei Art. 47 Abs. 2 ZPO handelt es sich nicht um eine abschliessende Auflistung. Demnach stellt „insbesondere“ die Mitwirkung an gewissen Verfahren noch keinen Ausstandsgrund dar. Weiter ist zu bedenken, dass die Mitwirkung beim Schlichtungsverfahren für sich allein noch keinen Ausstandsgrund darstellt (Art. 47 Abs. 2 lit. b ZPO). Dies ist erst dann der Fall, wenn weitere Umstände hinzutreten, die den Anschein der Befangenheit zu begründen vermögen.<sup>201</sup> Es stellt sich die Frage, warum die (weitergehende) Mitwirkung im Schlichtungsverfahren für sich allein noch keinen Ausstandsgrund darstellen soll, die Beratungstätigkeit i.S.v. Art. 201 Abs. 2 ZPO hingegen schon. Gleiches gilt etwa auch im Verhältnis zur Mitwirkung beim Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege (Art. 47 Abs. 2 lit. a ZPO) oder im Verhältnis zum Rechtsöffnungsverfahren (Art. 47 Abs. 2 lit. c ZPO). Würde man von einer generellen Ausstandspflicht bei der Beratungstätigkeit ausgehen, so stünde diese in einem Missverhältnis zu den im Ausnahmekatalog von Art. 47 Abs. 2 ZPO aufgeführten Tätigkeiten.

Eine allgemeine Ausstandspflicht ist somit abzulehnen. Bei kleineren Schlichtungsbehörden könnte eine solche bereits aus personellen Gründen problematisch sein. Es müsste zusätzliches Personal eingestellt werden, das sich nur telefonischen oder persönlichen Beratungen widmet. Meines Erachtens ist entscheidend, wie weitreichend die Beratungstätigkeit im konkreten Fall war. Wurde etwa eine Einschätzung der Prozesschancen abgegeben oder taktischer Rat erteilt, so müsste in den Ausstand getreten werden.<sup>202</sup> Anders verhält es sich, wenn bloss in allgemeiner Weise beraten wurde. Wird beispielsweise darauf hingewiesen, die Mietzinsherabsetzung i.S.v. Art. 270a OR könne nicht rückwirkend geltend gemacht, sondern nur auf den nächstmöglichen Kündigungstermin verlangt werden, so liegt darin nicht bereits ein Ausstandsgrund. Es ist letztlich den Kantonen überlassen, wie sie die Beratungstätigkeit ihrer Schlichtungsbehörden ausgestalten wollen. So sieht etwa der Kanton Bern Folgendes vor: Wer in der Funktion der Rechtsberatungsstelle beraten hat, kann in einer Schlichtungsverhandlung in der gleichen Sache nicht mitwirken (Art. 10 Abs. 3 EG ZSJ-BE).<sup>203</sup> Dabei handelt es sich letztlich um eine generelle Ausstandspflicht, welche meiner Ansicht nach zu weitreichend ist.

<sup>201</sup> Botschaft ZPO, 7272; Kuko ZPO-KIENER, Art. 47 N 24; BSK ZPO-WEBER, Art. 47 N 51; ZPO Komm.-WULLSCHLEGER, Art. 47 N 69.

<sup>202</sup> So auch ZPO-MÖHLER, Art. 201 N 4, u. Komm. ZPO-GASSER/RICKLI, Art. 201 N 5.

<sup>203</sup> Vgl. hierzu KOLLER-TUMLER, 55 f.

## **IV. Ablauf des Schlichtungsverfahrens**

### **1. Schlichtungsgesuch und Schriftenwechsel**

#### **A. Schlichtungsgesuch**

- 109 Das Schlichtungsverfahren wird gemäss Art. 202 Abs. 1 ZPO durch ein Gesuch eingeleitet. An die Einreichung eines Schlichtungsgesuchs knüpfen sich zahlreiche Wirkungen, wie etwa die Begründung der Rechtshängigkeit (Art. 62 Abs. 1 ZPO) oder die Unterbrechung der Verjährung (Art. 135 Ziff. 2 OR). Was die mietrechtlichen Verwirkungsfristen anbelangt, zu denken ist etwa an die Kündigungsanfechtung (Art. 273 Abs. 1 OR) oder die Anfechtung des Anfangsmietzinses (Art. 270 OR) oder einer Mietzinserhöhung (Art. 270b OR), so werden diese durch das rechtzeitige Einreichen des Schlichtungsgesuchs gewahrt.<sup>204</sup> Deren Lauf wird dadurch allerdings – im Gegensatz zu den Verjährungsfristen – nicht unterbrochen.<sup>205</sup>
- 110 Das Schlichtungsgesuch kann in den Formen nach Art. 130 ZPO (Papierform oder elektronisch) eingereicht oder mündlich bei der Schlichtungsbehörde zu Protokoll gegeben werden. Eine telefonische Übermittlung ist hingegen unzulässig.<sup>206</sup> Als Mindestanforderungen sieht Art. 202 Abs. 2 ZPO die Bezeichnung der Gegenpartei, des Rechtsbegehrens und des Streitgegenstands vor.<sup>207</sup> Die Definition, das Rechtsbegehren müsse derart bestimmt sein, dass es bei Gutheissung der Klage zum Dispositiv des Urteils gemacht und ohne weitere Verdeutlichung vollstreckt werden könne,<sup>208</sup> erweist sich im Schlichtungsverfahren als zu streng. Die Ansprüche, welche an das Rechtsbegehren zu stellen

---

<sup>204</sup> BGE 142 III 782 E. 3.1.3.2 S. 785 f.; DIETSCHY-MARTENET, *Procédure civile*, Rz. 271; *Mietrecht für die Praxis/THANEI*, 813 Rz. 29.4.1; MÜLLER/HOFSTETTER, Rz. 3.15; CPC Comm.-TREZZINI, Art. 197 N 3.

<sup>205</sup> MÜLLER/HOFSTETTER, Rz. 3.15, u. *Mietrecht für die Praxis/THANEI*, 813 Rz. 29.4.1, im Zusammenhang mit der Kündigungsanfechtung; SPAHR, SJZ 2013, 273 f., m.H.a. nicht-mietrechtliche Verwirkungsfristen.

<sup>206</sup> STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 20 Rz. 12; ZPO Komm.-HONEGGER, Art. 202 N 5; KOUMBARAKIS, *Schlichtungsverfahren in Mietsachen*, 133; DIETSCHY-MARTENET, *Procédure civile*, Rz. 271; CPC Comm.-TREZZINI, Art. 202 N 1.

<sup>207</sup> Ausführlich zu den Rechtsbegehren vor der Schlichtungsbehörde, mit zahlreichen mietrechtlichen Beispielen, WINTER, mp 2013, 180 ff.

<sup>208</sup> So etwa ZPO Komm.-LEUENBERGER, Art. 221 N 28, m.H.a. BGer 5A\_36/2009 vom 6. März 2009.

#### IV. Ablauf des Schlichtungsverfahrens

sind, müssen im Schlichtungsverfahren aufgrund dessen laienfreundlicher Ausgestaltung reduziert werden.<sup>209</sup>

Wird eine Eingabe, die mangels Zuständigkeit zurückgezogen oder auf die nicht eingetreten wurde, innert eines Monats seit dem Rückzug oder dem Nichteintretensentscheid bei der zuständigen Schlichtungsbehörde oder beim zuständigen Gericht neu eingereicht, so gilt als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit das Datum der ersten Einreichung (Art. 63 Abs. 1 ZPO). Im Mietrecht ist dies besonders dann von Bedeutung, wenn Verwirkungsfristen zu wahren sind.<sup>210</sup> Allerdings dürfte bei mietrechtlichen Streitigkeiten kaum an der örtlich unzuständigen Schlichtungsbehörde geklagt werden. Hingegen ist ein Nichteintretensentscheid – etwa des Handelsgerichts – wegen fehlender sachlicher Zuständigkeit durchaus denkbar.<sup>211</sup> 111

#### B. Schriftenwechsel

Die Schlichtungsbehörde stellt der Gegenpartei das Gesuch unverzüglich zu und lädt gleichzeitig die Parteien zur Vermittlung vor (Art. 202 Abs. 3 ZPO). Bei der Wohn- und Geschäftsraummiete kann dieser Grundsatz jedoch durchbrochen werden. So kann die Schlichtungsbehörde gemäss Art. 202 Abs. 4 ZPO in den Angelegenheiten nach Art. 200 ZPO ausnahmsweise einen Schriftenwechsel durchführen, soweit ein Urteilsvorschlag (Art. 210 ZPO) oder Entscheid (Art. 212 ZPO) in Frage kommt. 112

Art. 196 Abs. 2 VE-ZPO sah noch keine Möglichkeit für einen Schriftenwechsel vor. Diese wurde erst im bundesrätlichen Entwurf in Art. 199 Abs. 4 E-ZPO aufgenommen, sie beschränkte sich jedoch auf diejenigen Fälle, in denen ein Urteilsvorschlag in Frage kam. Ein weiterer Unterschied zur heutigen Fassung liegt darin, dass nach Konzeption des Entwurfs nicht lediglich „ausnahmsweise“ ein Schriftenwechsel durchzuführen war. Hingegen war bereits eine Begrenzung auf Angelegenheiten der Wohn- und Geschäftsraummiete vorgesehen (Art. 199 Abs. 4 E-ZPO i.V.m. Art. 197 Abs. 1 E-ZPO). Während die Kommission für Rechtsfragen des Ständerats sowie der Ständerat dem Entwurf des Bundesrats zunächst zustimmten,<sup>212</sup> gab Art. 199 Abs. 4 E-ZPO in der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats Anlass zu Diskussionen. Zunächst scheiterte der Antrag, Abs. 4 von Art. 199 E-ZPO zu streichen. Dessen Streichung wurde – vergeblich – damit begründet, die 113

<sup>209</sup> WINTER, mp 2013, 180; in diesem Sinne SCHMID, ZZZ 2011/2012, 182, dem zufolge es beim Rechtsbegehren ausreicht, wenn ersichtlich wird, was die klagende Partei will.

<sup>210</sup> BISANG, MRA 2010, 103.

<sup>211</sup> Vgl. die Ausführungen in Rz. 314 ff. zur Zuständigkeit des Handelsgerichts.

<sup>212</sup> Protokoll RK-StR vom 15./16. Februar 2007, 43; AmtlBull StR 2007, 523.

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

---

Mieter hätten als schwächere Partei Mühe, einen Schriftenwechsel durchzuführen. Dadurch würde für das Schlichtungsverfahren in mietrechtlichen Angelegenheiten quasi ein Anwaltszwang eingeführt. Zudem solle das Verfahren nicht unnötig verkompliziert und verzögert werden. Dem wurde mit Hinweis auf die Regelung in den Kantonen Bern und Zürich entgegnet, spezialisierte Schlichtungsbehörden könnten bereits nach geltendem kantonalen Recht einen Schriftenwechsel durchführen. Weiter wurde angemerkt, es handle sich beim Schriftenwechsel nicht um eine Notwendigkeit, sondern nur um eine Möglichkeit, die eine Ausnahme bleiben würde. Daraufhin wurde – erfolgreich – beantragt, den Wortlaut durch den Zusatz „ausnahmsweise“ zu ergänzen. Zudem wurde die Erweiterung des Anwendungsbereichs von Art. 199 Abs. 4 E-ZPO gefordert. Der Schriftenwechsel sollte nicht nur beim Urteilsvorschlag, sondern auch beim Entscheid möglich sein.<sup>213</sup>

- 114 Durch die Aufnahme des Zusatzes „ausnahmsweise“ in Art. 202 Abs. 4 ZPO wird verdeutlicht, dass aufgrund des Interesses an einem einfachen sowie laienfreundlichen Verfahren bei der Anordnung eines Schriftenwechsels Zurückhaltung geboten ist.<sup>214</sup> Ein solcher drängt sich insbesondere bei komplexen Verhältnissen auf, damit sich die paritätische Schlichtungsstelle im Hinblick auf einen Urteilsvorschlag oder Entscheid gehörig vorbereiten kann.<sup>215</sup> Zu denken ist etwa an Fälle, bei denen Nebenkostenabrechnungen strittig sind und die Streitwertgrenze von Art. 210 Abs. 1 lit. c ZPO bzw. Art. 212 ZPO nicht überschritten wird. Diesfalls kann die Erläuterung der Abrechnung mit entsprechenden Belegen in einem Schriftenwechsel durchaus von Vorteil sein. Damit kann verhindert werden, dass sich die Mitglieder der Schlichtungsbehörde während der Verhandlung zeitintensiv in die Nebenkostenabrechnung einlesen müssen.<sup>216</sup> Ähnliches gilt für Streitigkeiten im Zusammenhang mit einer Mietzinserhöhung aufgrund wertvermehrender Investitionen (wobei diesfalls gemäss Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO ein Urteilsvorschlag

---

<sup>213</sup> Zum Ganzen Protokoll RK-NR vom 15./16. November 2007, 59 ff.; anlässlich der nationalrätlichen Debatte scheiterte sowohl der (erneute) Antrag, Art. 199 Abs. 4 E-ZPO zu streichen, als auch derjenige, vom Zusatz „ausnahmsweise“ abzusehen, vgl. dazu AmtlBull NR 2008, 954 f.; Protokoll RK-StR vom 26./27. Juni 2008, 16, sowie AmtlBull StR 2008, 728, zum modifizierten Art. 199 Abs. 4 E-ZPO.

<sup>214</sup> LCHAT, Procédure, 96; THANEL, mp 2009, 190; KORAK-DISLER, Rz. 86; BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 202 N 15.

<sup>215</sup> Botschaft ZPO, 7331; BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 202 N 15; BSK ZPO-INFANGER, Art. 202 N 28; KOUMBARAKIS, Schlichtungsverfahren in Mietsachen, 135, der ausführt, dass die Anordnung eines Schriftenwechsels in der Praxis äusserst selten vorkomme; siehe SCHRANK, Schlichtungsverfahren, Rz. 416.

<sup>216</sup> Siehe SCHRANK, Schlichtungsverfahren, Rz. 416, nach dem mit Hilfe eines begründeten Schlichtungsgesuchs und einer Stellungnahme verhindert werden kann, dass anlässlich der Verhandlung zunächst eine grosse Anzahl von Unterlagen gesichtet werden muss, was ein wirkungsvolles Schlichten nicht möglich macht.

#### IV. Ablauf des Schlichtungsverfahrens

streitwertunabhängig unterbreitet werden kann).<sup>217</sup> Dabei handelt es sich jeweils um komplexe Streitigkeiten mit umfangreichen Unterlagen.

Wird ein Schriftenwechsel angeordnet, ist der gesuchstellenden Partei die Möglichkeit zu geben, das Rechtsbegehren schriftlich zu begründen. Anschliessend wird die Eingabe der Gegenpartei zugestellt, damit diese Stellung nehmen kann.<sup>218</sup> Beinhaltet das Gesuch bereits eine in tatsächlicher sowie rechtlicher Hinsicht umfassende Begründung, so kann dieses dem Gesuchgegner direkt zur Stellungnahme übermittelt werden.<sup>219</sup> Werden widerklageweise Forderungen geltend gemacht, so ist dem Gesuchsteller die Möglichkeit einzuräumen, eine Widerklageantwort einzureichen. Ein doppelter Schriftenwechsel findet jedoch nicht statt.<sup>220</sup> Nachdem der Schriftenwechsel abgeschlossen wurde, hat die Verhandlung gemäss Art. 203 Abs. 1 ZPO inert zwei Monaten stattzufinden. 115

### 2. Beweisaufnahme

Die Beweisregeln des Schlichtungsverfahrens sind in Art. 203 Abs. 2 ZPO normiert. Demnach lässt sich die Schlichtungsbehörde allfällige Urkunden vorlegen und kann einen Augenschein durchführen (Art. 203 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Kommt allerdings ein Urteilsvorschlag nach Art. 210 ZPO oder ein Entscheid nach Art. 212 ZPO in Frage, so kann sie auch die übrigen Beweismittel abnehmen, wenn dies das Verfahren nicht wesentlich verzögert (Art. 203 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Diese zusätzlichen Möglichkeiten sind laut Botschaft vor allem für die paritätischen Schlichtungsbehörden gedacht, die – unter anderem – bei der Wohn- und Geschäftsraummiete zuständig sind.<sup>221</sup> Die Erweiterung der Beweismittel verfolgt den Zweck, den Sachverhalt zu klären, zu ergänzen und sich ein eigenes Bild von der konkreten Streitigkeit zu machen.<sup>222</sup> 116

In der mietrechtlichen Literatur wird überwiegend die Meinung vertreten, im Schlichtungsverfahren finde die abgeschwächte Untersuchungsmaxime Anwendung, wenn ein Urteilsvorschlag oder Entscheid in Frage komme. Be- 117

<sup>217</sup> PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 712.

<sup>218</sup> Kuko ZPO-GLOOR/UMBRICHT LUKAS, Art. 202 N 16; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 20 Rz. 13; Comm. CPC-BOHNET, Art. 202 N 15.

<sup>219</sup> BSK ZPO-INFANGER, Art. 202 N 29.

<sup>220</sup> PÜNTENER, mp 2011, 273, u. PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 714; BSK ZPO-INFANGER, Art. 202 N 29.

<sup>221</sup> Botschaft ZPO, 7331; BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 203 N 8; Handkomm. ZPO-FREY, Art. 203 N 6; BSK ZPO-INFANGER, Art. 203 N 10.

<sup>222</sup> SCHRANK, Schlichtungsverfahren, Rz. 495; ZPO Komm.-HONEGGER, Art. 203 N 7.

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

---

gründet wird dies mit der altrechtlichen Regelung in Art. 274d Abs. 3 aOR.<sup>223</sup> Vor Inkrafttreten der ZPO stellten die Schlichtungsbehörden in mietrechtlichen Angelegenheiten gemäss dieser Bestimmung den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Die Parteien mussten ihnen dabei alle für die Beurteilung des Streitfalls notwendigen Unterlagen vorlegen. In der ZPO findet sich eine entsprechende Regelung in Bezug auf das vereinfachte Verfahren (Art. 247 Abs. 2 ZPO), nicht aber in Bezug auf die Schlichtung.<sup>224</sup> Nach Ansicht von BOHNET scheint eine Änderung des in Art. 274d Abs. 3 aOR normierten Grundsatzes weder erwünscht noch erwogen worden zu sein.<sup>225</sup>

- 118 Art. 197 Abs. 3 VE-ZPO (der heutige Art. 203 Abs. 2 ZPO) hielt lediglich fest, dass sich die Schlichtungsbehörde allfällige Urkunden vorlegen lässt und mit Zustimmung der Parteien ein Augenschein durchgeführt werden kann. Aus dem Bericht der Expertenkommission lässt sich kein Hinweis auf die damals im Mietrecht geltende Regelung i.S.v. Art. 274d Abs. 3 aOR entnehmen.<sup>226</sup> In der Vernehmlassung zum Vorentwurf wurde im Rahmen von Art. 197 VE-ZPO allerdings angemerkt, dass ein Artikel fehle, der vollständig und klar das in Art. 274d Abs. 3 aOR Festgehaltene ersetze.<sup>227</sup> Eine Ergänzung der Beweismittel bei einem möglichen Urteilsvorschlag oder Entscheidung war noch nicht vorgesehen. Art. 200 Abs. 2 E-ZPO entsprach hingegen bereits dem heutigen Art. 203 Abs. 2 ZPO, wobei die Botschaft sich bezüglich Art. 274d Abs. 3 aOR ausschweigt. Dies, obwohl hinsichtlich des Anwendungsbereichs auf mietrechtliche Streitigkeiten hingewiesen wird. Weder den Protokollen der Kommissionen für Rechtsfragen des National- und Ständerats noch den parlamentarischen Debatten ist eine Auseinandersetzung mit der altrechtlichen Regelung zu entnehmen.<sup>228</sup>

---

<sup>223</sup> BISANG, MRA 2011, 156 f.; BOHNET, SZPP 2010, 433, sowie Comm. CPC-BOHNET, Art. 203 N 4 f.; KOUMBARAKIS, Schlichtungsverfahren in Mietsachen, 140; LACHAT, Procédure, 101 f., u. PÜNTENER, mp 2011, 248, welche die Geltung der sozialen Untersuchungsmaxime allerdings nicht auf jene Fälle zu begrenzen scheinen, in denen ein Urteilsvorschlag oder Entscheidung in Frage kommt; weniger weitreichend BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 203 N 6, nach denen jedenfalls bei einem Entscheidungsverfahren vor der Schlichtungsbehörde die Bestimmungen über das vereinfachte Verfahren analog anzuwenden sind.

<sup>224</sup> BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 203 N 6; PÜNTENER, mp 2011, 248.

<sup>225</sup> BOHNET, SZPP 2010, 433, sowie Comm. CPC-BOHNET, Art. 203 N 5.

<sup>226</sup> Vgl. Bericht VE-ZPO, 98.

<sup>227</sup> Vernehmlassung VE-ZPO, 465 u. 513: „(...) *come manchi un articolo che sostituisca integralmente e chiaramente quanto stabilito dall'attuale art. 274d cpv. 3 CO*“, und „(...) *manca di una norma nel nuovo progetto di legge che riprende il contenuto dell'attuale art. 274d cpv. 3 CO*“ (beides Kommentare der ASI).

<sup>228</sup> Vgl. Protokoll RK-StR vom 15./16. Februar 2007, 43; AmtlBull StR 2007, 523; Protokoll RK-NR vom 15./16. November 2007, 61; AmtlBull NR 2008, 956.

Eine Änderung des bisherigen Rechts war meiner Ansicht nach somit nicht beabsichtigt. Dies ist jedoch nicht als einziger Grund für die Geltung der sozialen Untersuchungsmaxime zu erachten, wenn ein Urteilsvorschlag oder Entscheid in Frage kommt. Wird eine mietrechtliche Streitigkeit an das erstinstanzliche Gericht weitergezogen, so gelangt in den Fällen, bei denen im Schlichtungsverfahren ein Urteilsvorschlag unterbreitet oder ein Entscheid gefällt werden kann, stets das vereinfachte Verfahren zur Anwendung.<sup>229</sup> Streitigkeiten im Zusammenhang mit einem Wohn- oder Geschäftsraummietobjekt unterliegen im vereinfachten Verfahren immer dem sozialen Untersuchungsgrundsatz.<sup>230</sup> Wenn im erstinstanzlichen Gerichtsverfahren die abgeschwächte Untersuchungsmaxime zur Anwendung gelangt, so muss dies auch im vorgelagerten Schlichtungsverfahren der Fall sein. Weiter rechtfertigt sich deren Geltung auch in Anbetracht des dadurch verfolgten Zwecks. Dieser besteht darin, die wirtschaftlich schwächere Partei zu schützen sowie die Gleichheit zwischen den Parteien und die Verfahrensbeschleunigung sicherzustellen.<sup>231</sup> Nach der hier vertretenen Ansicht soll der soziale Untersuchungsgrundsatz zur Anwendung gelangen, wenn ein Urteilsvorschlag oder ein Entscheid in Frage kommt. Der Urteilsvorschlag spielt besonders im Kernbereich des Mietrechts eine Rolle (Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO). Bei der Hinterlegung des Mietzinses, dem Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen, dem Kündigungsschutz und der Erstreckung handelt es sich um besonders sensible Streitigkeiten.<sup>232</sup> Dem wird mit der Anwendung der sozialen Untersuchungsmaxime Rechnung getragen. Schliesslich ist anzumerken, dass nur dann sinnvollerweise ein Urteilsvorschlag unterbreitet oder ein Entscheid gefällt werden kann, wenn sich die Schlichtungsbehörde ein entsprechendes Bild von der Streitigkeit gemacht hat. Das ist nur möglich, wenn der Sachverhalt hinreichend geklärt ist.

119

### 3. Grundsatz der Nichtöffentlichkeit

Vor Inkrafttreten der ZPO zeigten sich hinsichtlich der Öffentlichkeit der Schlichtungsverhandlung kantonale Unterschiede.<sup>233</sup> So sahen einige Kantone, wie etwa der Kanton Bern, die Öffentlichkeit der Mietschlichtungsver-

120

<sup>229</sup> Vgl. die Ausführungen in Rz. 225.

<sup>230</sup> Vgl. hierzu Rz. 265.

<sup>231</sup> Vgl. zum Zweck der sozialen Untersuchungsmaxime Rz. 266.

<sup>232</sup> Vgl. dazu die Ausführungen in Rz. 223 ff. zum Geltungsbereich von Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO und Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO.

<sup>233</sup> Siehe Botschaft ZPO, 7331, u. BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 203 N 9.

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

---

handlungen vom Grundsatz her vor<sup>234</sup>, andere hingegen, wie die Kantone Luzern und Aargau, schlossen die Öffentlichkeit aus<sup>235</sup>. Der Vorentwurf schrieb in Art. 197 Abs. 4 VE-ZPO die Nichtöffentlichkeit der Verhandlung vor. Der Bericht zum Vorentwurf begründete dies damit, dass dadurch eine gütliche Einigung und eine unbeschwerter Aussprache gefördert würden.<sup>236</sup> Art. 200 Abs. 3 E-ZPO stimmte hingegen bereits mit der heutigen Fassung von Art. 203 Abs. 3 ZPO überein. Demnach ist die Schlichtungsverhandlung nicht öffentlich (Art. 203 Abs. 3 Satz 1 ZPO). In den Angelegenheiten nach Art. 200 ZPO – also bei Streitigkeiten betreffend die Wohn- und Geschäftsraummiete vor den paritätischen Schlichtungsbehörden – kann die Öffentlichkeit jedoch ganz oder teilweise zugelassen werden, wenn ein öffentliches Interesse besteht (Art. 203 Abs. 3 Satz 2 ZPO). Der Grundsatz bleibt aber auch bei mietrechtlichen Angelegenheiten die Nichtöffentlichkeit.

- 121 In der Lehre wird teilweise die Auffassung vertreten, die Kantone könnten die Öffentlichkeit der Mietschlichtungsverhandlungen vom Grundsatz her vorschreiben.<sup>237</sup> Das ist meines Erachtens nicht möglich.<sup>238</sup> Es handelt sich um eine Frage, welche die Durchführung der Verhandlung beschlägt und somit in den Kompetenzbereich des Bundes fällt. Die ZPO lässt den Kantonen keinen Handlungsspielraum, da nicht die Regelung der Organisation der Schlichtungsbehörden (Art. 3 ZPO) oder der sachlichen und funktionellen Zuständigkeit (Art. 4 Abs. 1 ZPO) betroffen ist.<sup>239</sup>
- 122 Der Ausschluss der Öffentlichkeit bedeutet, dass neben den Parteien nur deren Rechtsbeistand oder Vertrauensperson der Verhandlung beiwohnen darf. Entgegen des engen Wortlauts von Art. 204 Abs. 2 ZPO, in dem von *einem* Rechtsbeistand oder *einer* Vertrauensperson die Rede ist, sind nach zutreffender Auffassung von INFANGER alle mandatierten Rechtsbeistände zuzulassen. Es ist durchaus denkbar, dass eine Partei von zwei Rechtsanwälten vertreten wird oder ein Rechtsanwalt einen Praktikanten an die Verhandlung mitnimmt.<sup>240</sup> Auch bei der Vertrauensperson ist meiner Ansicht nach nicht strikt auf *eine* Person abzustellen. Allerdings besteht im Gegensatz zu den Rechtsbeiständen die Gefahr, dass sich eine Partei von einer grösseren Grup-

---

<sup>234</sup> Art. 12 des Dekrets über die Mietämter des Kantons Bern vom 16. März 1995, SG 222.131.1, wonach die Öffentlichkeit ganz oder teilweise ausgeschlossen werden durfte, wenn es die Sittlichkeit oder ein schutzwürdiges Interesse gebot.

<sup>235</sup> § 18 (Einigungsverfahren) und § 22 Abs. 3 (Entscheidungsverfahren) des Gesetzes über die Schlichtungsbehörde für Miete und Pacht des Kantons Luzern vom 27. Juni 1994, SG 263; § 143 Abs. 5 ZPO-AG.

<sup>236</sup> Bericht VE-ZPO, 98.

<sup>237</sup> Dike Komm. ZPO-EGLI, Art. 203 N 11; PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 132.

<sup>238</sup> Gl.M. BSK ZPO-INFANGER, Art. 203 N 16.

<sup>239</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen in Rz. 130.

<sup>240</sup> BSK ZPO-INFANGER, Art. 203 N 12 f.; gl.M. SCHRANK, Schlichtungsverfahren, Rz. 425; a.A. wohl TAPPY/NOVIER, 110.

#### IV. Ablauf des Schlichtungsverfahrens

pe begleiten lässt. Da dies den Ablauf der Verhandlung stören und unter Umständen gar eine Drohgebärde darstellen könnte, müsste die Schlichtungsbehörde die Anzahl der Vertrauenspersonen auf zwei bis maximal drei Personen begrenzen.

Der Entscheid, ob eine Verhandlung ganz oder teilweise<sup>241</sup> öffentlich ist, liegt im Zuständigkeitsbereich der paritätischen Schlichtungsbehörden.<sup>242</sup> Es handelt sich um einen Einzelfallentscheid, bei dem die privaten Interessen gegen die öffentlichen Interessen abzuwägen sind, wobei stets der Grundsatz der Nichtöffentlichkeit im Auge zu behalten ist. Erfolgt eine Abweichung von diesem Grundsatz, so hat die Schlichtungsbehörde dies im Streitfall zu begründen.<sup>243</sup> 123

Gemäss Botschaft besteht ein die Öffentlichkeit rechtfertigendes Interesse etwa darin, die Praxis der paritätischen Schlichtungsstellen als Spezialbehörden zu kennen.<sup>244</sup> Dem entgegnet INFANGER, dass die Praxis auch in anderer Weise kundgegeben werden könne. Zudem lasse sich diese nicht von einem Einzelfall ablesen. Die Anerkennung eines solchen öffentlichen Interesses hätte zur Folge, dass sämtliche Schlichtungsverhandlungen öffentlich sein müssten. Nur so könne aus einer Vielzahl von Fällen auf eine gesicherte Praxis geschlossen werden.<sup>245</sup> Ähnliches führt KORAK-DISLER aus. Die Befolgung der in der Botschaft vertretenen Auffassung würde zu einer Aushöhlung der Ausnahmeregelung von Art. 203 Abs. 3 ZPO führen, da grundsätzlich jede Mietschlichtungsverhandlung der Öffentlichkeit zugänglich wäre. Ein offener und konstruktiver Dialog zwischen den Mietparteien würde dadurch massiv behindert, wenn nicht gar verunmöglicht.<sup>246</sup> 124

Zunächst ist anzumerken, dass – entgegen der Auffassung von KORAK-DISLER – nicht bereits durch die Öffentlichkeit einer Verhandlung der Dialog zwischen Mietern und Vermietern verunmöglicht bzw. eine konstruktive Verhandlung verhindert wird. So sahen vor Inkrafttreten der ZPO einige Kantone den Grundsatz der Öffentlichkeit der Verhandlung vor, was dem 125

<sup>241</sup> BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 203 N 11, u. DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 286, nach denen eine partielle Zulassung bedeutet, dass lediglich ein bestimmter Teil der Verhandlung öffentlich oder nur eine bestimmte Gruppe von Personen zugelassen ist; ZPO-MÖHLER, Art. 203 N 6.

<sup>242</sup> SUTTER-SOMM, § 12 Rz. 952; DOLGE/INFANGER, 104; BSK ZPO-INFANGER, Art. 203 N 14; Comm. CPC-BOHNET, Art. 203 N 9, dem zufolge die Parteien die Öffentlichkeit der Verhandlung auch beantragen können.

<sup>243</sup> BSK ZPO-INFANGER, Art. 203 N 18.

<sup>244</sup> Botschaft ZPO, 7331; so auch CPC Comm.-TREZZINI, Art. 203 N 13, m.H.a. die Botschaft.

<sup>245</sup> BSK ZPO-INFANGER, Art. 203 N 15; siehe CPra-CPC-BOHNET, Art. 202-207 N 26.

<sup>246</sup> KORAK-DISLER, Rz. 98, die weiter ausführt, dass es dadurch zu einer Vereitelung des Sinns und Zwecks des Schlichtungsverfahrens käme, da die Chancen auf einen gültlichen Vergleich massiv geschmälert würden.

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

---

Schlichtungszweck nicht abträglich war.<sup>247</sup> PÜNTENER merkt etwa an, dass die entsprechenden Schlichtungsbehörden mit den öffentlichen Verhandlungen gute Erfahrungen gemacht haben.<sup>248</sup> Zudem bevorzugten die Mieterverbände in der Vernehmlassung die Öffentlichkeit des Verfahrens mit Einschränkungsmöglichkeiten.<sup>249</sup>

- 126 Allein im Interesse, die Praxis der Schlichtungsstelle als Spezialbehörde zu kennen, kann – wie von INFANGER und KORAK-DISLER angemerkt – nicht bereits ein Öffentlichkeitsgrund erachtet werden. Dieser abstrakte, von einer Streitigkeit losgelöste Öffentlichkeitsgrund wäre in der Tat zu weitreichend. Das öffentliche Interesse muss mit dem konkreten Inhalt des Verfahrens in Verbindung stehen. Zu denken ist z.B. an den Fall, in dem ein Mieter Mängel am Mietobjekt beanstandet, die auch andere Wohnungen desselben Gebäudekomplexes betreffen könnten, und eine Mietminderung verlangt (Art. 259d OR). Wird die Verhandlung öffentlich durchgeführt, so können sich die anderen Mieter – die noch kein Schlichtungsgesuch eingereicht haben – ein Bild über die Erfolgsaussichten machen. Gleiches kann etwa für Mietzinssenkungsbegehren i.S.v. Art. 270a OR gelten (insbesondere bei der Senkung des Referenzzinssatzes).

## 4. Persönliches Erscheinen

### A. Grundsatz der persönlichen Erscheinungspflicht

#### a. Im Allgemeinen

- 127 Soll in einer Konfliktsituation eine Lösung herbeigeführt werden, so haben sich die Parteien im Interesse einer erfolgreichen Schlichtung gegenüberzutreten, damit eine wirkliche Aussprache stattfinden kann.<sup>250</sup> In direktem Austausch mit den Beteiligten, die ihre Interessen am besten einzuschätzen vermögen, kann aus erster Hand der Sachverhalt ermittelt und können allfällige Missverständnisse am ehesten beseitigt werden.<sup>251</sup> Die Zivilprozessordnung hat deshalb in Art. 204 Abs. 1 ZPO den Grundsatz der persönlichen Erschei-

---

<sup>247</sup> Vgl. dazu die Ausführungen in Rz. 120.

<sup>248</sup> PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 133.

<sup>249</sup> Vernehmlassung VE-ZPO, 513 („*L’audience est publique, sauf exceptions*“ [Kommentar von der ASLOCA]) u. 515 („*Die Verhandlung soll auch in diesem Stadium öffentlich sein*“ [Kommentar vom MV]).

<sup>250</sup> Bericht VE-ZPO, 98; Botschaft ZPO, 7331; BGE 140 III 70 E. 4.3 S. 71; Comm. CPC-BOHNET, Art. 204 N 2; MÜLLER/BÜHLMANN, Rz. 12.30; PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 244; siehe CPC Comm.-TREZZINI, Art. 204 N 1.

<sup>251</sup> FISCHER, 90; ZPO Komm.-HONEGGER, Art. 204 N 1.

#### IV. Ablauf des Schlichtungsverfahrens

nungspflicht anlässlich der Schlichtungsverhandlung statuiert. Damit kann neben der direkten Konfrontation auch bezweckt werden, dass das Verfahren durch die Abwesenheit der Parteien nicht unnötig verlängert oder erschwert wird.<sup>252</sup>

Dem persönlichen Erscheinen anlässlich der Schlichtungsverhandlung kommt bei mietrechtlichen Angelegenheiten eine besondere Tragweite zu. Ist eine Partei nicht korrekt i.S.v. Art. 204 Abs. 1 ZPO erschienen, so ist sie säumig. Insbesondere aufgrund der mietrechtlichen Verwirkungsfristen kann dies weitreichende Konsequenzen nach sich ziehen.<sup>253</sup> Zu denken ist etwa an einen Wohn- oder Geschäftsraummieter, der innert 30 Tagen eine Kündigung wegen Missbräuchlichkeit (Art. 271 f. OR und Art. 273 Abs. 1 OR) anfigt. Kommt dieser der persönlichen Erscheinungspflicht anlässlich des Schlichtungstermins nicht nach, so gilt das Schlichtungsgesuch gemäss Art. 206 Abs. 1 ZPO als zurückgezogen und das Verfahren wird als gegenstandslos abgeschlossen. Eine erneute Gesuchseinreichung – innerhalb der Verwirkungsfrist – ist in aller Regel nicht mehr möglich.<sup>254</sup> 128

Anlässlich der Verhandlung können sich die Parteien laut Art. 204 Abs. 2 ZPO wie dargelegt von einem Rechtsbeistand oder einer Vertrauensperson begleiten lassen.<sup>255</sup> Erscheint lediglich die Begleitperson persönlich und nicht die Partei, so liegt Säumnis i.S.v. Art. 206 ZPO vor.<sup>256</sup> Die Begleitperson ist nicht zu verwechseln mit der Vertretung gemäss Art. 204 Abs. 3 ZPO, welche die Partei an der Verhandlung vertritt.<sup>257</sup> 129

Der Kanton Genf befreite (unter Geltung der ZPO) in Art. 4A LCCBL-GE die Mietparteien in einem weitergehenden Umfang als Art. 204 ZPO. Diese Bestimmung sah vor, dass, wenn Mieter oder Vermieter i.S.v. Art. 68 ZPO vertreten waren und nicht persönlich an der Schlichtungsverhandlung erschienen, die Verhandlung gemäss der Art. 208 ff. ZPO ihren Lauf nehmen sollte. Das Bundesgericht qualifizierte diese Bestimmung zu Recht als bundesrechtswidrig. Es führte aus, dass die eidgenössischen Vorschriften abschliessend sind und keinen Raum für kantonale Regeln lassen, ausser sie würden einen ausdrücklichen Vorbehalt zugunsten der Kantone enthalten. So sind die Kantone zuständig für die Organisation der Gerichte und der Schlichtungsbehörden sowie der Regelung der sachlichen und funktionellen Zuständigkeit (Art. 3 ZPO sowie Art. 4 ZPO). Art. 204 ZPO betrifft jedoch eindeutig das Verfahren 130

<sup>252</sup> BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 204 N 1; SCHRANK, Schlichtungsverfahren, Rz. 417.

<sup>253</sup> KOLLER, ZBJV 11/2016, 822 f.

<sup>254</sup> Vgl. zur Säumnis eingehend Rz. 146 ff.

<sup>255</sup> Vgl. zum zu engen Wortlaut von Art. 204 Abs. 2 ZPO die Ausführungen in Rz. 122.

<sup>256</sup> STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 20 Rz. 20; Kuko ZPO-GLOOR/UMBRICTH LUKAS, Art. 204 N 5; ZPO-MÖHLER, Art. 204 N 5.

<sup>257</sup> Vgl. dazu die Ausführungen in Rz. 133 ff.

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

---

und nicht die den Kantonen vorbehaltene Organisation der Behörden, weshalb diese Bestimmung in den Kompetenzbereich des Bundes fällt.<sup>258</sup>

- 131 Bei der gemeinsamen Miete, wenn also auf einer oder beiden Seiten mehrere Personen den Mietvertrag unterzeichnet haben, stellt sich die Frage, wer persönlich i.S.v. Art. 204 Abs. 1 ZPO erscheinen muss.<sup>259</sup> MÜLLER/BÜHLMANN führen zu Recht aus, dass das Prinzip der persönlichen Erscheinungspflicht über Gebühr beansprucht wird, wenn bei einer notwendigen Streitgenossenschaft sämtliche Beteiligten am Schlichtungstermin anwesend sein müssten.<sup>260</sup> Wäre dem so, so würde dies – im Hinblick auf den Zweck der persönlichen Erscheinungspflicht – eine sachlich nicht gerechtfertigte Hürde darstellen. Ein Gegenübertreten der Parteien mit dem Vorbringen der eigenen Interessen findet letztlich auch dann statt, wenn nicht alle Mitvermieter oder Mitmieter anwesend sind.<sup>261</sup> Allerdings hat in Anbetracht dieses Zwecks die nicht vollzählig erscheinende Partei eine Vollmacht zur Vertretung der Mitvermieter oder Mitmieter vorzuweisen, mit ausdrücklicher Ermächtigung zur Vornahme von Handlungen i.S.v. Art. 208 Abs. 1 ZPO (Vergleich, Klageanerkennung, Klagerückzug). Liegt keine solche Vollmacht vor oder ist diese ungenügend, so muss die betreffende Partei als säumig erklärt werden.<sup>262</sup> Bei diesem Vorgehen ist jedoch Vorsicht geboten, da kantonale Unterschiede bestehen können. So ist etwa denkbar, dass Schlichtungsbehörden vor der Verhandlung ein entsprechendes Gesuch verlangen.<sup>263</sup> Es empfiehlt sich deshalb, im Vorfeld der Verhandlung bei der Schlichtungsbehörde eine Auskunft einzuholen (Art. 201 Abs. 2 ZPO), wie die persönliche Erscheinungspflicht bei einer notwendigen Streitgenossenschaft gehandhabt wird.

### *b. Bei juristischen Personen*

- 132 In der mietrechtlichen Praxis sind häufig juristische Personen auf der Vermieter- oder Mieterseite involviert. Dies nicht nur bei der Geschäftsraummiete, sondern – vermietetseitig – auch bei der Wohnraummiete. Der Wortlaut von

---

<sup>258</sup> Zum Ganzen BGer 4C\_1/2013 vom 25. Juni 2013, E. 4.2 f.; in diesem Sinne THANEL, mp 2009, 191, die ausführt, dass in Art. 204 Abs. 3 ZPO abschliessend aufgeführt ist, wer sich in einer Schlichtungsverhandlung vertreten lassen kann.

<sup>259</sup> Vgl. zur gemeinsamen Miete und der notwendigen Streitgenossenschaft die Ausführungen in Rz. 30 ff.

<sup>260</sup> MÜLLER/BÜHLMANN, Rz. 12.36; gl.M. Comm. CPC-BOHNET, Art. 204 N 14; LACHAT, Procédure, 99 f.; a.A. SCHRANK, Schlichtungsverfahren, Rz. 418; SUTTERSOMM, § 12 Rz. 960.

<sup>261</sup> Vgl. zum Zweck der persönlichen Erscheinungspflicht Rz. 127.

<sup>262</sup> MÜLLER/BÜHLMANN, Rz. 12.36, m.H.a. die Praxis der Schlichtungsbehörde Luzern.

<sup>263</sup> Siehe DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 278, nach welcher sämtliche notwendigen Streitgenossen persönlich erscheinen müssen, unter Vorbehalt einer von der Schlichtungsbehörde gewährten Dispensation.

Art. 204 Abs. 1 ZPO wirft die Frage auf, ob auch juristische Personen von dieser Norm erfasst werden. Demnach müssen die Parteien *persönlich* zur Schlichtungsverhandlung erscheinen. Trotz des auf natürliche Personen zugeschnittenen Wortlauts wird dies vom Bundesgericht und einhelliger Lehre bejaht. Die in ein Schlichtungsverfahren involvierte juristische Person hat somit sicherzustellen, dass sie ihrer persönlichen Erscheinungspflicht i.S.v. Art. 204 Abs. 1 ZPO nachkommt.<sup>264</sup> Dieser ist laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann Genüge getan, wenn ein Handlungsbevollmächtigter oder ein im Handelsregister eingetragenes Organ oder eingetragener Prokurist an der Schlichtungsverhandlung anwesend ist. Die Organe und Prokuristen haben dabei einen Handelsregisterauszug vorzuweisen – die (kaufmännischen) Handlungsbevollmächtigten hingegen eine Vollmacht zur Prozessführung in dieser Angelegenheit i.S.v. Art. 462 Abs. 2 OR, aus der sich zudem ihre Handlungsvollmacht i.S.v. Art. 462 OR ergibt.<sup>265</sup> Eine Vertretung durch faktische Organe oder eine bürgerliche Bevollmächtigung ist nicht zulässig.<sup>266</sup>

#### **B. Vertretung gemäss Art. 204 Abs. 3 ZPO**

##### *a. Voraussetzungen der Vertretung*

Die persönliche Erscheinungspflicht i.S.v. Art. 204 Abs. 1 ZPO gilt nicht ausnahmslos. So zählt Art. 204 Abs. 3 ZPO Konstellationen auf, in denen eine Vertretung an die Verhandlung entsandt werden kann. Erscheint eine Partei nicht persönlich und ist auch keine Vertretung gemäss Art. 204 Abs. 3

---

<sup>264</sup> BGE 140 III 70 E. 4.3 S. 70 ff.; BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 204 N 2; Comm. CPC-BOHNET, Art. 204 N 3; Dike Komm. ZPO-EGLI, Art. 204 N 6; Kuko ZPO-GLOOR/UMBRICHT LUKAS, Art. 204 N 3; ZPO Komm.-HONEGGER, Art. 204 N 1c; ZPO-MÖHLER, Art. 204 N 3; PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 246; BAUMBERGER/HOBI, Jusletter 2015, Rz. 7.

<sup>265</sup> BGE 141 III 159 E. 2.6 S. 166 f. m.H.a. BGE 141 III 80 E. 1.3 S. 82 sowie BGer 4D\_2/2013 vom 1. Mai 2013, E. 2.2.1; nach BAUMBERGER/HOBI, Jusletter 2015, Rz. 14 u. 16, genügt bei den Organen und den Prokuristen – meines Erachtens zu Recht – ein Ausdruck aus dem zentralen Firmenindex „zefix“; anderslautend noch KGer GR ZK1 12 68 vom 17. Januar 2013, E. 3a, wonach die Vertretung durch einen Rechtsanwalt als ausreichend erachtet wurde und weder Organe, Prokuristen noch Handlungsbevollmächtigte teilnehmen mussten.

<sup>266</sup> BGE 141 III 159 E. 2.6 u. 3.2 S. 167; HERZOG/KÄGI, Jusletter 2017, Rz. 6; eingehend zur Problematik der Vertretung durch ein faktisches Organ CPC Comm.-TREZZINI, Art. 204 N 13 ff.; a.A. MÜLLER/BÜHLMANN, Rz. 12.31, nach denen ein faktisches Organ die juristische Person vertreten kann.

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

---

ZPO am Schlichtungstermin anwesend, so ist diese säumig.<sup>267</sup> Bei mietrechtlichen Angelegenheiten ist insbesondere die Vertretungsmöglichkeit i.S.v. Art. 204 Abs. 3 lit. c ZPO von Bedeutung. Nicht persönlich erscheinen muss und sich vertreten lassen kann demnach, wer in Streitigkeiten nach Art. 243 ZPO als Vermieter die Liegenschaftsverwaltung delegiert, sofern diese zum Abschluss eines Vergleichs schriftlich ermächtigt ist.

### *aa. Vereinfachtes Verfahren im allfälligen erstinstanzlichen Prozess*

- 134 Aufgrund des Verweises in Art. 204 Abs. 3 lit. c ZPO auf Art. 243 ZPO ist eine Vertretung nur dann zulässig, wenn in einem allfälligen erstinstanzlichen Prozess das vereinfachte Verfahren zur Anwendung gelangen würde. Einerseits ist dies bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000.– der Fall (Art. 243 Abs. 1 ZPO). Andererseits kommt das vereinfachte Verfahren streitwertunabhängig bei Streitigkeiten aus der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen zum Zuge, sofern die Hinterlegung von Mietzinsen, der Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen, der Kündigungsschutz oder die Erstreckung des Mietverhältnisses betroffen ist (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO).<sup>268</sup>

### *bb. Vertretung des Vermieters durch die Liegenschaftsverwaltung*

- 135 Der Gesetzgeber hat bei dieser Vertretungsmöglichkeit dem Umstand Rechnung getragen, dass es in der Regel Liegenschaftsverwaltungen sind, die sich um die alltäglichen Geschäfte des strittigen Mietobjekts kümmern. Der Liegenschaftsverwalter kennt in der Regel die Mieter, sei es durch die Wohnungsübergabe oder den schriftlichen oder telefonischen Verkehr.<sup>269</sup> Zudem

---

<sup>267</sup> BGer 4C\_1/2013 vom 25. Juni 2013, E. 4.3; Dike Komm. ZPO-EGLI, Art. 204 N 15; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 20 Rz. 24; ZPO Komm.-HONEGGER, Art. 204 N 6; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 48 Rz. 41; Handkomm. ZPO-WYSS, Art. 204 N 9.

<sup>268</sup> Kritisch betreffend die Begrenzung auf Streitigkeiten des vereinfachten Verfahrens TAPPY/NOVIER, 111 Fn. 116; im Laufe des Gesetzgebungsprozesses ergaben sich hinsichtlich der Vertretungsmöglichkeit vor allem aus dem Grund Änderungen, weil bei mietrechtlichen Angelegenheiten der Geltungsbereich des vereinfachten Verfahrens mehrfach angepasst wurde (vgl. zum Vorentwurf Art. 198 Abs. 3 lit. a VE-ZPO i.V.m. Art. 237 lit. a VE-ZPO und zum Entwurf Art. 201 Abs. 3 lit. c E-ZPO i.V.m. Art. 239 Abs. 1 und Abs. 2 lit. c E-ZPO); vgl. die Ausführungen zum Geltungsbereich von Art. 243 ZPO in Rz. 222 ff. und diejenigen zum Gesetzgebungsprozess in Rz. 218 ff.

<sup>269</sup> Siehe BGER 4C\_1/2013 vom 25. Juni 2013, E. 4.3; MÜLLER/BÜHLMANN, Rz. 12.11.

#### IV. Ablauf des Schlichtungsverfahrens

dürfte er im Gegensatz zum Eigentümer (Vermieter) wohl auch über einen Wissensvorsprung und mehr Erfahrung in Mietrechtsstreitigkeiten verfügen, was hinsichtlich des Verfahrenszwecks – der Versöhnung der Parteien – von Vorteil sein kann.

Die Vertretungsmöglichkeit steht jedem Vermieter zu, handle es sich beim Eigentümer um eine juristische oder natürliche Person.<sup>270</sup> Dabei darf nur die nachweislich für das in Frage stehende Mietobjekt tätige Liegenschaftsverwaltung entsandt werden.<sup>271</sup> Eine Vertretung durch einen Hauseigentümerverband ist nur dann zulässig, wenn diesem die Verwaltung des entsprechenden Mietobjekts übertragen wurde.<sup>272</sup> 136

Es stellt sich die Frage, wer von der Liegenschaftsverwaltung zur Vertretung befugt ist, wenn es sich dabei um eine juristische Person handelt. Dies ist in der Praxis von zentraler Bedeutung, da es sich insbesondere bei grösseren Liegenschaftsverwaltungen häufig um Aktiengesellschaften handelt. Wie erwähnt hat das Bundesgericht im Rahmen von Art. 204 Abs. 1 ZPO ausgeführt, dass der persönlichen Erscheinungspflicht der juristischen Person Genüge getan sei, wenn Handlungsbevollmächtigte oder im Handelsregister eingetragene Organe oder Prokuristen anlässlich der Schlichtungsverhandlung anwesend sind.<sup>273</sup> Wie sogleich darzulegen sein wird, lässt sich diese Rechtsprechung meines Erachtens nicht auf die Vertretung i.S.v. Art. 204 Abs. 3 lit. c ZPO übertragen. Es sollte vielmehr ausreichend sein, wenn ein Angestellter der entsprechenden Liegenschaftsverwaltung den Vermieter vertritt. In der Lehre ist dies umstritten.<sup>274</sup> 137

Zunächst ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass sich die zuvor erwähnten BGE 140 III 70 und BGE 141 III 159 auf das persönliche Erscheinen einer *klagenden oder beklagten* juristischen Person i.S.v. Art. 204 Abs. 1 ZPO beziehen. Die Liegenschaftsverwaltung (in Form einer juristischen Person) ist im Fall von Art. 204 Abs. 3 lit. c ZPO weder das Eine noch das Andere. Sie ist lediglich die Vertretung der klagenden oder beklagten Partei und an deren Erscheinen sind nicht dieselben Voraussetzungen zu knüpfen wie bei 138

<sup>270</sup> HERZOG/KÄGI, Jusletter 2017, Rz. 6; implizit MAAG, MRA 3/2015, 167; unklar INFANGER, PraxiZ 2012, 17 f.

<sup>271</sup> ZPO Komm.-HONEGGER, Art. 204 N 11; MÜLLER/BÜHLMANN, Rz. 12.35, die ausführen, dass von Amtes wegen abzuklären ist, ob die Liegenschaftsverwaltung effektiv für das besagte Mietobjekt tätig ist oder war.

<sup>272</sup> ZPO Komm.-HONEGGER, Art. 204 N 11.

<sup>273</sup> BGE 141 III 159 E. 2.6 S. 166 f.; vgl. dazu die Ausführungen in Rz. 132.

<sup>274</sup> Gl.M. CPra-CPC-BOHNET, Art. 202-207 N 32 („*Par gérant, on entend également un employé de l'agence en charge de l'immeuble [...]*“); DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 280; so auch – allerdings noch vor BGE 140 III 70 und BGE 141 III 159 – Comm. CPC-BOHNET, Art. 204 N 15, u. INFANGER, PraxiZ 2012, 18; wohl auch MAAG, MRA 3/2015, 167; a.A. KOLLER, ZBJV 11/2016, 824; ZPO Komm.-HONEGGER, Art. 204 N 11; wohl auch HERZOG/KÄGI, Jusletter 2017, Rz. 6.

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

---

Art. 204 Abs. 1 ZPO. Es liegt bereits eine Ausnahme der persönlichen Erscheinungspflicht vor. Zudem entspricht es dem Sinn und Zweck der Vertretungsmöglichkeit, wenn der für das Mietobjekt konkret zuständige Angestellte anlässlich der Schlichtungsverhandlung erscheint und nicht etwa ein Verwaltungsrat oder Prokurist, der sich mit dem strittigen Mietgegenstand nicht befasst hat.<sup>275</sup>

- 139 Weiter liegt es auch nicht im Interesse des klagenden Mieters, allzu strenge Anforderungen an die Vertretung zu stellen. Denn wird der beklagte Vermieter säumig erklärt, so verfährt die Schlichtungsbehörde laut Art. 206 Abs. 2 ZPO so, wie wenn keine Einigung zu Stande gekommen wäre (Art. 209 ZPO – Art. 212 ZPO). Häufig dürfte dabei dem Mieter die Klagebewilligung – mit den entsprechenden prozessualen Konsequenzen – erteilt werden.<sup>276</sup> Würde man die Vertretungsmöglichkeit streng handhaben, so könnte am Schlichtungstermin ein Schlichtungsversuch selbst dann nicht durchgeführt werden, wenn die Vertretung der Vermieterschaft Gesprächsbereitschaft signalisiert.<sup>277</sup>
- 140 Schliesslich ist anzumerken, dass es gemäss Art. 204 Abs. 3 lit. c ZPO bei der Vertretung des Arbeitgebers oder eines Versicherers genügt, wenn eine angestellte Person entsandt wird. Beim Arbeitgeber und dem Versicherer dürfte es sich zumeist ebenfalls um eine juristische Person handeln. Es wäre sachlich nicht gerechtfertigt, die Voraussetzungen bei der Vertretung durch die Liegenschaftsverwaltung strenger zu handhaben.

### *cc. Schriftliche Ermächtigung*

- 141 Die Vermieterschaft kann sich durch die Liegenschaftsverwaltung vertreten lassen, wenn diese über eine schriftliche Ermächtigung zum Abschluss eines *Vergleichs* verfügt. Der Wortlaut von Art. 204 Abs. 3 lit. c ZPO ist – angesichts des Wortlauts von Art. 208 Abs. 1 ZPO – zu eng gefasst. Kommt es zu einer Einigung, so nimmt die Schlichtungsbehörde gemäss Art. 208 Abs. 1 ZPO einen Vergleich, eine Klageanerkennung oder einen vorbehaltlosen Klagerückzug zu Protokoll. Die Liegenschaftsverwaltung müsste für sämtliche Handlungen ermächtigt werden, bei denen eine *Einigung* zustande kommt

---

<sup>275</sup> Siehe INFANGER, PraxiZ 2012, 18; vgl. MÜLLER/BÜHLMANN, Rz. 12.11, u. KORAK-DISLER, Rz. 101.

<sup>276</sup> Abgesehen von jenen Fällen, in denen dem Vermieter die Klagebewilligung ausgestellt wird. Dies ist dann der Fall, wenn eine Mietzinserhöhung i.S.v. Art. 209 Abs. 1 lit. a ZPO strittig ist oder, bei Unterbreitung eines Urteilsvorschlages, wenn der Vermieter im Nachhinein diesen i.S.v. Art. 211 Abs. 2 lit. a ZPO ablehnt.

<sup>277</sup> Vgl. KOLLER, ZBJV 11/2016, 824 f.

#### IV. Ablauf des Schlichtungsverfahrens

– somit neben einem Vergleich auch zu einer Klageanerkennung und einem vorbehaltlosen Klagerückzug.

Die Ermächtigung kann nach der hier vertretenen Ansicht für den konkreten Einzelfall erteilt werden, aber auch allgemein – etwa im Verwaltungsvertrag.<sup>278</sup> Handelt es sich bei der Liegenschaftsverwaltung um eine juristische Person und wird sie von einem Angestellten vertreten, so ist neben der Ermächtigung der Liegenschaftsverwaltung von Seiten des Vermieters auch eine Bevollmächtigung des Angestellten – von der Liegenschaftsverwaltung – erforderlich.<sup>279</sup> Letztere kann nicht weiter reichen als die Erste.

KOUMBARAKIS stellt sich auf den Standpunkt, dass, wenn der Vermieter anlässlich des Schlichtungstermins von einem Anwalt vertreten werde, der zum Abschluss eines Vergleichs ermächtigt sei und in Begleitung der Liegenschaftsverwaltung erscheine, die schriftliche Bevollmächtigung der Liegenschaftsverwaltung zum Abschluss eines Vergleichs nicht auch noch erforderlich sei.<sup>280</sup> Diese Auffassung ist meines Erachtens nicht mit Art. 204 Abs. 3 lit. c ZPO vereinbar. Demnach kann der Vermieter die Liegenschaftsverwaltung delegieren, sofern diese zum Anschluss eines Vergleichs schriftlich ermächtigt ist. Es verbleibt kein Raum für Fälle, in denen keine Ermächtigung erforderlich ist. So führt denn auch die Botschaft aus, dass die Liegenschaftsverwaltung *immer* zum Vergleichsabschluss bevollmächtigt sein muss.<sup>281</sup> Zudem wäre die Ansicht von KOUMBARAKIS im Lichte des Zwecks der Ermächtigung verfehlt. Es soll verhindert werden, dass Unklarheit darüber besteht, ob die Liegenschaftsverwaltung über den Streitgegenstand (vorbehaltlos) verfügen kann, da eine beschränkte Vertretungsmacht oder bereits Zweifel an der Vertretungsmacht die Erfolgsaussichten des Schlichtungsversuchs beeinträchtigen könnten.<sup>282</sup> Es handelt sich dabei um einen gewissen Vertrauensbeweis des Vermieters gegenüber der Liegenschaftsverwaltung. Der Schlichtungsbehörde signalisiert er, tatsächlich mit der Liegenschaftsverwaltung an Stelle des Vermieters die Verhandlung führen zu können.

<sup>278</sup> Gl.M. KOUMBARAKIS, Schlichtungsverfahren in Mietsachen, 137.

<sup>279</sup> Vgl. die Ausführungen in Rz. 137 ff., wonach meines Erachtens die Vertretung durch einen Angestellten zulässig ist.

<sup>280</sup> KOUMBARAKIS, Schlichtungsverfahren in Mietsachen, 137 f.

<sup>281</sup> Botschaft ZPO, 7332; so auch ZPO-MÖHLER, Art. 204 N 7, nach welcher der Vertreter *stets* zum Vergleichsabschluss bevollmächtigt sein muss; a.A. BSK ZPO-INGFANGER, Art. 204 N 6.

<sup>282</sup> BGer 4A\_51/2015 vom 20. April 2015, E. 3.2 in fine; PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 257.

b. *Recht auf Gegenvertretung?*

- 144 Art. 204 Abs. 3 lit. c ZPO räumt dem Vermieter ein Recht zur Vertretung ein, nicht hingegen dem Mieter. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang ausgeführt, dass dies nicht auf einem gesetzgeberischen Versehen beruhe, weshalb auch keine Lücke vorliege, die zu dessen Gunsten geschlossen werden könnte.<sup>283</sup> Vor Inkrafttreten der ZPO sahen die Kantone St. Gallen und Zürich vor, dass, wenn sich eine Partei vertreten liess, dieses Recht auch der Gegenpartei zustand.<sup>284</sup> Im Vernehmlassungsverfahren wurde vereinzelt ein solches Gegenvertretungsrecht gefordert.<sup>285</sup> In der Lehre ist die Frage, ob die Vertretungsmöglichkeit nach Art. 204 Abs. 3 lit. c ZPO eine Gegenvertretung ermöglicht, umstritten. Nach FISCHER kann dem Gebot der Waffengleichheit wohl nur dadurch entsprochen werden, wenn der Gegenpartei ebenfalls ermöglicht wird, sich vertreten zu lassen.<sup>286</sup> Eine andere Meinung vertreten etwa ALVAREZ/PETER und STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, denen zufolge der Gegenpartei nur dann die Vertretungsmöglichkeit einzuräumen ist, wenn bei ihr selbst einer der Gründe von Art. 204 Abs. 3 ZPO vorliegt.<sup>287</sup>
- 145 Meiner Ansicht nach ist der letztgenannten Auffassung beizupflichten. Zunächst ist anzumerken, dass Art. 204 Abs. 3 ZPO auf Sonderfälle zugeschnitten ist, die bei einer Partei vorliegen. Die Vertretungsgründe gemäss dieser Bestimmung sollen keine Freifahrtscheine für die Gegenpartei sein, sich ebenfalls vertreten zu lassen, da vom Grundsatz her die persönliche Erscheinungspflicht gilt. HONEGGER begründet das Gegenvertretungsrecht damit, dass der Grundsatz des persönlichen Erscheinens ein unmittelbares Gespräch zwischen den Parteien ermöglichen solle, weshalb durch die Abwesenheit

---

<sup>283</sup> BGer 4C\_1/2013 vom 25. Juni 2013, E. 4.3.

<sup>284</sup> Art. 141 Abs. 2 lit. d ZPG-SG und § 31 Abs. 2 ZPO-ZH. Im Kanton Thurgau beschränkte sich das Recht der Gegenvertretung gemäss § 115 Abs. 3 ZPO-TG auf jene Fälle, in denen eine Partei die Vertretung einem Anwalt oder einem anderen zugelassenen berufsmässigen Vertreter übertrug.

<sup>285</sup> Vernehmlassung VE-ZPO, 519 (so der Kommentar der DJZ: „Im Sinne der Waffengleichheit muss bei der Vertretung der einen Partei auch die Vertretung der andern Partei gestattet werden.“).

<sup>286</sup> FISCHER, 90; gl.M. ZPO Komm.-HONEGGER, Art. 204 N 13; wohl auch Komm. ZPO-GASSER/RICKLI, Art. 204 N 3, die ausführen, dass die Gegenpartei über die Vertretung zu orientieren sei, damit sich diese entsprechend vorbereiten und nötigenfalls selber vertreten lassen könne.

<sup>287</sup> BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 204 N 14; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 20 Rz. 22; gl.M. Dike Komm. ZPO-EGLI, Art. 204 N 24; Kuko ZPO-GLOOR/UMBRICHT LUKAS, Art. 204 N 15; KORAK-DISLER, Rz. 103; ZPO-MÖHLER, Art. 204 N 11; CPC Comm.-TREZZINI, Art. 204 N 23 u. 25; kritisch LACHAT, Procédure, 93, nach dem dies eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung darstellt; kritisch auch SCHRANK, Schlichtungsverfahren, Rz. 436, der de lege ferenda ein entsprechendes Gegenrecht begrüssen würde.

einer Partei die Dynamik des Schlichtungsverfahrens auf grundlegende Weise verändert werde und somit auch der Gegenpartei die Möglichkeit zur Vertretung offen stehen sollte.<sup>288</sup> Dem kann entgegnet werden, dass es sinnvoller ist, wenn sich ein Parteivertreter und eine Partei gegenüber stehen, als wenn dies zwei Vertreter tun. Das kommt dem direkten Austausch der Beteiligten näher und entspricht eher dem Zweck des in Art. 204 Abs. 1 ZPO verankerten Grundsatzes der persönlichen Erscheinungspflicht. Zweck der Vertretung durch die Liegenschaftsverwaltung ist zudem, diejenigen Akteure an der Verhandlung gegenüberzustellen, die während des Mietverhältnisses direkten Kontakt gepflegt haben. Das ist dann der Fall, wenn der Mieter und die Liegenschaftsverwaltung (wobei der für das Mietobjekt zuständige Angestellte zu entsenden ist) an der Schlichtungsverhandlung teilnehmen. Ein Gegenvertretungsrecht der Mieterschaft würde hingegen eine direkte Konfrontation verhindern.<sup>289</sup>

## 5. Säumnis

### A. Einleitung

Säumnis bedeutet laut Art. 147 Abs. 1 ZPO eine nicht fristgerecht vorgenommene Prozesshandlung oder das Nichterscheinen anlässlich eines Termins. Im Schlichtungsverfahren wird in Art. 206 ZPO zwischen der Säumnis des Gesuchstellers, derjenigen des Gesuchsgegners sowie der Säumnis beider Parteien unterschieden. Während bei Säumnis der klagenden Partei das Gesuch als zurückgezogen gilt und das Verfahren als gegenstandslos abgeschlossen wird (Art. 206 Abs. 1 ZPO), verfährt die Schlichtungsbehörde bei Säumnis der beklagten Partei, wie wenn keine Einigung zu Stande gekommen wäre (Art. 206 Abs. 2 ZPO). Sie erteilt in der entsprechenden Streitigkeit eine Klagebewilligung, unterbreitet einen Urteilsvorschlag oder fällt einen Entscheid (Art. 209 ZPO – Art. 212 ZPO). Sind beide Parteien säumig, so wird das Verfahren in Anwendung von Art. 206 Abs. 3 ZPO als gegenstandslos abgeschlossen.<sup>290</sup> 146

In der mietrechtlichen Praxis kann insbesondere die Säumnis des gesuchstellenden Mieters schwerwiegende Folgen nach sich ziehen. Erachtet der Mieter eine Kündigung als missbräuchlich (Art. 271 f. OR und Art. 273 Abs. 1 OR), will er eine Erstreckung verlangen (Art. 272 ff. OR und Art. 273 Abs. 2 und 3 147

---

<sup>288</sup> ZPO Komm.-HONEGGER, Art. 204 N 13.

<sup>289</sup> Vgl. die Ausführungen in Rz. 135.

<sup>290</sup> Während Art. 200 VE-ZPO noch keine Regelung betreffend die Säumnis beider Parteien vorsah, entsprach Art. 203 E-ZPO (abgesehen von einem geringfügigen sprachlichen Unterschied) dem heutigen Art. 206 ZPO.

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

---

OR), den Mietzins anfechten (Art. 270 ff. OR) oder seine Mängelrechte nach einer Mietzins hinterlegung geltend machen (Art. 259h OR), so muss er fristgerecht ein Schlichtungsgesuch stellen. Andernfalls verirken seine Rechte (wobei insbesondere die Verwirkungsfristen bei der Anfechtung einer Kündigung und einer Mietzinshöhung für den Mieter heikel sind). Diese Rechte verirken nicht nur, wenn binnen der dreissigtägigen Frist<sup>291</sup> kein Schlichtungsgesuch eingereicht wird. Sie verirken auch, wenn der Mieter zwar fristgerecht ein Gesuch einreicht, anlässlich des Schlichtungstermins aber nicht erscheint. In Anwendung von Art. 206 Abs. 1 ZPO gilt das Gesuch als zurückgezogen und das Verfahren wird als gegenstandslos abgeschlossen. Für eine erneute Einreichung eines Schlichtungsgesuchs innerhalb der Verwirkungsfrist verbleibt in aller Regel keine Zeit.<sup>292</sup>

### **B. Wiederherstellung gemäss Art. 148 ZPO**

#### *a. Zulässigkeit der Wiederherstellung im Schlichtungsverfahren*

- 148 Laut THANEI benachteiligt die Säumnisregelung von Art. 206 Abs. 1 ZPO die Mieter entscheidend, da ein Rückzug des Schlichtungsgesuchs bei Anfechtungen von Kündigungen und Mietzins erhöhungen einen völligen Rechtsverlust zur Folge hat.<sup>293</sup> Die Frage, ob im Schlichtungsverfahren eine Wiederherstellung nach Art. 148 ZPO möglich ist, kann deshalb für den Mieter von eminenter Bedeutung sein.<sup>294</sup>
- 149 Gemäss Art. 148 Abs. 1 ZPO kann das Gericht auf Gesuch einer säumigen Partei eine Nachfrist gewähren oder zu einem Termin erneut vorladen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft. Ein entsprechendes Wiederherstellungsgesuch ist innert zehn Tagen seit Wegfall des Säumnisgrunds einzureichen (Art. 148 Abs. 2 ZPO). Nach Eingang des Gesuchs gibt das Gericht der Gegenpartei Gelegenheit zur Stellungnahme und entscheidet endgültig über die Wiederherstellung (Art. 149 ZPO).

---

<sup>291</sup> In den Fällen von Art. 273 Abs. 2 lit. b OR und Art. 273 Abs. 3 OR ist das Gesuch spätestens 60 Tage vor Ablauf der Vertragsdauer bzw. der ersten Erstreckung einzureichen.

<sup>292</sup> KOLLER, ZBJV 2014, 960; ähnlich THANEI, mp 2009, 190 f.; BK ZPO-ALVAZ/PETER, Art. 206 N 8; zur Säumnis bei Verwirkungsfristen im Allgemeinen SUTTER-SOMM, § 12 Rz. 961.

<sup>293</sup> THANEI, mp 2009, 190.

<sup>294</sup> KOLLER, ZBJV 2014, 960 f., nach dem die praktische Bedeutung dieser Frage weiter durch den Umstand verschärft wird, dass Mieter erfahrungsgemäss vor der Schlichtungsbehörde in der Regel (noch) ohne Anwalt handeln und eine Säumnis häufig auf eine gewisse Unbedarftheit in verfahrensrechtlichen Angelegenheiten – wie etwa das rechtzeitige Abholen eingeschriebener Postsendungen – zurückzuführen ist.

Die Frage, ob die Wiederherstellung im Schlichtungsverfahren überhaupt zulässig ist, stellt sich aus dem Grund, dass Art. 206 ZPO keine dementsprechende Regelung zu entnehmen und in Art. 148 f. ZPO lediglich von „Gericht“ die Rede ist.

Das Bundesgericht hat im Rahmen einer mietrechtlichen Streitigkeit in Übereinstimmung mit der überwiegenden Lehre festgehalten, dass die Bestimmungen über die Wiederherstellung bei Säumnis auch die Schlichtungsbehörden erfassen.<sup>295</sup> Dies gelte auch dann, wenn die betroffene Schlichtungsbehörde nach der massgebenden kantonalen Gerichtsorganisation kein „Gericht“ sei.<sup>296</sup> Der andere Teil der Lehre spricht sich gegen eine Anwendung der Art. 148 f. ZPO im Schlichtungsverfahren aus, wobei teilweise danach differenziert wird, welche Auswirkungen die Säumnis für den Gesuchsteller hat.<sup>297</sup> Nach STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND und WYSS ist zum einen dem Wortlaut nach nur von „Gericht“ die Rede, zum anderen hat die Säumnis nicht einen derartigen Nachteil zur Folge, dass ein Wiederherstellungsverfahren sachgerecht erscheinen würde.<sup>298</sup> Allerdings bejahen STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND die Möglichkeit einer Wiederherstellung, wenn wegen der Säumnis eine Klagefrist verpasst wurde.<sup>299</sup> Nach GLOOR/UMBRICHT LUKAS geht Art. 206 ZPO den Art. 148 f. ZPO als *lex specialis* vor, weshalb eine Wiederherstellung – mit Ausnahme des Falls, in dem der Schlichtungsbehörde Entscheidungskompetenz zukommt – ausgeschlossen ist.<sup>300</sup>

150

<sup>295</sup> BGE 139 III 478 nicht publ. E. 3; BGer 4C\_1/2013 vom 25. Juni 2013, E. 4.3; BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 206 N 13; BOHNET, SZZP 2010, 432, sowie Comm. CPC-BOHNET, Art. 206 N 6; BLUMER, Rz. 233; CONOD/BOHNET, Droit du bail, 262 f.; Dike Komm. ZPO-EGLI, Art. 206 N 3; FISCHER, 97; Komm. ZPO-GASSER/RICKLI, Art. 206 N 3; KOLLER, ZBJV 2014, 961 f.; KORAK-DISLER, Rz. 111; MÜLLER/BÜHLMANN, Rz. 12.43; SCHRANK, Schlichtungsverfahren, Rz. 475; SUTTER-SOMM, § 12 Rz. 961; THANEL, mp 2009, 191; CPC Comm.-TREZZINI, Art. 206 N 3; ZPO Komm.-HONEGGER, Art. 206 N 4, u. LACHAT, Procédure, 100, nach denen Art. 148 ZPO im Schlichtungsverfahren analog zur Anwendung gelangt.

<sup>296</sup> BGE 139 III 478 nicht publ. E. 3.

<sup>297</sup> Handkomm. ZPO-WYSS, Art. 206 N 2; wohl auch KOUMBARAKIS, Schlichtungsverfahren in Mietsachen, 139; differenzierend STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 20 Rz. 25, Kuko ZPO-GLOOR/UMBRICHT LUKAS, Art. 206 N 8, sowie TAPPY/NOVIER, 114.

<sup>298</sup> STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 20 Rz. 25; Handkomm. ZPO-WYSS, Art. 206 N 2.

<sup>299</sup> STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 20 Rz. 25; gl.M. TAPPY/NOVIER, 114.

<sup>300</sup> Kuko ZPO-GLOOR/UMBRICHT LUKAS, Art. 206 N 8.

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

---

### b. *Rechtsmittel gegen den Entscheid der Schlichtungsbehörde*

- 151 Laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre ist die Wiederherstellung demnach auch im Schlichtungsverfahren zulässig. Dabei entscheidet dem Wortlaut nach das Gericht – anders als noch in Art. 144 VE-ZPO vorgesehen – endgültig über das Wiederherstellungsgesuch (Art. 149 ZPO). Gemäss Botschaft liegt dies im Interesse des Beschleunigungsgebots.<sup>301</sup> Ein Teil der Lehre ist denn auch der Auffassung, gegen Entscheide über die Gutheissung oder die Abweisung eines Wiederherstellungsgesuchs stehe kein Rechtsmittel zur Verfügung, sondern diese könnten lediglich mit dem später erfolgenden Zwischen- oder Endentscheid angefochten werden.<sup>302</sup>
- 152 Das Bundesgericht hat in BGE 139 III 478 ausgeführt, dass die Abweisung des Wiederherstellungsgesuchs im Schlichtungsverfahren für den Kläger zu einem vollständigen und nicht wiedergutzumachenden Rechtsverlust führen könne. Dies sei insbesondere bei einer Verwirkungsfrist der Fall. Dabei wies es ausdrücklich auf die Kündigungsanfechtung i.S.v. Art. 271 f. OR und Art. 273 Abs. 1 OR hin. Die Abweisung des Wiederherstellungsgesuchs könne – so das Bundesgericht weiter – dieselben Wirkungen haben wie ein abweisendes Urteil des erstinstanzlichen Gerichts. Deshalb müsse der Gesuchsteller in einem kohärenten prozessualen System zumindest über eine ähnliche Weiterzugsmöglichkeit verfügen, wie sie ihm gegen ein die Klage abweisendes Urteil zustehen würde. Art. 149 ZPO sei dahingehend auszulegen, dass der Rechtsmittelausschluss bei der Abweisung des Wiederherstellungsgesuchs für den Antragsteller nicht zur Anwendung gelange.<sup>303</sup>
- 153 Was das zu erhebende Rechtsmittel anbelangt, so vertritt ein Teil der Lehre – allerdings vor BGE 139 III 478 – den Standpunkt, dass gegen den Entscheid der Schlichtungsbehörde eine Beschwerde gemäss Art. 319 ZPO möglich sein müsse.<sup>304</sup> Laut Bundesgericht stellt die *Abweisung* des Wiederherstellungsgesuchs einen Endentscheid<sup>305</sup> i.S.v. Art. 90 BGG dar, da die Schlichtungsbehörde das Verfahren bereits geschlossen hat und der Antrag des säumigen Gesuchstellers darauf abzielt, dieses Verfahren wieder zu eröffnen. Die Begriffsbestimmung des Art. 90 BGG sei auch bei der Anwendung von Art. 308

---

<sup>301</sup> Botschaft ZPO, 7310.

<sup>302</sup> BK ZPO-FREI, Art. 149 N 11; Komm. ZPO-GASSER/RICKLI, Art. 149 N 2; SEILER, § 7 Rz. 381; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 17 Rz. 16a; ZPO Komm.-STAEHELIN, Art. 149 N 4; KORAK-DISLER, Rz. 111.

<sup>303</sup> Zum Ganzen BGE 139 III 478 E. 6.2 f. S. 480 ff.

<sup>304</sup> HOHL, § 20 Rz. 1278; BERTI, § 7 Rz. 200 Fn. 188.

<sup>305</sup> Dies laut BGE 139 III 478 E. 6.3 S. 481 im Gegensatz zur *Gutheissung* des Wiederherstellungsgesuchs, die nie einen Endentscheid darstellen kann, da sie der säumigen Partei lediglich erlaubt, eine neue Schlichtungsverhandlung durchzuführen oder in der Nachfrist eine Eingabe einzureichen.

Abs. 1 lit. a ZPO entscheidend, da beide Bestimmungen gleich ausgelegt werden müssten. Aus diesem Grund sei das einschlägige Rechtsmittel die Berufung und nicht die Beschwerde.<sup>306</sup>

c. *Stellungnahme*

Der Auffassung des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre, wonach die Bestimmungen des Wiederherstellungsverfahrens auch die Schlichtungsbehörden erfassen, ist beizupflichten. Dies ergibt sich zunächst daraus, dass der Gesetzgeber den Schlichtungsbehörden meiner Ansicht nach nicht die Möglichkeit zur Wiederherstellung entziehen wollte. Im Vorentwurf fand die entsprechende Regelung in den Art. 143 f. VE-ZPO Eingang. Dabei war nicht von „Gerichten“ die Rede. Ein Zusatz „Gericht“ hätte sich auch erübrigt, da die Schlichtungsstelle gemäss Konzeption des Vorentwurfs eine gerichtliche Behörde sein musste.<sup>307</sup> Der Wortlaut von Art. 146 Abs. 1 E-ZPO war hingegen deckungsgleich mit Art. 148 Abs. 1 ZPO. Im Gegensatz zum Vorentwurf ging der Entwurf nicht mehr davon aus, dass für die Schlichtung eine gerichtliche Behörde eingesetzt werden musste.<sup>308</sup> Insofern könnte argumentiert werden, der Gesetzgeber habe durch den Zusatz „Gericht“ den Schlichtungsbehörden – anders als beim Vorentwurf – die Wiederherstellungsmöglichkeit entziehen wollen. Ein solcher Hinweis lässt sich jedoch weder der Botschaft<sup>309</sup>, noch den Protokollen der Kommissionen für Rechtsfragen des National- und Ständerats<sup>310</sup> oder den parlamentarischen Debatten<sup>311</sup> entnehmen. Vielmehr scheint sich der Gesetzgeber der Konsequenzen des Zusatzes „Gericht“ nicht bewusst gewesen zu sein.

Wie dargelegt wird teilweise die Auffassung vertreten, Art. 206 ZPO gehe den Art. 148 f. ZPO als *lex specialis* vor.<sup>312</sup> Allerdings ist Art. 206 ZPO le-

<sup>306</sup> BGE 139 III 478 E. 6.3 S. 481 f. u. nicht publ. E. 7.3.

<sup>307</sup> Siehe Bericht VE-ZPO, 94. Nach Art. 191 VE-ZPO ging dem Entscheidverfahren ein Schlichtungsversuch vor einer gerichtlichen Schlichtungsbehörde voraus.

<sup>308</sup> Botschaft ZPO, 7328.

<sup>309</sup> Vgl. Botschaft ZPO, 7309 f. (betreffend Art. 146 E-ZPO) u. 7332 (betreffend die Säumnisregelung im Schlichtungsverfahren in Art. 203 E-ZPO).

<sup>310</sup> Vgl. Protokoll RK-StR vom 15./16. Februar 2007, 10 (betreffend Art. 146 E-ZPO); Protokoll RK-StR vom 15./16. Februar 2007, 43 (betreffend die Säumnisregelung im Schlichtungsverfahren in Art. 203 E-ZPO); Protokoll RK-NR vom 25./26. Oktober 2007, 21 (betreffend Art. 146 E-ZPO); Protokoll RK-NR vom 15./16. November 2007, 63 (betreffend Art. 203 E-ZPO).

<sup>311</sup> Vgl. AmtlBull StR 2007, 514 (betreffend Art. 146 E-ZPO); AmtlBull StR 2007, 523 (betreffend die Säumnisregelung im Schlichtungsverfahren in Art. 203 E-ZPO); AmtlBull NR 2008, 945 (betreffend Art. 146 E-ZPO); AmtlBull NR 2008, 956 (betreffend Art. 203 E-ZPO).

<sup>312</sup> Vgl. dazu die in Rz. 150 aufgeführte Lehrmeinung von GLOOR/UMBRICHT LUKAS.

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

---

diglich *lex specialis* zu Art. 147 Abs. 2 ZPO, welcher die Säumnisfolgen im Allgemeinen normiert. Zu den Art. 148 f. ZPO finden sich im Schlichtungsverfahren keine entsprechenden Bestimmungen. Insofern kann Art. 206 ZPO meiner Ansicht nach auch keine Spezialnorm zu den Bestimmungen der Wiederherstellung sein.<sup>313</sup> Überdies ist anzumerken, dass auch in weiteren Fällen, bei denen die ZPO an „Gerichte“ anknüpft, Schlichtungsbehörden erfasst werden. Die Schlichtungsstellen können etwa in Anwendung von Art. 128 ZPO Disziplinar massnahmen wie eine Ordnungsbusse aussprechen, obwohl dies gemäss Wortlaut lediglich für „Verfahren vor Gericht“ gilt. Als weiteres Beispiel sei Art. 113 Abs. 2 lit. c ZPO genannt. Demnach werden keine *Gerichtskosten* im *Schlichtungsverfahren* bei Streitigkeiten aus der Wohn- und Geschäftsraummiete gesprochen. Dies zeigt auf, dass in der ZPO der Begriff „Gericht“ die Schlichtungsbehörden nicht a priori ausschliesst.<sup>314</sup>

- 156 Schliesslich kann durch die Möglichkeit der Wiederherstellung im Schlichtungsverfahren verhindert werden, dass der Abschreibungsentscheid bei einzuhaltenden Verwirkungsfristen zu einem Rechtsverlust führt. Wie dargelegt sind solche Verwirkungsfristen insbesondere bei sensiblen Bereichen des Mietrechts – zu denken ist vor allem an die Anfechtung einer Kündigung oder einer Mietzinserhöhung – zu wahren.<sup>315</sup>
- 157 Was die Tragweite des BGE 139 III 478 anbelangt, so scheint das Bundesgericht die Möglichkeit der Wiederherstellung (gemeint ist nicht die Zulässigkeit des Rechtsmittels) nicht bloss auf Klagen zu begrenzen, bei denen Verwirkungsfristen zu wahren sind. So unterscheidet es nicht zwischen derartigen Klagen und gewöhnlichen Forderungsklagen. Ebenfalls scheint es nicht zwischen der Säumnis des Gesuchstellers oder des Gesuchsgegners zu differenzieren. Es führt lediglich aus, die Schlichtungsbehörde habe, soweit erforderlich, das in den Art. 148 f. ZPO vorgesehene Verfahren anzuwenden.<sup>316</sup> Da, wie dargelegt, Art. 206 ZPO keine *lex specialis* darstellt und dessen Wortlaut zu eng gefasst ist, sollte auch bei einer gewöhnlichen Forderungsklage des säumigen Gesuchstellers und bei der Säumnis des Gesuchsgegners

---

<sup>313</sup> So auch SCHRANK, Schlichtungsverfahren, Rz. 475; siehe BGE 141 III 265 E. 4.3 S. 268, wonach Art. 206 ZPO wohl verbindlich festhält, wie die Schlichtungsstelle bei Säumnis einer Partei in prozessualer Hinsicht zu verfahren hat. Die Bestimmung regelt – so das Bundesgericht weiter – mithin ausdrücklich die Folgen der Säumnis für dieses Verfahrens stadium, wie von Art. 147 Abs. 2 ZPO vorbehalten.

<sup>314</sup> Vgl. zur Zulässigkeit der Ordnungsbusse im Schlichtungsverfahren die Ausführungen in Rz. 162 ff., zur Kostenregelung Rz. 204 ff.; als weiteres Beispiel sei etwa Art. 98 ZPO (Kostenvorschuss) erwähnt, vgl. dazu etwa BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 98 N 6.

<sup>315</sup> Vgl. zu den Konsequenzen für den klagenden Mieter Rz. 147.

<sup>316</sup> BGE 139 III 478 nicht publ. E. 3, in dem ausgeführt wird, dass „une autorité de conciliation doit au besoin, si elle en est requise, appliquer la procédure de restitution prévue par les art. 148 et 149 CPC (...)“.

#### IV. Ablauf des Schlichtungsverfahrens

(in Art. 148 Abs. 1 ZPO ist von „*Gesuch einer säumigen Partei*“ die Rede) die Wiederherstellung möglich sein.<sup>317</sup> In der Mietrechtspraxis dürften Wiederherstellungsgesuche in diesen beiden Fällen jedoch eher selten vorkommen. In der ersten Konstellation kann ein erneutes Gesuch eingereicht werden, in der zweiten sind die Auswirkungen der Säumnis in aller Regel nicht wesentlich, sodass sich ein Wiederherstellungsgesuch nicht aufdrängt.

Was hingegen die Zulässigkeit des Rechtsmittels betrifft, so wird die bundesgerichtliche Praxis für all diejenigen Fälle gelten, bei denen von der Einreichung eines Schlichtungsgesuchs die Wahrung einer Verwirkungsfrist abhängt.<sup>318</sup> Dies ergibt sich – wenn auch nicht explizit – aus der Begründung in BGE 139 III 478, wonach die Zulässigkeit des Rechtsmittels sich aufgrund des drohenden Rechtsverlusts bei der Wahrung von Verwirkungsfristen rechtfertigt.<sup>319</sup> 158

Abschliessend bleibt Folgendes anzumerken: Art. 148 Abs. 1 ZPO begrenzt die Möglichkeit der Wiederherstellung auf diejenigen Fälle, in denen die Partei glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft. Insofern wird querulatorischen oder nachlässigen Parteien auch nicht Tür und Tor für einen weiteren Schlichtungstermin geöffnet. 159

### C. Disziplarmassnahmen bei Säumnis

#### a. Bedeutung im mietrechtlichen Verfahren

Die Verfahrensdisziplin und die mutwillige Prozessführung sind in Art. 128 ZPO geregelt. Demnach wird mit einem Verweis oder einer Ordnungsbusse bis zu Fr. 1 000.– bestraft, wer im Verfahren vor Gericht den Anstand verletzt oder den Geschäftsgang stört (Art. 128 Abs. 1 ZPO). Bei bös- oder mutwilliger Prozessführung können die Parteien und ihre Vertretungen mit einer Ordnungsbusse bis zu Fr. 2 000.– und im Wiederholungsfall bis zu Fr. 5 000.– bestraft werden (Art. 128 Abs. 3 ZPO). 160

Die Frage, ob die Schlichtungsbehörde im Säumnisfall eine Ordnungsbusse aussprechen kann, ist in mietrechtlichen Angelegenheiten von gewisser Relevanz. Im mietrechtlichen Verfahren ist überwiegend der Mieter die gesuchstellende Partei. So ist etwa an Mietzinsstreitigkeiten, Kündigungsanfechtun- 161

<sup>317</sup> Gl.M. betreffend den säumigen Gesuchsgegner Comm. CPC-BOHNET, Art. 206 N 6, a.A. hingegen BSK ZPO-INFANGER, Art. 206 N 15, u. SCHRANK, Schlichtungsverfahren, Rz. 477.

<sup>318</sup> Gl.M. DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 283, und wohl auch KOLLER, ZBJV 2014, 964; vgl. Rz. 408 f. zur Revision des Art. 149 ZPO.

<sup>319</sup> Vgl. die Begründung des Bundesgerichts in Rz. 152.

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

---

gen oder Streitigkeiten im Zusammenhang mit Mängeln zu denken. Ist der beklagte Vermieter säumig, verfährt die Schlichtungsbehörde gemäss Art. 206 Abs. 2 ZPO so, wie wenn keine Einigung zu Stande gekommen wäre (Art. 209 ZPO – Art. 212 ZPO). Häufig dürfte dem Mieter eine Klagebewilligung erteilt werden. Dem Vermieter wird diese nur dann ausgestellt, wenn eine Mietzinserhöhung strittig ist (Art. 209 Abs. 1 lit. a ZPO) oder, im Falle der Unterbreitung eines Urteilsvorschlages, wenn der Vermieter im Nachhinein diesen i.S.v. Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO i.V.m. Art. 211 Abs. 2 lit. a ZPO ablehnt. Die Prosequierungslast obliegt in den meisten Fällen demnach der Mieterschaft. Dieser Umstand kann für den Vermieter einen gewissen Anreiz darstellen, nicht zur Schlichtungsverhandlung zu erscheinen,<sup>320</sup> in der Hoffnung, dass die Streitigkeit nicht an das erstinstanzliche Gericht weitergezogen wird. Auch einen ungünstigen Entscheid (Art. 212 ZPO) hat der Vermieter kaum zu befürchten, da diesem Institut bei mietrechtlichen Angelegenheiten eine sehr geringe Tragweite zukommt.<sup>321</sup>

### b. *Ordnungsbusse bei Säumnis?*

#### aa. *Zulässigkeit und Anwendungsbereich*

- 162 Das Bundesgericht hat in BGE 141 III 265 im Rahmen einer mietrechtlichen Streitigkeit festgehalten, dass trotz des Wortlauts von Art. 128 Abs. 1 ZPO, in dem von „Verfahren vor Gericht“ die Rede ist, die darin vorgesehenen Disziplinar massnahmen grundsätzlich auch von der Schlichtungsbehörde ergriffen werden können.<sup>322</sup>

---

<sup>320</sup> KOLLER, ZBJV 11/2016, 812 f.; INFANGER, PraxiZ 2012, 20, dem zufolge die Säumnisfolgen für die beklagte Partei nicht einschneidend sind und ohne Ausschöpfung der Disziplinarbefugnisse nach Art. 128 ZPO die beklagte Partei kaum noch motiviert werden kann, an der Schlichtungsverhandlung teilzunehmen; so auch das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt (im Rahmen zweier mietrechtlicher Streitigkeiten), wonach die Säumnisfolgen nicht nachteilig genug sind, um eine beklagte Partei, die von vornherein nicht an einer Einigung interessiert ist, zu einer Teilnahme an der Schlichtungsverhandlung zu motivieren, vgl. dazu AppGer BS BEZ.2014.35 vom 15. Juli 2014, E. 2.4, sowie AppGer BS BEZ.2014.52 vom 13. Oktober 2014, E. 2.3.

<sup>321</sup> Vgl. dazu die Ausführungen in Rz. 200 ff.

<sup>322</sup> BGE 141 III 265 E. 3.2 S. 266 f.; BGer 4A\_500/2016 vom 9. Dezember 2016, E. 2; gl.M. DOLGE/INFANGER, 51; TAPPY/NOVIER, 107; für eine analoge Anwendung des Art. 128 ZPO im Schlichtungsverfahren ZPO Komm.-HONEGGER, Art. 206 N 3.

Nach einem Teil der Lehre kann die *Säumnis* einer Partei jedoch nicht mit einer Ordnungsbusse bestraft werden.<sup>323</sup> Begründet wird dies etwa damit, Art. 206 ZPO regle die Säumnisfolgen abschliessend.<sup>324</sup> Dieser Auffassung hat das Bundesgericht im besagten Entscheid entgegnet, dass Art. 206 ZPO verbindlich festhalte, wie die Schlichtungsbehörde bei Säumnis einer Partei in prozessualer Hinsicht zu verfahren habe. Demgegenüber seien allfällige disziplinarische Konsequenzen des Verhaltens der Parteien im Schlichtungsverfahren von vornherein nicht Gegenstand dieser Bestimmung.<sup>325</sup> Demnach sei – so das Bundesgericht weiter – jedenfalls aufgrund des Regelungsgehalts von Art. 206 ZPO nicht ausgeschlossen, dass die Schlichtungsbehörde das (unentschuldigte) Fernbleiben einer Partei von der Verhandlung disziplinarisch ahnde. Angesichts der Bedeutung der persönlichen Anwesenheit der Parteien für die Durchführung einer wirksamen Schlichtung schein es denn auch nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die Schlichtungsbehörde eine Partei, die der Schlichtungsverhandlung ohne Grund fernbleibe und damit nicht nur prozessual säumig sei, sondern gleichzeitig ihre Pflicht zum persönlichen Erscheinen nach Art. 204 Abs. 1 ZPO verletze, gemäss Art. 128 Abs. 1 oder 3 ZPO bestrafe. Dies gelte namentlich für die beklagte Partei, die ansonsten durch ihr Nichterscheinen den gesetzgeberischen Willen, dass ein Einigungsversuch stattfinden solle, sanktionslos vereiteln könnte.<sup>326</sup>

Diese Rechtsprechung des Bundesgerichts ist zu begrüssen. Durch das Nichterscheinen kann der Gesuchsgegner das Schlichtungsobligatorium aushebeln und den zwingend vorgesehenen Aussöhnungsversuch vereiteln, was dem Sinn und Zweck des Schlichtungsverfahrens nicht entsprechen würde.<sup>327</sup> Es kann meines Erachtens nicht den Parteien überlassen werden, ein (grundsätzlich) obligatorisches Verfahrensstadium nach eigenem Gutdünken als bloss optional zu erachten (ausgenommen sind die Verzichtsmöglichkeiten i.S.v.

<sup>323</sup> GASSER/MÜLLER/PIETSCH-KOJAN, Anwaltsrevue 2012, 9; Handkomm. ZPO-WYSS, Art. 206 N 1; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 20 Rz. 24; SCHRANK, Schlichtungsverfahren, Rz. 248, der die Verfügung einer Disziplinarstrafe nach Art. 128 ZPO bei Säumnis de lege lata grundsätzlich für unzulässig hält, de lege ferenda eine entsprechende Kompetenz aber begrüssen würde; siehe weiter auch KGer SG BE.2014.27 vom 29. August 2014, E. 3, das die Zulässigkeit der Anordnung einer Ordnungsbusse für den Fall der Säumnis im Sinn der blossen Nichtteilnahme an einer Schlichtungsverhandlung grundsätzlich verneint, sofern nicht zusätzliche Umstände hinzukommen.

<sup>324</sup> STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 20 Rz. 24; Handkomm. ZPO-WYSS, Art. 206 N 1.

<sup>325</sup> BGE 141 III 265 E. 4.3 S. 268; gl.M. BSK ZPO-INFANGER, Art. 206 N 16; PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 402 f.

<sup>326</sup> Zum Ganzen BGE 141 III 265 E. 4.3 u. 5.1 S. 268 f.; vgl. Rz. 412 ff. zur Revision der ZPO.

<sup>327</sup> BGE 141 III 265 E. 5.1 S. 268 f.; gl.M. INFANGER, PraxiZ 2012, 20, sowie BSK ZPO-INFANGER, Art. 206 N 16.

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

---

Art. 199 ZPO). Auch wenn nach Ansicht des Gesuchsgegners kein Einigungsspielraum besteht, hat er dies anlässlich des Schlichtungstermins dem Gesuchsteller sowie der paritätischen Schlichtungsstelle kundzugeben. Die Wahrscheinlichkeit einer Aussprache zwischen den Parteien wird dadurch erhöht und der Schlichtungsbehörde wird die Möglichkeit geboten, die Problemfelder der Streitigkeit zu eruieren und vermittelnd einzugreifen.<sup>328</sup> Zu bedenken gilt auch, dass durch die Säumnis des Gesuchsgegners die bezweckte Entlastung der Gerichte ins Leere läuft. Häufig dürfte die Klagebewilligung erteilt werden, was in der Regel die Anrufung des erstinstanzlichen Gerichts zur Folge hat. Bereits die Androhung einer Ordnungsbusse könnte die Hemmschwelle erhöhen, unentschuldig der Schlichtungsverhandlung fern zu bleiben und so der Verfahrensdisziplin zum Durchbruch verhelfen.

- 165 Im soeben dargelegten Bundesgerichtsentscheid war der *beklagte Vermieter* im Schlichtungsverfahren säumig gewesen. Das Bundesgericht scheint die Zulässigkeit der Ordnungsbusse jedoch nicht auf den säumigen beklagten Vermieter zu begrenzen. Erscheint ein *beklagter Mieter* nicht an der Schlichtungsverhandlung, etwa in einem Verfahren betreffend ausstehende Mietzinszahlungen oder bei einer Mieterausweisung (ausserhalb von Art. 257 ZPO), so muss auch gegen diesen eine Ordnungsbusse zulässig sein.<sup>329</sup> Dem Entscheid ist weiter nicht zu entnehmen, dass sich die Möglichkeit einer Ordnungsbusse nur auf den säumigen Gesuchsgegner bezieht. Eine Sanktionierung des nicht erscheinenden *Gesuchstellers* – sei es ein Mieter oder ein Vermieter – muss somit ebenfalls in Betracht kommen. So führt das Bundesgericht aus, die Schlichtungsstelle könne „*das (unentschuldigte) Fernbleiben einer Partei*“ disziplinarisch ahnden.<sup>330</sup> Eine Ordnungsbusse gegen den nichterscheinenden gesuchstellenden Mieter dürfte allerdings weniger oft vonnöten sein, da häufig mietrechtliche Verwirkungsfristen zu wahren sind und die Konsequenzen der Säumnis diesfalls eine genügende Sanktionswirkung haben dürften.<sup>331</sup>

---

<sup>328</sup> Siehe SCHRANK, Grundsatzfragen, 14, der ausführt, dass es sich nicht sagen lässt, ob der Gesuchsgegner nach persönlicher Aussprache mit dem Gesuchsteller und Kenntnisnahme der Einschätzung der Prozesschancen sowie Prozessrisiken von Seiten der Schlichtungsstelle seine Meinung nicht doch noch ändert.

<sup>329</sup> Gl.M. KOLLER, ZBJV 11/2016, 813.

<sup>330</sup> BGE 141 III 265 E. 4.3 S. 268. Weiter führt das Bundesgericht in E. 5.1 S. 269 aus, dass die Sanktionsmöglichkeit „*namentlich für die beklagte Partei*“ gilt.

<sup>331</sup> Gl.M. KOLLER, ZBJV 11/2016, 813; ähnlich BOHNET/JEANNIN, Newsletter août 2015, Ziff. III; vgl. dazu auch die Ausführungen in Rz. 147.

*bb. Voraussetzungen*

Nach den im Zivilverfahren geltenden Grundsätzen der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) und des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV und Art. 52 ZPO) sowie mit Blick auf das rechtliche Gehör der Parteien (Art. 29 Abs. 2 BV) sind disziplinarische Massnahmen vor ihrer Anordnung – jedenfalls soweit möglich und zweckmässig – anzudrohen.<sup>332</sup> Für die Schlichtungsbehörden empfiehlt es sich daher, in der Vorladung zur Verhandlung einen Hinweis anzubringen, dass im Säumnisfall eine Ordnungsbusse gemäss Art. 128 ZPO ausgesprochen werden kann.<sup>333</sup> 166

Das Nichterscheinen zur Schlichtungsverhandlung muss weiter eine Störung des Geschäftsgangs i.S.v. Art. 128 Abs. 1 ZPO respektive eine bös- oder mutwillige Prozessführung gemäss Art. 128 Abs. 3 ZPO darstellen. Die Frage, welche qualifizierenden Umstände hierfür erforderlich sind und unter welchen Voraussetzungen die Ausfällung einer Ordnungsbusse konkret gerechtfertigt ist, hat das Bundesgericht offen gelassen.<sup>334</sup> Nach DOLGE/INFANGER rechtfertigt sich eine Ordnungsbusse wegen Störung des Geschäftsgangs etwa dann, wenn eine Partei die Schlichtungsverhandlung verschieben lässt, um dann gleichwohl am neu angesetzten Termin unentschuldig nicht zu erscheinen.<sup>335</sup> Laut KOLLER sollte die Vorankündigung des Gesuchsgegners, er werde nicht erscheinen (ohne dass er einen hinreichenden Entschuldigungsgrund angibt), jedenfalls nicht genügen, um einen solchen qualifizierenden Umstand auszuschliessen. Denn der Gesuchsteller, der einen Rechtsverlust vermeiden wolle, müsse auch diesfalls – obwohl vergeblich – vor der Schlichtungsbehörde erscheinen. In Streitigkeiten aus der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen könnte man sich – so KOLLER weiter – darüber hinaus fragen, ob nicht stets zumindest eine Störung des Geschäftsgangs vorliege, wenn der Gesuchsgegner dem Verfahren fernbleibe. Immerhin müssten sich bei solchen Streitigkeiten die drei Personen der paritätischen Schlichtungsbehörde auf den Fall vorbereiten und am Termin anwesend sein. Der 167

<sup>332</sup> BGE 141 III 265 E. 5.2 S. 269; Kuko ZPO-WEBER, Art. 128 N 8, dem zufolge einer Sanktion in aller Regel eine Ermahnung mit klarer Umschreibung des fehlbaren Verhaltens vorauszugehen hat, verbunden mit der Androhung der in Betracht gezogenen Ahndung; Handkomm. ZPO-AFFENTRANGER, Art. 128 N 11, u. Komm. ZPO-GASSER/RICKLI, Art. 128 N 2, die ausführen, dass die Sanktionen grundsätzlich anzudrohen sind.

<sup>333</sup> KOLLER, ZBJV 11/2016, 814, nach dem es genügen müsste, in der Vorladung unter den Säumnisfolgen deutlich, allenfalls mit Fettdruck, auf die Möglichkeit der Ordnungsbusse hinzuweisen.

<sup>334</sup> BGE 141 III 265 E. 5.1 S. 269.

<sup>335</sup> DOLGE/INFANGER, 107 u. 127; gl.M. KOLLER, ZBJV 11/2016, 814, der anmerkt, dass diesfalls gar ein qualifizierender Umstand i.S.v. Art. 128 Abs. 3 ZPO vorliegen dürfte; DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 284.

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

---

damit verbundene Aufwand dürfe nicht unterschätzt werden und sei vom Steuerzahler zu tragen.<sup>336</sup>

- 168 Meiner Ansicht nach ist das Nichterscheinen an der Schlichtungsverhandlung nicht per se als sanktionswürdig zu erachten. Ob tatsächlich eine Störung des Geschäftsgangs oder eine bös- oder mutwillige Prozessführung vorliegt, ist stets im konkreten Einzelfall zu entscheiden.<sup>337</sup> Damit kann den entsprechenden Begebenheiten der Streitigkeit Rechnung getragen werden. Handelt es sich beispielsweise um ein haltloses oder gar querulatorisches Schlichtungsgesuch und erscheint der Gesuchsgegner deshalb nicht, so muss die Schlichtungsbehörde keine Ordnungsbusse aussprechen. Insofern müsste in der Vorladung zur Schlichtungsverhandlung angedroht werden, dass eine Ordnungsbusse angeordnet werden *kann*.

## V. Abschluss des Schlichtungsverfahrens

### 1. Einigung der Parteien

- 169 Nach Intention des Gesetzgebers ist Ziel des Schlichtungsverfahrens die Einigung zwischen den Parteien.<sup>338</sup> Gemäss Art. 208 Abs. 1 ZPO kann diese einen Vergleich, eine Klageanerkennung oder einen vorbehaltlosen Klagerückzug umfassen. Die Schlichtungsbehörden haben laut Art. 21 Abs. 1 VMWG eine Einigung der Parteien anzustreben, die sich auf das gesamte Mietverhältnis erstreckt. So etwa auf die Höhe des Mietzinses, die Dauer des Vertrags oder die Kündigungsfrist. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Schlichtungsbehörde von Amtes wegen hinsichtlich aller möglichen Streitfragen eine Einigung herbeizuführen hat.<sup>339</sup>
- 170 Die Parteien – insbesondere die Vermieterschaft – haben in mietrechtlichen Angelegenheiten im Auge zu behalten, dass die Kündigungssperrfrist gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. e OR ausgelöst werden kann.<sup>340</sup> Demnach ist eine Kündigung anfechtbar, wenn sie vor Ablauf von drei Jahren nach Abschluss eines mit dem Mietverhältnis zusammenhängenden Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens ausgesprochen wird, in dem der Vermieter mit dem Mieter einen Vergleich geschlossen oder sich sonstwie geeinigt hat (Art. 271a Abs. 1 lit. e

---

<sup>336</sup> Zum Ganzen KOLLER, ZBJV 11/2016, 813 f.; a.A. BGer 4A\_500/2016 vom 9. Dezember 2016, E. 3.1, u. DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 284, denen zufolge der nutzlos gewordene Vorbereitungsaufwand nicht genügt, um eine Ordnungsbusse auszusprechen.

<sup>337</sup> Vgl. zur Revision der ZPO Rz. 412 ff.

<sup>338</sup> Botschaft ZPO, 7242 u. 7328; CPra-CPC-BOHNET, Art. 208/209 N 2.

<sup>339</sup> CPra-CPC-BOHNET, Art. 208/209 N 3.

<sup>340</sup> KOUMBARAKIS, Schlichtungsverfahren in Mietsachen, 149.

Ziff. 4 OR). Vorbehalten bleiben Kündigungen i.S.v. Art. 271a Abs. 3 OR.<sup>341</sup> Die Sperrfrist gelangt auch dann zur Anwendung, wenn der Mieter durch Schriftstücke nachweisen kann, dass er sich mit dem Vermieter ausserhalb eines Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens über eine Forderung aus dem Mietverhältnis geeinigt hat (Art. 271a Abs. 2 OR).

Vergleiche können unter einem Widerrufsvorbehalt abgeschlossen werden.<sup>342</sup> Dies ist bei Mietstreitigkeiten von gewisser praktischer Bedeutung, da der Vermieter sich gemäss Art. 204 Abs. 3 lit. c ZPO durch die Liegenschaftsverwaltung vertreten lassen kann. Die Liegenschaftsverwaltung kann diesfalls mit der nicht am Schlichtungstermin anwesenden Vermieterschaft Rücksprache nehmen, ob der Vergleich angenommen werden soll. So kann vermieden werden, dass die Liegenschaftsverwaltung einen Vergleich ablehnt, den der Vermieter angenommen hätte. Im Interesse des Rechtsfriedens ist der Widerrufsvorbehalt allerdings zu befristen.<sup>343</sup> 171

## 2. Klagebewilligung

### A. Einleitung

Kommt es zu keiner Einigung, so hält die Schlichtungsbehörde dies gemäss Art. 209 Abs. 1 ZPO im Protokoll fest und erteilt die Klagebewilligung. Eine Klagebewilligung wird auch dann erteilt, wenn ein Urteilsvorschlag von einer Partei abgelehnt wird (Art. 211 Abs. 2 ZPO).<sup>344</sup> Die gesuchstellende Partei erhält damit einen Beleg für die (erfolglose) Durchführung des Schlichtungsverfahrens und einen Beweis für die Rechtshängigkeit.<sup>345</sup> 172

Bei der Klagebewilligung weist das Mietverfahren sowohl in Bezug auf den Adressaten als auch die Prosequierungsfrist Besonderheiten auf. Der Vorentwurf (Art. 202 Abs. 1 und 3 VE-ZPO) sowie der bundesrätliche Entwurf (Art. 206 Abs. 1 und 3 E-ZPO) sahen diese mietrechtlichen Spezialvorschrif- 173

<sup>341</sup> Kündigungen wegen dringenden Eigenbedarfs des Vermieters für sich, nahe Verwandte oder Verschwägerete; Kündigungen wegen Zahlungsrückstands des Mieters (Art. 257d OR); Kündigungen wegen schwerer Verletzung der Pflicht des Mieters zu Sorgfalt und Rücksichtnahme (Art. 257f Abs. 3 und 4 OR); Kündigungen infolge Veräusserung der Sache (Art. 261 OR); Kündigungen aus wichtigen Gründen (Art. 266g OR); Kündigungen wegen Konkurses des Mieters (Art. 266h OR).

<sup>342</sup> PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 759; BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 208 N 13; ZPO-MÖHLER, Art. 208 N 5.

<sup>343</sup> So schlägt PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 759, eine zehntägige Bedenkzeit vor, die meiner Ansicht nach sachgerecht ist.

<sup>344</sup> Vgl. zum Urteilsvorschlag die Ausführungen in Rz. 183 ff.

<sup>345</sup> ZPO Komm.-HONEGGER, Art. 209 N 1; SCHRANK, Schlichtungsverfahren, Rz. 577; Bericht VE-ZPO, 100.

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

---

ten noch nicht vor.<sup>346</sup> So sah Art. 206 Abs. 3 E-ZPO grundsätzlich für sämtliche Streitigkeiten eine Frist von drei Monaten vor und die Klagebewilligung war gemäss Art. 206 Abs. 1 E-ZPO stets der klagenden Partei zu erteilen.<sup>347</sup>

### **B. Adressat der Klagebewilligung**

#### *a. Umkehr der Klägerrolle bei Mietzinserhöhungen*

- 174 Gemäss Art. 209 Abs. 1 lit. b ZPO wird die Klagebewilligung grundsätzlich der klagenden Partei erteilt. Dies gilt auch für mietrechtliche Streitigkeiten. Handelt es sich allerdings um die Anfechtung einer Mietzinserhöhung (Art. 270b OR), so trifft die Fortführungslast in Anwendung von Art. 209 Abs. 1 lit. a ZPO den Vermieter. Damit wurde die bisher geltende Praxis zu Art. 274f aOR konkretisiert.<sup>348</sup> Der Grund für diese sachgerechte Umkehr der Klageobliegenheit liegt darin, dass es letztlich der Vermieter ist, der etwas durchsetzen will.<sup>349</sup> Andere Mietzinsstreitigkeiten i.S.v. Art. 270 OR und Art. 270a OR werden von Art. 209 Abs. 1 lit. a ZPO nicht erfasst. So ist bei Mietzinssenkungsbegehren (Art. 270a OR) die Klagebewilligung dem Mieter und nicht dem Vermieter auszustellen.<sup>350</sup> Gleiches gilt bei der Anfechtung des Anfangsmietzinses (Art. 270 OR).<sup>351</sup>
- 175 Bei der Anfechtung einer Mietzinserhöhung handelt es sich um eine Streitigkeit aus dem Kernbereich des Mietrechts i.S.v. Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO. Im

---

<sup>346</sup> Vgl. zu den parlamentarischen Debatten AmtlBull StR 2007, 523, AmtlBull NR 2008, 956 ff., sowie AmtlBull StR 2008, 728; vgl. zu den Beratungen im Rahmen der Kommissionen für Rechtsfragen RK-StR vom 15./16. Februar 2007, 43, Protokoll RK-NR vom 15./16. November 2007, 64 f., Protokoll RK-NR vom 17./18. Januar 2008, 3 ff., Protokoll RK-NR vom 3./4. April 2008, 1 ff., sowie Protokoll RK-StR vom 26./27. Juni 2008, 16 f.

<sup>347</sup> Der Vorentwurf sah in Art. 202 Abs. 3 VE-ZPO noch eine zweimonatige Frist vor, die allerdings gestützt auf die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens auf drei Monate verlängert wurde, vgl. dazu Vernehmlassung VE-ZPO, 543 ff., u. BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 209 N 1.

<sup>348</sup> SVIT-Komm., Art. 274e N 4; CPra-CPC-BOHNET, Art. 208/209 N 14; CONOD/BOHNET, Droit du bail, 266; HOFMANN/LÜSCHER, 172; ZPO Komm.-HONEGGER, Art. 209 N 4; Handkomm. ZPO-WYSS, Art. 209 N 2.

<sup>349</sup> AmtlBull NR 2008, 957; CPra-CPC-BOHNET, Art. 208/209 N 14; CONOD/BOHNET, Droit du bail, 266; KORAK-DISLER, Rz. 129; PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 771; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 20 Rz. 32; SCHRANK, Schlichtungsverfahren, Rz. 598; Handkomm. ZPO-WYSS, Art. 209 N 2.

<sup>350</sup> BISANG, MRA 2010, 108; THANEL, mp 2009, 193; KORAK-DISLER, Rz. 128; KOUMBARAKIS, Schlichtungsverfahren in Mietsachen, 151; SCHRANK, Schlichtungsverfahren, Rz. 598; CPC Comm.-TREZZINI, Art. 209 N 7.

<sup>351</sup> MÜLLER/MEYER, Rz. 15.9 ff.; ZAHRADNIK, mp 2014, 280.

Hinblick auf die Erteilung der Klagebewilligung sieht Art. 211 Abs. 2 lit. a ZPO beim Urteilsvorschlag eine „Ausnahme der Ausnahme“ vor. Lehnt der Mieter einen Urteilsvorschlag ab, so wird diesem als ablehnende Partei auch dann die Klagebewilligung erteilt, wenn es sich bei der Streitigkeit um eine angefochtene Mietzinserhöhung handelt. Art. 211 Abs. 2 lit. a ZPO ist im Verhältnis zu Art. 209 Abs. 1 lit. a ZPO somit *lex specialis*.<sup>352</sup>

*b. Einseitige Vertragsänderungen i.S.v. Art. 270b Abs. 2 OR*

Das Vertragsverhältnis kann auch durch einseitige Vertragsänderungen zu Lasten der Mieterschaft modifiziert werden. Solche können gemäss Art. 270b Abs. 2 OR und Art. 269d Abs. 3 OR etwa in der Verminderung der bisherigen Leistungen des Vermieters oder der Einführung neuer Nebenkosten bestehen. Laut ALVAREZ/PETER deutet der Wortlaut von Art. 209 Abs. 1 lit. a ZPO darauf hin, dass sich diese Verfahrensregel auf die Anfechtung einer Mietzinserhöhung beschränkt. Ihrer Ansicht nach wechselt die Klägerrolle jedoch nicht nur dann auf den Vermieter, wenn eine Mietzinserhöhung strittig ist, sondern auch bei der Anfechtung einer andern einseitigen Vertragsänderung.<sup>353</sup> 176

Dieser Auffassung ist beizupflichten. Zwar legt der Wortlaut von Art. 209 Abs. 1 lit. a ZPO tatsächlich nahe, nur die Mietzinserhöhungen darunter zu subsumieren. Auch ein Blick in die Gesetzesmaterialien zeigt, dass sich die Ausführungen im Zusammenhang mit der Aufnahme dieser Regelung nur auf Mietzinserhöhungen bezogen und nicht auf andere einseitige Vertragsänderungen i.S.v. Art. 270b Abs. 2 OR.<sup>354</sup> Die Anfechtung einseitiger Vertragsänderungen ist allerdings eng verwoben mit derjenigen einer Mietzinserhöhung. So gelten die Bestimmungen betreffend Mietzinserhöhungen (Art. 269d Abs. 1 und 2 OR sowie Art. 270b Abs. 1 OR) gemäss Art. 269d Abs. 3 OR und Art. 270b Abs. 2 OR auch für Streitigkeiten im Zusammenhang mit einseitigen Änderungen des Mietverhältnisses zu Lasten der Mieterschaft.<sup>355</sup> Die 177

<sup>352</sup> HOFMANN/LÜSCHER, 172; ZPO Komm.-HONEGGER, Art. 209 N 4; KOUMBARAKIS, Schlichtungsverfahren in Mietsachen, 151; KORAK-DISLER, Rz. 130; SCHRANK, Schlichtungsverfahren, Rz. 598; TAPPY/NOVIER, 129; CPC Comm.-TREZZINI, Art. 209 N 6.

<sup>353</sup> BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 209 N 6; gl.M. PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 771; Mietrecht für die Praxis/OESCHGER/ZAHRADNIK, 439 Rz. 17.4.5.3; **a.A.** wohl KORAK-DISLER, Rz. 128 in fine.

<sup>354</sup> Vgl. AmtlBull NR 2008, 957; Protokoll RK-NR vom 17./18. Januar 2008, 6, wo etwa ausgeführt wurde, dass die Parteipollenverteilung gerade bei Mietzinserhöhungen eine grosse Rolle spiele; Protokoll RK-StR vom 26./27. Juni 2008, 16.

<sup>355</sup> So auch BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 209 N 6, die ausführen, dass die Anfechtung von Mietzinserhöhungen und diejenige anderer einseitiger Vertragsänderungen im gleichen Gesetzesartikel (Art. 270b OR) geregelt sind.

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

---

Beurteilung anderer einseitiger Vertragsänderungen ist ebenfalls darauf ausgerichtet, zu überprüfen, ob das durch die Anpassung resultierende Verhältnis der Vertragsleistungen missbräuchlich ist. Insofern unterscheidet sie sich in ihrem Kerngehalt nicht von der Beurteilung der Missbräuchlichkeit des (zu erhöhenden) Mietzinses.<sup>356</sup> Zudem ist es wie bei einer Mietzinserhöhung letztlich der Vermieter, der etwas durchsetzen möchte, was bei Mietzinserhöhungen der Grund für die Umkehr der Klägerrolle ist.<sup>357</sup> Schliesslich ist anzumerken, dass es der bisherigen Praxis nicht nur entsprach, bei Mietzinserhöhungen die Klägerrolle umzukehren. Unter der Geltung von Art. 274f Abs. 1 aOR wurde der Vermieterschaft auch dann die Klagebewilligung erteilt, wenn eine einseitige Vertragsänderung strittig war.<sup>358</sup> Die Umkehr der Klägerrolle rechtfertigt sich somit auch bei einseitigen Vertragsänderungen i.S.v. Art. 270b Abs. 2 OR.<sup>359</sup>

### C. Frist für die Klageeinreichung

- 178 Die Prosequierungsfrist beträgt bei Streitigkeiten aus der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen 30 Tage (Art. 209 Abs. 4 ZPO).<sup>360</sup> Handelt es sich nicht um solche Mietobjekte, berechtigt die Klagebewilligung nach Eröffnung während dreier Monate zur Einreichung der Klage beim Gericht (Art. 209 Abs. 3 ZPO). Diese Regelung entspricht – zumindest bei der Wohn- und Geschäftsraummieta – dem vor Inkrafttreten der ZPO geltenden Art. 274f Abs. 1 aOR.
- 179 Die kurze Frist bei der Wohn- und Geschäftsraummieta ist sachgerecht. Zwar würde eine längere Frist genügend Zeit einräumen, um juristischen Rat einzuholen und eine ausreichend formulierte Klage auszuarbeiten.<sup>361</sup> Mietrechtliche Angelegenheiten werden jedoch zumeist im vereinfachten Verfahren durchgeführt, sei es wegen eines Fr. 30 000.– nicht übersteigenden Streitwerts oder da es sich um eine Streitigkeit i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO handelt.<sup>362</sup> Im vereinfachten Verfahren gelten geringere Anforderungen an die

---

<sup>356</sup> BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 209 N 6.

<sup>357</sup> PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 771.

<sup>358</sup> BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 209 N 6; zum alten Recht SVIT-Komm., Art. 274f N 7.

<sup>359</sup> Vgl. hierzu auch die Ausführungen in Rz. 254 ff., wonach meines Erachtens auch dann ein Fall des Schutzes vor missbräuchlichen Mietzinsen i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO vorliegt, wenn andere einseitige Vertragsänderungen gemäss Art. 270b Abs. 2 OR strittig sind.

<sup>360</sup> Vgl. zum Geltungsbereich des Begriffs „Wohn- und Geschäftsräume“ Rz. 96 ff., insb. Rz. 99 ff.

<sup>361</sup> Siehe HOFMANN/LÜSCHER, 172 f., u. KORAK-DISLER, Rz. 139.

<sup>362</sup> Vgl. dazu die Ausführungen in Rz. 222 ff. u. 311.

Klage (Art. 244 ZPO),<sup>363</sup> die abgeschwächte Untersuchungsmaxime kommt zum Tragen (Art. 247 Abs. 2 ZPO) und das Gericht berücksichtigt neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Eine längere Frist ist meines Erachtens deshalb nicht vonnöten. Das rechtfertigt sich insbesondere auch in Anbetracht des Umstands, dass das Interesse der Parteien wohl überwiegt, rascher Gewissheit über den Verfahrensausgang zu haben. Dies dürfte vor allem dann der Fall sein, wenn die Streitigkeit den Weiterbestand eines Mietvertrags betrifft.<sup>364</sup>

Die kürzere Frist rechtfertigt sich auch im Hinblick auf den altrechtlichen Art. 274d Abs. 1 aOR. Demnach mussten die Kantone für Streitigkeiten aus der Wohn- und Geschäftsraummiete ein einfaches und rasches Verfahren vorsehen. Die ZPO enthält zwar keine generelle Bestimmung im Sinne der altrechtlichen Regelung, im Ergebnis gilt dieses aber auch unter der neuen Prozessordnung. Das ergibt sich nicht nur aus der kurzen Klagefrist von Art. 209 Abs. 4 ZPO, sondern auch aus den allgemeinen Bestimmungen zum Schlichtungsverfahren, die eine Verhandlung innert zwei Monaten (Art. 203 Abs. 1 ZPO) sowie einen Abschluss des Verfahrens nach spätestens zwölf Monaten (Art. 203 Abs. 4 ZPO) vorsehen.<sup>365</sup> 180

Wird von der Klagebewilligung kein Gebrauch gemacht, so besteht grundsätzlich die Möglichkeit, ein erneutes Schlichtungsgesuch einzureichen (keine res-iudicata-Wirkung). Ein neues (gleichlautendes) Schlichtungsgesuch ist aber nur zulässig, sofern in der Zwischenzeit nicht eine mit dem entsprechenden Rechtsanspruch verbundene Verwirkungsfrist abgelaufen ist.<sup>366</sup> Im Mietrecht finden sich solche Verwirkungsfristen bei der Hinterlegung des Mietzinses (Art. 259h Abs. 1 OR), der Anfechtung des Anfangsmietzinses (Art. 270 Abs. 1 OR), dem Mietzinssenkungsbegehren (Art. 270a Abs. 2 OR), der Anfechtung von Mietzinserhöhungen und andern einseitigen Vertragsänderungen (Art. 270b OR), der Anfechtung einer Kündigung (Art. 273 Abs. 1 OR) sowie der Erstreckung (Art. 273 Abs. 2 und 3 OR). Bei diesen dreissigtägigen<sup>367</sup> Fristen ist es faktisch nicht möglich, vor Ablauf der Verwirkungs- 181

<sup>363</sup> Art. 244 ZPO sieht zahlreiche Erleichterungen vor, so kann die Klage mündlich eingereicht werden (Art. 244 Abs. 1 ZPO), eine Begründung ist nicht erforderlich (Art. 244 Abs. 2 ZPO), der Streitwert ist nur anzugeben, wenn dies nötig ist (Art. 244 Abs. 1 lit. d ZPO), und die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen ist nicht erforderlich (Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO e contrario).

<sup>364</sup> Vgl. Botschaft ZPO, 7333.

<sup>365</sup> Zum Ganzen BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 209 N 10; vgl. zum altrechtlichen einfachen und raschen Verfahren ROBERTI, Rz. 59 ff.

<sup>366</sup> BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 209 N 13; FRECH, Anwaltsrevue 2015, 28; ZPO Komm.-HONEGGER, Art. 209 N 13; ZPO-MÖHLER, Art. 209 N 5; MAAG, MRA 3/2014, 137.

<sup>367</sup> Vgl. jedoch Art. 273 Abs. 2 lit. b OR (befristetes Mietverhältnis) und Art. 273 Abs. 3 OR (zweites Erstreckungsbegehren), wonach spätestens 60 Tage vor Ablauf der Ver-

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

---

frist erneut ein gleichlautendes Schlichtungsgesuch einzureichen.<sup>368</sup> Dies aus dem Grund, dass die versäumte Frist für die Klageeinreichung bei der Wohn- und Geschäftsraummiete 30 Tage beträgt (Art. 209 Abs. 4 ZPO).

- 182 Zu beachten ist, dass Art. 145 Abs. 2 lit. a ZPO, wonach der Fristenstillstand nicht für das Schlichtungsverfahren gilt, gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und überwiegender Lehre keine Anwendung auf den Fristenlauf der Klagebewilligung findet. Das Schlichtungsverfahren wird mit der Erteilung der Klagebewilligung beendet. Während den Gerichtsferien steht die dreissigtägige bzw. dreimonatige Frist somit gemäss Art. 145 Abs. 1 ZPO still.<sup>369</sup>

### 3. Urteilsvorschlag

#### A. Einleitung und Gesetzgebungsprozess

##### a. Einleitung

- 183 Mit dem Urteilsvorschlag<sup>370</sup> gibt die ZPO den Schlichtungsbehörden ein Instrument für solche Fälle in die Hand, in denen – trotz gewisser Vergleichsbereitschaft der Parteien – keine Einigung zustande kommen will. Der Urteilsvorschlag gemäss Art. 210 f. ZPO nimmt eine Mittelstellung zwischen einem Entscheid und einem behördlichen Vergleichsvorschlag ein. Letzterer ist er insoweit, als ihn jede Partei frei ablehnen kann. Bei Stillschweigen der Parteien reift er hingegen zum rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid. Da die Haupttätigkeit der Schlichtungsbehörde das klassische Schlichten bleiben

---

tragsdauer bzw. erstmaligen Erstreckung die (zweite) Erstreckung verlangt werden muss.

<sup>368</sup> Siehe KORAK-DISLER, Rz. 144.

<sup>369</sup> BGE 138 III 615 E. 2.2 f. S. 617 ff.; BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 209 N 9; Comm. CPC-BOHNET, Art. 209 N 15; DOLGE/INFANGER, 112 f.; Dike Komm. ZPO-EGLI, Art. 209 N 25; Komm. ZPO-GASSER/RICKLI, Art. 209 N 5; Kuko ZPO-GLOOR/UMBRIKT LUKAS, Art. 209 N 8; ZPO Komm.-HONEGGER, Art. 209 N 10; BSK ZPO-INFANGER, Art. 209 N 21; LACHAT, Procédure, 109; ZPO-MÖHLER, Art. 209 N 6; GASSER/MÜLLER/PIETSCH-KOJAN, Anwaltsrevue 2012, 9 f.; SCHRANK, Schlichtungsverfahren, Rz. 626 ff.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 20 Rz. 34; CPC Comm.-TREZZINI, Art. 209 N 24, der allerdings in CPC Comm.-TREZZINI, Art. 209, 941 (1. Aufl.), von der Anwendbarkeit des Art. 145 Abs. 2 lit. a ZPO ausging („[...] la sospensione [...] per effetto delle ferie giudiziarie non è data, stante l'esclusione prevista dall'art. 145 cpv. 2 lit. a CPC [...]“); a.A. wohl TAPPY/NOVIER, 137.

<sup>370</sup> Vgl. Rz. 415 ff. zur Revision der ZPO.

soll, darf nicht jede Zivilsache durch einen Urteilsvorschlag abgeschlossen werden.<sup>371</sup>

Das Institut des Urteilsvorschlags war dem Mietrecht vor Inkrafttreten der ZPO nicht gänzlich fremd. Bei der Hinterlegung von Mietzinsen (Art. 259i Abs. 1 aOR), der Anfechtung einer Kündigung sowie der Erstreckung eines Mietverhältnisses (Art. 273 Abs. 4 aOR) hatte die Schlichtungsbehörde einen Entscheid zu fällen (Art. 274e Abs. 2 aOR und Art. 274f Abs. 1 aOR). Obwohl im Gesetz von einem Entscheid die Rede war, handelte es sich um ein dem Urteilsvorschlag ähnliches Institut.<sup>372</sup> Der Hauptunterschied liegt darin, dass die Schlichtungsbehörde bei der Hinterlegung, der Kündigungsanfechtung sowie der Erstreckung im Gegensatz zur heutigen Regelung einen Entscheid fällen musste.<sup>373</sup> 184

*b. Art. 210 ZPO im Gesetzgebungsprozess*

Dem Vorentwurf zufolge war ein Urteilsvorschlag bei Streitigkeiten aus der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen zu unterbreiten (Art. 204 Abs. 1 lit. a VE-ZPO). Im Gegensatz zur heutigen Fassung fällt einerseits auf, dass der Streitwert keine Rolle spielte und bei der Wohn- und Geschäftsraummiete somit stets ein Urteilsvorschlag zu unterbreiten war. Andererseits handelte es sich dabei nicht um eine blosse Kann-Vorschrift. 185

Der Entwurf des Bundesrats sah zahlreiche Anpassungen vor. Ein Urteilsvorschlag war im Gegensatz zum Vorentwurf nicht mehr bei sämtlichen Streitigkeiten aus der Wohn- und Geschäftsraummiete möglich. Der weitergehende Vorschlag des Vorentwurfs wurde in der Vernehmlassung abgelehnt.<sup>374</sup> Ausserdem war die Schlichtungsbehörde nicht mehr verpflichtet, einen Urteilsvorschlag zu unterbreiten. Dies wurde in der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats kritisiert. So wurde angemerkt, dass die Schlichtungsbehörde in mietrechtlichen Angelegenheiten Entscheidungskompetenz in Kündigungsschutz- und Mietzinshinterlegungsverfahren habe. Das Institut habe sich be- 186

<sup>371</sup> Zum Ganzen Botschaft ZPO, 7333; ausführlich zur Rechtsnatur des Urteilsvorschlags SCHRANK, Schlichtungsverfahren, Rz. 539 f.

<sup>372</sup> Botschaft ZPO, 7333; FISCHER, 84; Dike Komm. ZPO-RICKLI, Art. 210 N 5; KORAK-DISLER, Rz. 146; Handkomm. ZPO-WYSS, Art. 210 N 2; LCHAT, Procédure, 111; siehe CPC Comm.-TREZZINI, Art. 210 N 15.

<sup>373</sup> Vgl. dazu Rz. 191 ff.; BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 210 N 6 f.; HOHL, § 18 Rz. 1122; PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 776; CPC Comm.-TREZZINI, Art. 210 N 15.

<sup>374</sup> Vernehmlassung VE-ZPO, 532 ff.; Botschaft ZPO, 7333 in fine.

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

---

währt, sodass nicht zu verstehen sei, weshalb es mit einer blossen Kann-Vorschrift abgeschwächt und verwässert werden sollte.<sup>375</sup>

- 187 Der bundesrätliche Entwurf näherte sich nach dem Gesagten der heutigen Fassung von Art. 210 ZPO an. Allerdings bestanden noch Unterschiede hinsichtlich des Geltungsbereichs. So sah Art. 207 Abs. 1 lit. b E-ZPO vor, dass die Schlichtungsbehörde den Parteien bei Streitigkeiten aus der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen einen Urteilsvorschlag unterbreiten konnte, sofern die Hinterlegung von Mietzinsen, die Anfechtung einer Kündigung oder die Erstreckung des Mietverhältnisses betroffen waren. Im Gegensatz zur heutigen Regelung waren Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen nicht erfasst. Weiter war in Art. 207 Abs. 1 lit. b E-ZPO von der Anfechtung einer Kündigung die Rede und nicht – wie bei Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO – vom Kündigungsschutz. Auf Antrag der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats wurde im Verlauf der parlamentarischen Debatten der Begriff „Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen“ in die Bestimmung aufgenommen und der Wortlaut von „Anfechtung einer Kündigung“ zu „Kündigungsschutz“ geändert.<sup>376</sup>

### **B. Besondere Verfahrensregelungen**

- 188 In den Angelegenheiten nach Art. 200 ZPO – d.h. bei der Wohn- und Geschäftsraummiete – kann die Schlichtungsbehörde ausnahmsweise einen Schriftenwechsel durchführen, wenn ein Urteilsvorschlag nach Art. 210 ZPO in Frage kommt (Art. 202 Abs. 4 ZPO). Ein solcher Schriftenwechsel dient der gehörigen Vorbereitung der Schlichtungsbehörde im Hinblick auf einen allfälligen Urteilsvorschlag.<sup>377</sup> Auch hinsichtlich der Beweisaufnahme ist eine besondere Verfahrensregelung vorgesehen. Soweit ein Urteilsvorschlag in Betracht gezogen wird, kann die Schlichtungsbehörde gemäss Art. 203 Abs. 2 Satz 2 ZPO auch die übrigen Beweismittel abnehmen, wenn dies das Verfah-

---

<sup>375</sup> Protokoll RK-NR vom 15./16. November 2007, 65 ff., u. Protokoll RK-NR vom 17./18. Januar 2008, 2 ff. Ein Antrag in der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats, wonach die Schlichtungsbehörde einen Urteilsvorschlag in den Fällen von Art. 207 Abs. 1 lit. a – c E-ZPO hätte erlassen müssen und nicht bloss können, wurde abgelehnt, vgl. dazu Protokoll RK-NR vom 15./16. November 2007, 68; vgl. zur nationalrätlichen Debatte AmtlBull NR 2008, 956 ff.

<sup>376</sup> Zur parlamentarischen Debatte AmtlBull NR 2008, 956 ff., u. AmtlBull StR 2008, 728. Der Antrag der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats basierte auf einem Vorschlag des Bundesamts für Justiz zum mietrechtlichen Verfahren, vgl. dazu den dem Protokoll RK-NR vom 14./15. Februar 2008 u. Protokoll RK-NR vom 3./4. April 2008 beigelegten Vorschlag. Darin war bei Art. 207 Abs. 1 lit. b E-ZPO von Kündigungsschutz und nicht mehr von Anfechtung einer Kündigung die Rede und neu wurde auch der Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen aufgelistet.

<sup>377</sup> Vgl. die Ausführungen zum Schriftenwechsel in Rz. 112 ff.

ren nicht wesentlich verzögert. Dadurch werden die Klärung sowie Ergänzung des Sachverhalts bezweckt. Nach der hier vertretenen Ansicht gelangt die soziale Untersuchungsmaxime zur Anwendung.<sup>378</sup>

### C. Geltungsbereich

Gemäss Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO kann die Schlichtungsbehörde bei Streitigkeiten aus der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen<sup>379</sup> den Parteien streitwertunabhängig einen Urteilsvorschlag unterbreiten, sofern die Hinterlegung von Mietzinsen, der Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen, der Kündigungsschutz oder die Erstreckung des Mietverhältnisses betroffen ist. Der Geltungsbereich von Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO ist deckungsgleich mit demjenigen von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO. Kann also die Schlichtungsbehörde einen Urteilsvorschlag i.S.v. Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO unterbreiten, so gelangt in einem allfälligen erstinstanzlichen Prozess das vereinfachte Verfahren ohne Rücksicht auf den Streitwert gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO zur Anwendung.<sup>380</sup> Aus diesem Grund kann hinsichtlich des Geltungsbereichs auf die Ausführungen im Rahmen von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO verwiesen werden.<sup>381</sup> 189

Bei allen anderen mietrechtlichen Streitigkeiten ist in Anwendung von Art. 210 Abs. 1 lit. c ZPO ein Urteilsvorschlag nur bis zu einem Streitwert von Fr. 5 000.–<sup>382</sup> möglich. Darunter fallen zunächst sämtliche Streitigkeiten betreffend Mietobjekte, die keine Wohn- oder Geschäftsräume darstellen. Bei der Wohn- und Geschäftsraummieta ist im Rahmen von Art. 210 Abs. 1 lit. c ZPO etwa an Forderungsstreitigkeiten im Zusammenhang mit ausstehenden Mietzinsen zu denken, an die Herausgabe der Mietzinskaution (Art. 257e Abs. 3 OR) oder an die Entschädigung aufgrund eines durch den Mieter herbeigeführten Mehrwerts des Mietobjekts (Art. 260a Abs. 3 OR). Weiter auch an Streitigkeiten betreffend Schäden aus der Wohnungsabgabe oder Mängel am Mietobjekt, die ausserhalb eines Hinterlegungsverfahrens geltend gemacht werden. 190

<sup>378</sup> Vgl. Rz. 116 ff. zur Beweisaufnahme.

<sup>379</sup> Vgl. die Ausführungen in Rz. 96 ff., insb. Rz. 99 ff., zum Geltungsbereich des Begriffs „Wohn- und Geschäftsräume“.

<sup>380</sup> BGE 142 III 402 E. 2.5.3 S. 410 u. BGE 142 III 690 E. 3.1 S. 693, wonach die beiden Bestimmungen die gleichen Bedingungen stellen; BGE 139 III 457 E. 5.3 S. 466; GIAVARINI, MRA 2017, 90; CPC Comm.-TREZZINI, Art. 210 N 11.

<sup>381</sup> Vgl. dazu Rz. 223 ff.

<sup>382</sup> Vgl. Rz. 415 ff. zur Revision der ZPO.

**D. Anwendung im freien Ermessen**

- 191 Die Praxis hat gezeigt, dass der Urteilsvorschlag ein zielführendes und erfolgreiches Instrument sein kann. So werden im schweizweiten Durchschnitt rund zwei Drittel der unterbreiteten Urteilsvorschläge von den Parteien angenommen.<sup>383</sup> Wie aus dem Wortlaut von Art. 210 ZPO ersichtlich ist, besteht allerdings keine Verpflichtung der Schlichtungsbehörde, den Parteien einen Urteilsvorschlag zu unterbreiten. Dies liegt in deren freiem Ermessen.<sup>384</sup> In der Lehre stösst die Kann-Vorschrift teilweise auf Kritik.<sup>385</sup> So wird ausgeführt, diese Abschwächung führe zu einer unterschiedlichen Praxis nicht nur von Kanton zu Kanton, sondern auch innerhalb desselben Kantons, oder, bei unterschiedlicher Zusammensetzung, gar innerhalb derselben Schlichtungsbehörde.<sup>386</sup> Diese Ansicht bestätigt ein Blick in die kantonalen Statistiken.<sup>387</sup>
- 192 Es ist jedoch zu bedenken, dass die Unterbreitung eines Urteilsvorschlags keine Verfahrensverzögerung zur Folge haben sollte. Wie bereits dargelegt sieht die ZPO zwar keine generelle Bestimmung (wie Art. 274d Abs. 1 aOR) im Sinne eines Beschleunigungsgebots vor. Allerdings lässt sich dieses aus zahlreichen Bestimmungen herauslesen. So hat eine Verhandlung innert zwei Monaten seit Eingang des Gesuchs stattzufinden (Art. 203 Abs. 1 ZPO), das Verfahren ist spätestens nach zwölf Monaten abzuschliessen (Art. 203 Abs. 4 ZPO), nur mit Zustimmung der Parteien kann die Schlichtungsbehörde eine weitere Verhandlung ansetzen (Art. 203 Abs. 4 ZPO) und bei der Wohn- und Geschäftsraummiete ist eine kurze Frist für die Klageeinreichung vorgesehen (Art. 209 Abs. 4 ZPO).<sup>388</sup> Im Mietrecht können sich beim Urteilsvorschlag in diesem Zusammenhang Probleme ergeben. So ist an solche Fälle zu denken, bei denen eine komplexe Nebenkostenabrechnung strittig ist oder die Nettorendite berechnet werden muss. Werden die entsprechenden Unterlagen erst

---

<sup>383</sup> Vgl. hierzu die Statistiken in Rz. 58; siehe CPC Comm.-TREZZINI, Art. 210 N 8, laut dem das Institut des Urteilsvorschlags gute Früchte trägt („*Quello della proposta di giudizio è un istituto [...] che ha dato buoni frutti [...]*“).

<sup>384</sup> Dike Komm. ZPO-RICKLI, Art. 210 N 15; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 20 Rz. 37; ZPO Komm.-HONEGGER, Art. 210 N 2; CPC Comm.-TREZZINI, Art. 210 N 3.

<sup>385</sup> BOHNET, 16<sup>e</sup> Séminaire, 33 Rz. 108, u. CPra-CPC-BOHNET, Art. 210-212 N 3; LACHAT, Procédure, 112; PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 778; THANET, mp 2009, 194; zur Kritik im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses vgl. Rz 186.

<sup>386</sup> BOHNET, 16<sup>e</sup> Séminaire, 33 Rz. 108, u. CPra-CPC-BOHNET, Art. 210-212 N 3; ähnlich PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 778, nach dem aufgrund der Kann-Vorschrift die Gefahr besteht, dass eine faktische Föderalisierung eines Rechtsinstituts erfolgt und damit ein Element der Zufälligkeit im Prozessrecht Einzug hält.

<sup>387</sup> Vgl. dazu die kantonalen Statistiken zur Tätigkeit der paritätischen Schlichtungsbehörden in: Medienmitteilung BWO zweites Halbjahr 2017, Medienmitteilung BWO erstes Halbjahr 2017, Medienmitteilung BWO zweites Halbjahr 2016, Medienmitteilung BWO erstes Halbjahr 2016.

<sup>388</sup> Vgl. auch Art. 145 Abs. 2 lit. a ZPO; vgl. hierzu auch die Ausführungen in Rz. 180.

am Schlichtungstermin eingereicht oder nur unmittelbar vorher, so wird es für die Schlichtungsbehörde kaum möglich sein, innert Kürze einen Urteilsvorschlag zu unterbreiten (dem kann allerdings dadurch entgegengetreten werden, dass vor der Verhandlung ein Schriftenwechsel gemäss Art. 202 Abs. 4 ZPO durchgeführt wird). Aufgrund dieser zeitlichen Komponente und der teilweise sehr komplexen Materie zeigt sich, dass das Instrument des Urteilsvorschlags nicht für jeden Fall geeignet ist. Dies wird verschärft durch die hohe Arbeitsbelastung der Schlichtungsbehörden. Zu bedenken ist schliesslich, dass bei den soeben dargelegten Beispielen (Nebenkostenabrechnung und Nettorenditenberechnung) die Schlichtungsbehörde altrechtlich nicht entscheiden konnte (Art. 273 Abs. 4 aOR e contrario und Art. 259i Abs. 1 aOR e contrario). Insofern wurde dem Umstand, dass nicht sämtliche mietrechtlichen Streitigkeiten für einen (altrechtlichen) Entscheid geeignet sind, bereits vor Inkrafttreten der ZPO Rechnung getragen.<sup>389</sup>

An sich ist nach dem Gesagten der fakultative Charakter des Urteilsvorschlags zu begrüssen. Die durch die Kann-Vorschrift erfolgte Abschwächung im Gegensatz zum altrechtlichen Entscheid wird teilweise dadurch abgefedert, dass der Urteilsvorschlag einen breiteren Anwendungsbereich (Art. 210 Abs. 1 lit. b und c ZPO) aufweist. So werden auch Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen streitwertunabhängig sowie sämtliche mietrechtlichen Angelegenheiten bis zu einem Streitwert von Fr. 5 000.– davon erfasst (altrechtlich musste im Kündigungsschutz-, Erstreckungs- und Mietzinshinterlegungsverfahren ein Entscheid gefällt werden). In Anbetracht der Erfolgsquoten des Urteilsvorschlags und der damit einhergehenden Entlastung der erstinstanzlichen Gerichte ist von diesem Instrument aber auch tatsächlich Gebrauch zu machen, wenn sich die Gelegenheit dazu bietet. Wird die Unterbreitung von Urteilsvorschlägen systematisch verweigert, so kommt dies einer Rechtsverweigerung gleich, was bei der zuständigen Aufsichtsbehörde gerügt werden kann.<sup>390</sup>

193

## E. Wirkungen

### a. Annahme

Lehnt keine Partei den Urteilsvorschlag innert 20 Tagen seit der schriftlichen Eröffnung ab, so gilt dieser gemäss Art. 211 Abs. 1 ZPO als angenommen und hat die Wirkungen eines rechtskräftigen Entscheids. Der Lauf der zwan-

194

<sup>389</sup> Vgl. allgemein zur Frage der Eignung eines Urteilsvorschlags SCHRANK, Schlichtungsverfahren, Rz. 548 ff.

<sup>390</sup> DOLGE/INFANGER, 114; BSK ZPO-INFANGER, Art. 210 N 4; SCHRANK, Schlichtungsverfahren, Rz. 548.

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

---

zig-tägigen Ablehnungsfrist wird von den Gerichtsferien meines Erachtens nicht tangiert, da das Schlichtungsverfahren noch im Gange und die Frist demnach unter Art. 145 Abs. 2 lit. a ZPO zu subsumieren ist.<sup>391</sup> Wird der Urteilsvorschlag innert der zwanzigtägigen Frist abgelehnt, so muss die Schlichtungsbehörde noch tätig werden und die Klagebewilligung erteilen. Es kann somit nicht die Rede davon sein, dass das Schlichtungsverfahren bereits abgeschlossen sei, wenn es – unter Umständen – noch einer Handlung der Schlichtungsbehörde bedarf.<sup>392</sup> Es ist letztlich die Erteilung der Klagebewilligung (bei Ablehnung) oder der Ablauf der Ablehnungsfrist, welche das Schlichtungsverfahren abschliesst.<sup>393</sup>

### b. *Ablehnung*

- 195 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und einhelliger Lehre kann gegen den Urteilsvorschlag kein Rechtsmittel erhoben werden. Einziger Weg, um dagegen vorzugehen, ist die Ablehnung gemäss Art. 211 ZPO.<sup>394</sup> Nach Eingang der Ablehnung stellt die Schlichtungsbehörde die Klagebewilligung laut Art. 211 Abs. 2 lit. b ZPO grundsätzlich der klagenden Partei zu. Bei mietrechtlichen Angelegenheiten ist dies dann der Fall, wenn es sich um Streitigkeiten handelt, bei denen gestützt auf Art. 210 Abs. 1 lit. c ZPO der Urteilsvorschlag unterbreitet wurde. Verlangt der Mieter beispielsweise ausserhalb eines Hinterlegungsverfahrens Schadenersatz in der Höhe von Fr. 3 000.– aufgrund von Mängeln (Art. 259e OR) und lehnt der Vermieter den Urteilsvorschlag ab, so wird die Klagebewilligung dem Mieter ausgestellt. Dem Vermieter wird die Klagebewilligung erteilt, wenn er z.B. ausste-

---

<sup>391</sup> Gl.M. Comm. CPC-BOHNET, Art. 211 N 4, u. CPra-CPC-BOHNET, Art. 210-212 N 16; ZPO Komm.-HONEGGER, Art. 211 N 2; BSK ZPO-INFANGER, Art. 211 N 4; KORAK-DISLER, Rz. 155; SCHRANK, Schlichtungsverfahren, Rz. 568; hingegen offen gelassen in BGE 138 III 792 E. 2.6.4 S. 796; a.A. Komm. ZPO-GASSER/RICKLI, Art. 211 N 2; Dike Komm. ZPO-RICKLI, Art. 211 N 11; BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 211 N 11; ZPO-MÖHLER, Art. 211 N 5; CPC Comm.-TREZZINI, Art. 211 N 2; laut neuester bundesgerichtlicher Rechtsprechung steht die Ablehnungsfrist während den Gerichtsferien still, vgl. dazu den nach Abschluss des Manuskripts ergangenen BGer 4A\_593/2017 vom 20. August 2018.

<sup>392</sup> Siehe SCHRANK, Schlichtungsverfahren, Rz. 568.

<sup>393</sup> Aus diesem Grund steht die dreissigtägige bzw. dreimonatige Prosequierungsfrist von Art. 209 Abs. 3 und 4 ZPO bei der Klagebewilligung gemäss Art. 145 Abs. 1 ZPO still, vgl. dazu die Ausführungen in Rz. 182.

<sup>394</sup> BGE 140 III 310 E. 1.4 S. 312; CPra-CPC-BOHNET, Art. 210-212 N 13; DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 318; PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 792; CPC Comm.-TREZZINI, Art. 211 N 5; ZPO Komm.-HONEGGER, Art. 211 N 11, BSK ZPO-INFANGER, Art. 211 N 3, u. Dike Komm. ZPO-RICKLI, Art. 211 N 22 f., nach denen die Revision (Art. 328 ff. ZPO) vorbehalten bleibt.

hende Mietzinse in der Höhe von Fr. 4 000.– einklagt und der Mieter den Urteilsvorschlag ablehnt.

Für Streitigkeiten i.S.v. Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO statuiert die ZPO allerdings eine Ausnahme. Gemäss Art. 211 Abs. 2 lit. a ZPO wird diesfalls der ablehnenden und nicht der klagenden Partei die Klagebewilligung erteilt, was zu einer Umkehr der Klägerrolle führen kann.<sup>395</sup> Verlangt der Mieter etwa eine Mietzinsherabsetzung gemäss Art. 270a OR (Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen i.S.v. Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO) und lehnt der Vermieter den von der Schlichtungsbehörde unterbreiteten Urteilsvorschlag ab, so wird Letzterem die Klagebewilligung erteilt. Bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Anfechtung einer Mietzinserhöhung (Art. 270b OR) ist zu beachten, dass Art. 211 Abs. 2 lit. a ZPO im Verhältnis zu Art. 209 Abs. 1 lit. a ZPO eine *lex specialis* darstellt.<sup>396</sup> 196

Bei den Folgen des Unterlassens der Klageeinreichung ist wiederum zu differenzieren zwischen Streitigkeiten i.S.v. Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO und denjenigen gemäss Art. 210 Abs. 1 lit. c ZPO. Reicht die gestützt auf Art. 211 Abs. 2 lit. b ZPO klagebelastete Partei die Klage nicht innert Frist beim erstinstanzlichen Gericht ein, so entfällt die Rechtshängigkeit und die Streitigkeit bleibt unbeurteilt. Die klagende Partei kann ein neues (gleichlautendes) Schlichtungsgesuch einreichen, da keine abgeurteilte Sache vorliegt.<sup>397</sup> Das gilt auch für mietrechtliche Angelegenheiten, bei denen gestützt auf Art. 210 Abs. 1 lit. c ZPO ein Urteilsvorschlag unterbreitet wurde. Wie sogleich zu sehen sein wird, besteht die Gefahr eines Rechtsverlusts aufgrund einer abgelaufenen Verwirkungsfrist in derartigen Fällen nicht. 197

Handelt es sich um Streitigkeiten i.S.v. Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO, so stellt die ZPO in Art. 211 Abs. 3 ZPO wiederum eine Sonderregelung auf. Wird bei diesen Streitigkeiten die Klage nicht rechtzeitig eingereicht (und zwar von der ablehnenden Partei), so gilt der Urteilsvorschlag als anerkannt und hat die Wirkungen eines rechtskräftigen Entscheids. Der Urteilsvorschlag hat in solchen Fällen demnach eine weitergehende Wirkung. Mietrechtliche Streitigkeiten, bei denen Verwirkungsfristen zu wahren sind, fallen allesamt in den Anwendungsbereich von Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO.<sup>398</sup> Solche Verwirkungs- 198

<sup>395</sup> PÜNTENER, *Zivilprozessrecht*, Rz. 796; Art. 208 Abs. 2 E-ZPO sah noch keine Sonderregelung für mietrechtliche Streitigkeiten vor. Die Klagebewilligung war stets der klagenden Partei zu erteilen.

<sup>396</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen in Rz. 175.

<sup>397</sup> DIETSCHY-MARTENET, *Procédure civile*, Rz. 315; SUTTER-SOMM, § 12 Rz. 982; SCHRANK, *Schlichtungsverfahren*, Rz. 570; Kuko ZPO-GLOOR/UMBRICHT LUKAS, Art. 211 N 5; SCHMID, *ZZZ* 2011/2012, 188; CPC Comm.-TREZZINI, Art. 211 N 10.

<sup>398</sup> A.A. scheinbar PÜNTENER, *Zivilprozessrecht*, Rz. 798, der ausführt, dass in den Fällen von Art. 210 Abs. 1 lit. c ZPO unter Vorbehalt der Verwirkung eine Klage wieder anhängig gemacht werden könne.

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

---

fristen finden sich bei der Hinterlegung des Mietzinses (Art. 259h OR), der Anfechtung des Anfangsmietzinses (Art. 270 OR), dem Mietzinssenkungsbegehren (Art. 270a OR), der Anfechtung einer Mietzinserhöhung (Art. 270b OR), der Kündigungsanfechtung (Art. 273 Abs. 1 OR) sowie dem Erstreckungsbegehren (Art. 273 Abs. 2 und 3 OR). Der Sinn der Regelung von Art. 211 Abs. 3 ZPO liegt darin, zu verhindern, dass die wegen des allfälligen Parteirollenwechsels in die Klägerrolle gedrängte Partei durch Unterlassen der Klageeinreichung die ursprüngliche Klage der Gegenpartei ins Leere laufen lassen kann.<sup>399</sup> Im Mietrecht wäre eine andere Lösung nicht haltbar. Will der Mieter beispielsweise gegen eine missbräuchliche Kündigung vorgehen, so hat er innert der dreissigtägigen Verwirkungsfrist (Art. 273 Abs. 1 OR) ein Schlichtungsgesuch einzureichen. Lehnt der Vermieter diesfalls einen für ihn ungünstigen Urteilsvorschlag ab, so wird ihm die Klagebewilligung erteilt (Art. 211 Abs. 2 lit. a ZPO i.V.m. Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO). Würde er nun keine Klage einreichen und hätte der abgelehnte Urteilsvorschlag keine Rechtskraftwirkung, so hätte das für den Mieter einen Rechtsverlust zur Folge. Er könnte nicht erneut die Kündigung wegen Missbräuchlichkeit anfechten, da die Verwirkungsfrist mittlerweile abgelaufen wäre.

### 4.            **Entscheid**

#### A.            **Gesetzgebungsprozess**

- 199    Das Instrument des Entscheids war im Vorentwurf in Art. 205 VE-ZPO geregelt. Der Streitwert durfte dabei nicht höher als Fr. 1 000.– sein und die Schlichtungsbehörde musste nach kantonalem Recht für einen solchen Entscheid zuständig sein. Im Vernehmlassungsverfahren wurden sowohl eine höhere Streitwertgrenze gefordert als auch ein Verzicht darauf, die Regelung der Spruchkompetenz der Schlichtungsbehörden den Kantonen zu überlassen.<sup>400</sup> Für Streitigkeiten aus der Wohn- und Geschäftsraummiete wurde die Tür zum Entscheid dadurch geöffnet, dass die Regelung von Art. 205 Abs. 3 VE-ZPO nicht in den bundesrätlichen Entwurf aufgenommen wurde. Demnach war ein Entscheid in jenen Fällen unzulässig, in denen ein Urteilsvorschlag zu unterbreiten war (Art. 205 Abs. 3 VE-ZPO i.V.m. Art. 204 VE-ZPO). Da gemäss Art. 204 Abs. 1 lit. a VE-ZPO ein Urteilsvorschlag bei sämtlichen Angelegenheiten betreffend Wohn- und Geschäftsräumlichkeiten unterbreitet werden musste, wurde die Möglichkeit des Entscheids in solchen

---

<sup>399</sup> BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 211 N 17; SCHRANK, Schlichtungsverfahren, Rz. 571.

<sup>400</sup> Vernehmlassung VE-ZPO, 540 ff.; BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 212 N 2; SCHRANK, Schlichtungsverfahren, Rz. 639.

Fällen ausgeschlossen.<sup>401</sup> Art. 209 E-ZPO stimmte hingegen mit dem heutigen Art. 212 ZPO überein.

## B. Verfahren

Art. 212 ZPO räumt der Schlichtungsbehörde Entscheidkompetenz in vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 2 000.– ein. Der Entscheidspruch setzt voraus, dass die klagende Partei einen entsprechenden Antrag gestellt hat. Es ist durchaus denkbar, dass die gesuchstellende Partei im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung über keine Kenntnis der Antragsmöglichkeit verfügt. Deshalb hat der Antrag meines Erachtens nicht zwingend bereits im Schlichtungsgesuch zu erfolgen, sondern ist auch noch während der laufenden Verhandlung zulässig.<sup>402</sup> Wie sich aus dem Wortlaut von Art. 212 Abs. 1 ZPO ergibt, ist die Schlichtungsbehörde bei Vorliegen eines Antrags nicht zur Fällung eines Entscheids verpflichtet (Kann-Vorschrift). 200

Die Durchführung des Entscheidverfahrens ist nur rudimentär geregelt. Während Art. 205 Abs. 2 VE-ZPO die Mündlichkeit des Verfahrens vorsah und weiter auf die Bestimmungen des vereinfachten Prozesses verwies, hält Art. 212 Abs. 2 ZPO lediglich fest, dass dieses mündlich ist. Im (mietrechtlichen) Entscheidverfahren ist Art. 202 Abs. 4 ZPO sowie Art. 203 Abs. 2 Satz 2 ZPO von Bedeutung. Gemäss Art. 202 Abs. 4 ZPO kann in den Angelegenheiten von Art. 200 ZPO vorgängig ausnahmsweise ein Schriftenwechsel durchgeführt werden, wenn ein Entscheid (oder Urteilsvorschlag) in Frage kommt. Da für Streitigkeiten aus der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen die paritätische Schlichtungsbehörde gemäss Art. 200 ZPO zuständig ist, kommt ein solcher Schriftenwechsel in Betracht. Dieser dient – wie beim Urteilsvorschlag – der gehörigen Vorbereitung der Schlichtungsbehörde auf das entsprechende Entscheidverfahren.<sup>403</sup> Weiter besteht keine Beschränkung der Beweismittel auf Urkunden. Die Schlichtungsbehörde kann – sofern das 201

<sup>401</sup> Vgl. zu Art. 204 VE-ZPO Rz. 185.

<sup>402</sup> Gl.M. BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 212 N 4; ARNOLD, ZZZ 2011/2012, 286; KORAK-DISLER, Rz. 167; BSK ZPO-INFANGER, Art. 212 N 7; LCHAT, Procédure, 121; PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 804; SCHRANK, Schlichtungsverfahren, Rz. 642; TAPPY/NOVIER, 125; ZPO Komm.-HONEGGER, Art. 212 N 2, der unter dem Aspekt des rechtlichen Gehörs den Fall als problematisch erachtet, in dem der Kläger erst anlässlich der Schlichtungsverhandlung – an welcher der Beklagte säumig ist – eine Reduktion seiner Forderung auf Fr. 2 000.– vornimmt und gestützt darauf einen Antrag auf Entscheid stellt (vgl. zu dieser Problematik OGer BE ZK 16 535 vom 13. Dezember 2016, E. 13.1 ff.); kritisch STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 20 Rz. 41, sowie Handkomm. ZPO-WYSS, Art. 212 N 4, nach denen der Antrag bereits im Gesuch enthalten sein *sollte*; a.A. wohl BOHNET, SZZP 2010, 441 f., u. CPra-CPC-BOHNET, Art. 210-212 N 30.

<sup>403</sup> Vgl. Rz. 112 ff. zum Schriftenwechsel.

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

---

Verfahren nicht wesentlich verzögert wird – zum Zwecke der Klärung sowie Ergänzung des Sachverhalts auch auf die übrigen Beweismittel zurückgreifen (Art. 203 Abs. 2 ZPO). Kommt ein Entscheid in Frage, so gelangt meines Erachtens der soziale Untersuchungsgrundsatz zur Anwendung.<sup>404</sup>

### C. Relevanz bei mietrechtlichen Streitigkeiten?

- 202 Der Entscheid spielt im Mietrecht lediglich eine marginale Rolle. Dafür sind zwei Gründe massgeblich. Einerseits weisen mietrechtliche Angelegenheiten in der Regel hohe Streitwerte auf, weshalb der tief angesetzte maximale Streitwert von Fr. 2 000.– in den meisten Fällen überschritten werden dürfte.<sup>405</sup> Andererseits ist dies der erfolgreichen Tätigkeit der Schlichtungsbehörden zuzuschreiben, die es – da bereits zuvor eine Einigung erzielt wird – gar nicht erst zum Entscheidverfahren kommen lassen.<sup>406</sup>
- 203 Der Entscheid kommt insbesondere bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit einer Forderung auf Zahlung des Mietzinses in Betracht – weiter bei Streitigkeiten betreffend Mängel am Mietobjekt oder Nebenkosten.<sup>407</sup> Liegt etwa eine Mietzinsherabsetzung (Art. 259a Abs. 1 lit. b OR i.V.m. Art. 259d OR) für einen bestimmten Zeitraum im Streit oder verlangt der Mieter Schadenersatz (Art. 259a Abs. 1 lit. c OR i.V.m. Art. 259e OR), so ist es durchaus denkbar, dass die Streitwertgrenze von Art. 212 ZPO nicht überschritten wird. Als Beispiel führt HEDIGER einen Fall auf, in dem eine Reparaturrechnung von Fr. 300.– bis Fr. 500.– strittig ist und die Schlichtungsbehörde zu beurteilen hat, ob es sich bei der Reparatur um einen vom Mieter zu tragenden kleinen Unterhalt i.S.v. Art. 259 OR handelt oder um einen Mangel, der gemäss Art. 259a OR vom Vermieter zu beheben ist.<sup>408</sup> Weiter kommen etwa Streitigkeiten im Zusammenhang mit Schäden aus der Wohnungsabgabe in Betracht.<sup>409</sup>

---

<sup>404</sup> Vgl. zur Beweisaufnahme die Ausführungen in Rz. 116 ff.

<sup>405</sup> So auch WINTER, mp 2013, 184; LACHAT, Procédure, 121 („*Compte tenu du mode de calcul de ladite valeur litigieuse en matière de baux et loyers [...], rares seront les occasions pour les autorités paritaires de conciliation de rendre les décisions prévues par l'art. 212 CPC.*“); vgl. die Ausführungen zur Streitwertberechnung in Rz. 42 ff.

<sup>406</sup> Siehe BRÜLLHARDT, mp 2017, 6; vgl. hierzu die Statistiken des Bundesamts für Wohnungswesen in Rz. 58.

<sup>407</sup> Siehe Medienmitteilung BWO zweites Halbjahr 2017, Grafik 6; Medienmitteilung BWO erstes Halbjahr 2017, Grafik 6; Medienmitteilung BWO zweites Halbjahr 2016, Grafik 6; Medienmitteilung BWO erstes Halbjahr 2016, Grafik 6; BRÜLLHARDT, mp 2017, 6, hinsichtlich Nebenkosten sowie Mietzinsherabsetzungen wegen Mängeln.

<sup>408</sup> HEDIGER, plädoyer 6/2012, 82; so auch KORAK-DISLER, Rz. 168.

<sup>409</sup> PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 801; BRÜLLHARDT, mp 2017, 6.

## VI. Kostenregelung

### 1. Prozesskosten im Allgemeinen

Die Prozesskosten setzen sich gemäss Art. 95 Abs. 1 ZPO aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung zusammen. Für das (mietrechtliche) Schlichtungsverfahren sieht Art. 113 ZPO eine besondere Kostenregelung vor. Demnach werden laut Art. 113 Abs. 1 ZPO – vorbehalten bleibt die Entschädigung eines unentgeltlichen Rechtsbestands durch den Kanton – keine Parteientschädigungen gesprochen. Gemäss Art. 113 Abs. 2 lit. c ZPO werden bei Streitigkeiten aus der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen zudem keine Gerichtskosten gesprochen. 204

### 2. Prozesskosten beim Urteilsvorschlag und Entscheid

#### A. Lehrmeinungen

Unbestritten ist, dass keine Prozesskosten gesprochen werden, wenn eine Einigung erzielt wird oder die Schlichtungsbehörde infolge Nichteinigung eine Klagebewilligung erteilt. Bei der Kostenregelung im Falle eines Urteilsvorschlages und eines Entscheids gehen die Meinungen in der Lehre hingegen auseinander. Das Bundesgericht hat die Frage, ob diesfalls Parteientschädigungen gesprochen werden können, bisher offen gelassen.<sup>410</sup> Hinsichtlich der Auferlegung von Gerichtskosten hat es – soweit ersichtlich – noch keine Gelegenheit zur Klärung erhalten. 205

Laut RÜEGG/RÜEGG liegt immer noch eine Form vorprozessualer Streiterledigung vor, wenn die Schlichtungsbehörde den Parteien einen Urteilsvorschlag unterbreitet. Deshalb seien die Zuspreehung einer Parteientschädigung und die Auferlegung von Gerichtskosten ausgeschlossen. Bei einem Entscheid hingegen begeben sich die Schlichtungsbehörde ins richterliche Erkenntnisverfahren. In dieser Funktion könne sie nicht nur Parteientschädigungen, sondern ausserhalb des Anwendungsbereichs der Verfahren nach Art. 114 ZPO auch Gerichtskosten auferlegen.<sup>411</sup> 206

Nach Auffassung der überwiegenden Lehre ist eine Parteientschädigung zu sprechen, wenn die Schlichtungsbehörde über ihre Schlichtungstätigkeit hinausgeht und einen Urteilsvorschlag unterbreitet oder einen Entscheid fällt. 207

<sup>410</sup> BGE 141 III 20 E. 5.2 S. 21.

<sup>411</sup> Zum Ganzen BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 113 N 3a u. 4a; gl.M. SCHRANK, Schlichtungsverfahren, Rz. 260; wohl auch SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 37 Rz. 16 f., u. WEINGART/PENON, ZBJV 2015, 484 ff.

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

---

Gleiches gilt dieser Meinung nach in Bezug auf die Gerichtskosten.<sup>412</sup> Das Schlichtungsverfahren sei lediglich dann kostenlos, wenn auch das spätere Erkenntnisverfahren kostenlos wäre (Art. 114 ZPO oder Art. 116 ZPO). Dies ergebe sich aus dem Grund, dass die Schlichtungsbehörde beim Urteilsvorschlag und Entscheid richterliche Kompetenzen übernehme und somit als erstinstanzliches Gericht amte.<sup>413</sup>

- 208 In der mietrechtlichen Literatur wird vorwiegend eine andere Meinung vertreten. Nach Ansicht von ALVAREZ/PETER sind sowohl bei einem Urteilsvorschlag als auch bei einer Entscheidung keine Kosten aufzuerlegen. Sie begründen dies damit, dass gemäss Art. 274d Abs. 2 aOR das Verfahren vor der Schlichtungsbehörde grundsätzlich kostenlos gewesen sei und unabhängig vom Ausgang des Verfahrens weder Gerichtskosten erhoben noch Parteientschädigungen zugesprochen worden seien. Das Prinzip der Kostenlosigkeit habe auch dann gegolten, wenn die Schlichtungsbehörde eine Entscheidung zu fällen hatte. Eine Abweichung von diesem Grundsatz der Kostenlosigkeit ergebe sich weder aus der Stellung im Gesetz (Urteilsvorschlag und Entscheidung seien unter dem Titel Schlichtungsversuch geregelt) noch aus dem Wortlaut des Gesetzes.<sup>414</sup>

### B. Stellungnahme

- 209 Bei der Wohn- und Geschäftsraummieta sollte im Schlichtungsverfahren keine Gerichtskosten und Parteientschädigungen anfallen, unabhängig davon,

---

<sup>412</sup> Dike Komm. ZPO-RICKLI, Art. 210 N 22 f., u. Dike Komm. ZPO-RICKLI, Art. 212 N 18; Komm. ZPO-GASSER/RICKLI, Art. 113 N 2 ff.; INFANGER, PraxiZ 2012, 25; Kuko ZPO-GLOOR/UMBRICHT LUKAS, Art. 210 N 6, u. Kuko ZPO-GLOOR/UMBRICHT LUKAS, Art. 212 N 5; ZPO-MÖHLER, Art. 210 N 11, u. ZPO-MÖHLER, Art. 212 N 10; PESENTI, Rz. 692 ff.; Dike Komm. ZPO-URWYLER/GRÜTTER, Art. 113 N 4 f.; gl.M. wohl auch OGer BE ZK 13 186 vom 25. Juni 2013, E. 4, in dem ausgeführt wird, dass im Schlichtungsverfahren keine Parteientschädigungen gesprochen würden. Dieser Grundsatz sei (jedoch) nur sachgerecht, wenn das Schlichtungsverfahren mit einer *Einigung* oder einer *Klagebewilligung* abgeschlossen werde. Gehe die Schlichtungsbehörde über ihre Schlichtungstätigkeit hinaus und fälle eine Entscheidung gemäss Art. 212 ZPO, so fänden die üblichen Kosten- und Verteilungsregeln nach Art. 95 ff. ZPO Anwendung.

<sup>413</sup> Dike Komm. ZPO-RICKLI, Art. 210 N 22 f., u. Dike Komm. ZPO-RICKLI, Art. 212 N 18; ZPO-MÖHLER, Art. 210 N 11, sowie ZPO-MÖHLER, Art. 212 N 10.

<sup>414</sup> BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 207 N 13; im Ergebnis gl.M. BOHNET, SZPP 2010, 435; PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 415 ff., der als vermittelnde Ansicht vorschlägt, dass im Entscheidungsverfahren nach Art. 212 ZPO auf Antrag der Parteien eine Parteientschädigung gesprochen werden könne; KORAK-DISLER, Rz. 185 u. 187; wohl auch BISANG, MRA 2010, 106, u. THANEI, mp 2009, 191, nach denen nur bei mutwilliger Prozessführung gemäss Art. 115 ZPO die Auferlegung der Gerichtskosten möglich ist.

ob eine Einigung zustande kommt, eine Klagebewilligung erteilt, ein Urteilsvorschlag unterbreitet oder ein Entscheid gefällt wird.

Für eine generelle Kostenfreiheit des Schlichtungsverfahrens spricht zunächst die Entstehungsgeschichte der Prozesskostenregelung von Art. 113 ZPO und Art. 114 ZPO. So führt die Botschaft mit Hinweis auf das Mietrecht aus, dass das (damals) geltende Recht kostenlose Verfahren kennt und dieser Rechtszustand in den Entwurf übernommen wird. Die Kostenlosigkeit dieser Verfahren gelte als eine der wichtigsten Errungenschaften des sozialen Zivilprozesses. Damit könne (der damalige) Art. 274d Abs. 2 OR aufgehoben werden.<sup>415</sup> Gemäss dieser Norm war bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Wohn- und Geschäftsraummiete das Verfahren vor der Schlichtungsbehörde kostenlos, was auch für den altrechtlichen Entscheid galt. Eine Auferlegung der Kosten war nur bei mutwilliger Prozessführung möglich.<sup>416</sup> Es war demnach beabsichtigt, die in Art. 274d Abs. 2 aOR vorgesehene grundsätzliche Kostenlosigkeit des Schlichtungsverfahrens in die ZPO zu überführen. Weiter lassen sich den Beratungen in den Kommissionen sowie den parlamentarischen Debatten zu Art. 111 E-ZPO und Art. 112 E-ZPO (den heutigen Art. 113 ZPO und Art. 114 ZPO) keine Hinweise darauf entnehmen, dass die Prozesskosten beim Urteilsvorschlag oder Entscheid im Gegensatz zur Einigung aufzuerlegen wären.<sup>417</sup>

Auch aus systematischer und grammatikalischer Betrachtungsweise rechtfertigt sich eine generelle Kostenfreiheit der Schlichtung bei der Wohn- und Geschäftsraummiete (abgesehen von böser oder mutwilliger Prozessführung i.S.v. Art. 115 ZPO). Die Schlichtungsbehörde amtiert in den Fällen eines Urteilsvorschlags und Entscheids zwar als richterliche Instanz, das ändert jedoch nichts daran, dass diese im Schlichtungsverfahren ergehen.<sup>418</sup> Sowohl Urteilsvorschlag als auch Entscheid sind im 1. Titel (Schlichtungsversuch) des 2. Teils (Besondere Bestimmungen) der ZPO normiert. Art. 113 Abs. 1 und Abs. 2 lit. c ZPO beziehen sich auf das Schlichtungsverfahren generell, ohne zwischen den verschiedenen Erledigungsarten zu differenzieren.

Im Mietrecht ist zudem folgende Besonderheit hervorzuheben: In Anbetracht des Anwendungsbereichs bei mietrechtlichen Streitigkeiten ist die Wahrscheinlichkeit der Unterbreitung eines Urteilsvorschlags (zumindest theore-

<sup>415</sup> Botschaft ZPO, 7299 f.; KORAK-DISLER, Rz. 185, die mit Hinweis auf die Botschaft ausführt, dass das Prinzip der Kostenlosigkeit des Schlichtungsverfahrens bei mietrechtlichen Streitigkeiten (Art. 274d Abs. 2 aOR) bewusst in die Botschaft überführt wurde.

<sup>416</sup> Vgl. dazu etwa SVIT-Komm., Art. 274d N 14a ff., u. ZK-HIGI, Art. 274d N 96 ff.

<sup>417</sup> Vgl. Protokoll RK-StR vom 8./9. Januar 2007, 64 ff.; AmtlBull StR 2007, 513; Protokoll RK-NR vom 25./26. Oktober 2007, 4 ff.; AmtlBull NR 2008, 653 u. 942 f.

<sup>418</sup> So auch PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 416; in diesem Sinne BK ZPO-ALVAZ/PETER, Art. 207 N 13.

## 2. Teil: Das Schlichtungsverfahren

---

tisch) hoch. So ist bei sämtlichen Streitigkeiten aus der Wohn- und Geschäftsraummiete, welche die Hinterlegung von Mietzinsen, den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen, den Kündigungsschutz oder die Erstreckung des Mietverhältnisses zum Gegenstand haben, ein Urteilsvorschlag streitwertunabhängig möglich (Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO).<sup>419</sup> Bei den übrigen mietrechtlichen Streitigkeiten ist ein solcher bis zu einem Streitwert von Fr. 5 000.– zulässig (Art. 210 Abs. 1 lit. c ZPO). Könnten beim Urteilsvorschlag Prozesskosten auferlegt werden, so hätte dies zur Folge, dass bei zahlreichen mietrechtlichen Streitigkeiten eine Kostentragungsgefahr bestehen würde. Dies würde dem Schutzgedanken der Regelung von Art. 113 Abs. 1 und Abs. 2 lit. c ZPO entgegenlaufen und von der altrechtlichen Regelung in erheblichem Masse abweichen.

- 213 Hiermit hängt ein weiterer Punkt zusammen: Der Rechtsschutz hat im sozialen Privatrecht bürgernah und die Verfahren haben entsprechend einfach zu sein.<sup>420</sup> Eine unterschiedliche Behandlung der Erledigungsarten hinsichtlich der Kosten hätte zur Folge, dass die Parteien vor Gesuchseinreichung im Ungewissen wären, ob solche anfallen können.<sup>421</sup> Hierfür wären weitere Abklärungen nötig, was mit einem einfachen und bürgernahen Verfahren nicht vereinbar wäre. Diese Abklärungen würden letztlich wohl auch ins Leere laufen, da vor der Verhandlung weder für einen beigezogenen Anwalt, noch für die Rechtsberatungsstelle i.S.v. Art. 201 Abs. 2 ZPO ersichtlich ist, ob die Schlichtungsbehörde tatsächlich einen Urteilsvorschlag unterbreiten wird. Würde eine Kostentragungsgefahr bejaht werden, was bei mietrechtlichen Streitigkeiten wie dargelegt durchaus denkbar wäre, so könnte dies den Gesuchsteller von der Einleitung eines Schlichtungsverfahrens abhalten.

### 3. Parteientschädigung „für“ das Schlichtungsverfahren

- 214 Das Bundesgericht hat sich in BGE 141 III 20 anlässlich einer mietrechtlichen Streitigkeit mit der Frage auseinandergesetzt, ob der angerufene ordentliche Richter nach dem Scheitern der Schlichtung Parteientschädigungen für das Schlichtungsverfahren zusprechen kann. Es hat festgehalten, dass der Wortlaut von Art. 113 Abs. 1 ZPO die Zusprechung einer Parteientschädigung „im“ Schlichtungsverfahren verbiete. Dieser stehe der Zusprechung einer Parteientschädigung „für“ das Schlichtungsverfahren hingegen nicht

---

<sup>419</sup> Vgl. dazu auch die Ausführungen in Rz. 59.

<sup>420</sup> Siehe Botschaft ZPO, 7237 (Leitlinien des Vorentwurfs) u. 7328.

<sup>421</sup> In diesem Sinne BK ZPO-ALVAREZ/PETER, Art. 207 N 13 in fine, die ausführen, dass den Parteien von Anfang an klare Informationen betreffend Kostenlosigkeit vermittelt werden können, wenn auch beim Urteilsvorschlag und Entscheid keine Prozesskosten anfallen.

entgegen.<sup>422</sup> Nach Auffassung des Bundesgerichts bezweckt Art. 113 Abs. 1 ZPO, den Erfolg der Schlichtung zu begünstigen, da sich die Parteien mit der konkreten Streitigkeit befassen können, ohne über Kostenfolgen diskutieren zu müssen. Hingegen beeinflusse die Aussicht, auch zu einem späteren Zeitpunkt keine Parteientschädigung für das Schlichtungsverfahren zahlen zu müssen, die Chancen der Schlichtung nicht. Im Gegenteil könne das Risiko, dass im erstinstanzlichen Verfahren auch die Parteikosten für das Schlichtungsverfahren auferlegt werden, die Parteien sogar eher zu einem Vergleich vor der Schlichtungsbehörde bewegen.<sup>423</sup>

Nach Auffassung von BOHNET lässt sich der Wortlaut von Art. 113 Abs. 1 ZPO nur schwer mit dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung vereinbaren. So wirft er die Frage auf, warum die Parteikostenentschädigung anders zu behandeln sei als die Gerichtskosten gemäss Art. 113 Abs. 2 ZPO. Unabhängig davon, ob das Verfahren weitergezogen würde oder nicht, seien keine Gerichtskosten aufzuerlegen.<sup>424</sup> 215

Grund für die Zusprechung einer Parteientschädigung für das Schlichtungsverfahren dürften letztlich praktische Überlegungen sein. Dem Richter bleibt die schwierige Aufgabe erspart, die Parteikosten des Schlichtungsverfahrens von denjenigen des erstinstanzlichen Prozesses abzugrenzen.<sup>425</sup> Diese Kosten können nicht stets genau einem Verfahren zugeordnet werden. So ist eine Wiederverwertung eines ausgearbeiteten Schlichtungsgesuchs als Klage denkbar. Der Grossteil der Arbeit ist diesfalls im Schlichtungsverfahren entstanden, wäre jedoch im Gerichtsverfahren angefallen, wenn das Gesuch knapp ausgefallen wäre. Diese praktischen Überlegungen rechtfertigen den Entscheid in Anbetracht dessen, dass er meiner Ansicht nach mit dem Wortlaut von Art. 113 ZPO durchaus vereinbar ist. Zudem bleibt es trotz dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung dabei, dass – zumindest nach der hier vertretenen Ansicht – im eigentlichen Schlichtungsverfahren keine Parteientschädigungen gesprochen werden können.<sup>426</sup> 216

<sup>422</sup> BGE 141 III 20 E. 5.3 S. 21 f., in dem das Bundesgericht ausführt, dass „l'art. 113 CPC s'oppose à l'allocation de dépens «en» procédure de conciliation, et non pas «pour» la procédure de conciliation.“

<sup>423</sup> Zum Ganzen BGE 141 III 20 E. 5.3 S. 22; kritisch BIERI, Jusletter 2015, Rz. 6 ff.

<sup>424</sup> BOHNET, Newsletter mars 2015, Ziff. III.

<sup>425</sup> So auch BGE 141 III 20 E. 5.3 S. 22; kritisch zu diesem Argument BOHNET, Newsletter mars 2015, Ziff. III.

<sup>426</sup> Vgl. hierzu auch die Ausführungen in Rz. 209 ff.



### 3. Teil: Das vereinfachte Verfahren

#### I. Einleitung

Bei der Formulierung der ZPO war das Hauptanliegen des Gesetzgebers, Normen zur Verwirklichung eines „sozialen Zivilprozesses“ zu schaffen.<sup>427</sup> Das vereinfachte Verfahren ist gemäss Botschaft ökonomisch und sozial zugleich und soll bei jenen Streitigkeiten zum Zuge kommen, für die der ordentliche Prozess zu schwerfällig wäre. Diese besonderen Eigenschaften sollen vor allem der sozial schwächeren Partei zugutekommen und das Verfahren laienfreundlich machen. Das vereinfachte Verfahren ist Nachfolger des sogenannten einfachen und raschen Verfahrens, das der Bund den Kantonen etwa im Bereich des Mietrechts vorschrieb (Art. 274d Abs. 1 aOR).<sup>428</sup> 217

#### II. Anwendungsbereich

##### 1. Art. 243 ZPO im Gesetzgebungsprozess

Der heutige Art. 243 ZPO, insbesondere Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO, hat eine bewegte Entwicklungsgeschichte durchlaufen. So wurde der Geltungsbereich mehrfach verändert. Vom Vorentwurf zum Entwurf wurde dieser stark eingegrenzt, vom Entwurf zur heutigen Fassung hingegen wieder ausgeweitet. 218

Vor Erlass der ZPO gelangte bei der Wohn- und Geschäftsraummiete das einfache und rasche Verfahren gemäss Art. 274d Abs. 1 aOR streitwertunabhängig zur Anwendung.<sup>429</sup> In Anlehnung daran sah Art. 237 lit. a VE-ZPO das vereinfachte Verfahren bei sämtlichen Streitigkeiten aus der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen ohne Rücksicht auf den Streitwert vor. Dieser weite Geltungsbereich wurde im bundesrätlichen Entwurf eingegrenzt. Laut Art. 239 Abs. 2 lit. c E-ZPO galt das vereinfachte Verfahren streitwertunabhängig bei Streitigkeiten aus der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen, sofern der *Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen* oder der *Kündigungs-* 219

<sup>427</sup> Botschaft ZPO, 7345 f.; ZPO Komm.-HAUCK, Vorbemerkungen zum Art. 243 N 1.

<sup>428</sup> Botschaft ZPO, 7345 f.; siehe BERTI, § 7 Rz. 250.

<sup>429</sup> Vgl. zum altrechtlichen einfachen und raschen Verfahren i.S.v. Art. 274d Abs. 1 aOR etwa SVIT-Komm., Art. 274d N 3a ff., sowie ZK-HRGI, Art. 274d N 16 ff.

### 3. Teil: Das vereinfachte Verfahren

---

*schutz* betroffen war. Art. 239 Abs. 1 E-ZPO stimmte hingegen mit dem heutigen Art. 243 Abs. 1 ZPO überein.<sup>430</sup>

- 220 Interessanterweise war der Geltungsbereich von Art. 239 Abs. 2 lit. c E-ZPO nach Konzeption des Entwurfs nicht deckungsgleich mit demjenigen des Urteilsvorschlags nach Art. 207 Abs. 1 lit. b E-ZPO. Im Gegensatz dazu stimmen im geltenden Recht die Anwendungsbereiche von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO und Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO überein.<sup>431</sup> So konnte die Schlichtungsbehörde gemäss Art. 207 Abs. 1 lit. b E-ZPO einen Urteilsvorschlag ohne Rücksicht auf den Streitwert bei Streitigkeiten aus der Wohn- und Geschäftsraummiete unterbreiten, sofern die *Hinterlegung von Mietzinsen*, die *Anfechtung einer Kündigung* oder die *Erstreckung* des Mietverhältnisses betroffen war.<sup>432</sup>
- 221 Während bei Angelegenheiten im Zusammenhang mit der Hinterlegung des Mietzinses somit streitwertunabhängig ein Urteilsvorschlag unterbreitet werden konnte, griff das vereinfachte Verfahren in solchen Fällen nur bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000.–. Beim Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen gelangte wie bei der heutigen Fassung das vereinfachte Verfahren streitwertunabhängig zur Anwendung. Ein Urteilsvorschlag konnte diesfalls lediglich bis zu einem Streitwert von Fr. 5 000.– unterbreitet werden (Art. 207 Abs. 1 lit. c E-ZPO). Ebenfalls fällt auf, dass in Art. 207 Abs. 1 lit. b E-ZPO von der Anfechtung einer Kündigung die Rede war, bei Art. 239 Abs. 2 lit. c E-ZPO hingegen wie heute von Kündigungsschutz. Schliesslich führte Art. 239 Abs. 2 lit. c E-ZPO im Gegensatz zu Art. 207 Abs. 1 lit. b E-ZPO und dem heutigen Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO die Erstreckung nicht auf.<sup>433</sup>

---

<sup>430</sup> Zuvor sah Art. 237 lit. g VE-ZPO vor, dass die übrigen vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 20 000.– dem vereinfachten Verfahren unterlagen. Hierunter fielen Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Miete unbeweglicher Sachen, die keine Wohn- oder Geschäftsräume darstellten.

<sup>431</sup> Vgl. dazu Rz. 189.

<sup>432</sup> Vgl. die Ausführungen in Rz. 185 ff. zu Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO im Gesetzgebungsprozess.

<sup>433</sup> Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats beantragte die Ergänzung von Art. 207 Abs. 1 lit. b E-ZPO um den „Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen“ und die Änderung von „Anfechtung einer Kündigung“ in „Kündigungsschutz“ sowie die Ergänzung von Art. 239 Abs. 2 lit. c E-ZPO um die „Hinterlegung von Mietzinsen“ und die „Erstreckung“, vgl. dazu Protokoll RK-NR vom 3./4. April 2008, 1 ff. Diese Anträge basierten auf einem Vorschlag des Bundesamts für Justiz zum mietrechtlichen Verfahren, vgl. dazu den Protokoll RK-NR vom 14./15. Februar 2008 u. Protokoll RK-NR vom 3./4. April 2008 beigelegten Vorschlag; zu den parlamentarischen Debatten AmtlBull NR 2008, 956 (Art. 207 Abs. 1 lit. b E-ZPO) u. 967 (Art. 239 Abs. 2 lit. c E-ZPO), sowie AmtlBull StR 2008, 728 (Art. 207 Abs. 1 lit. b E-ZPO) u. 729 (Art. 239 Abs. 2 lit. c E-ZPO).

## 2. Geltungsbereich von Art. 243 Abs. 1 ZPO

Im Mietrecht gilt zu unterscheiden, ob es sich um eine Angelegenheit i.S.v. Art. 243 Abs. 1 ZPO oder Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO handelt. Liegt keine Streitigkeit aus dem Kernbereich des Mietrechts vor (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO), so gelangt das vereinfachte Verfahren nur bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000.– zur Anwendung (Art. 243 Abs. 1 ZPO). Streitwertabhängig i.S.v. Art. 243 Abs. 1 ZPO sind insbesondere Streitigkeiten im Zusammenhang mit einer Forderung auf Zahlung, Mängeln (Art. 259a ff. OR) ausserhalb eines Hinterlegungsverfahrens sowie Nebenkosten.<sup>434</sup> Zu denken ist auch an eine Schadenersatzklage des Vermieters wegen Schäden oder eine Entschädigungsforderung des Mieters aufgrund eines herbeigeführten Mehrwerts des Mietobjekts (Art. 260a Abs. 3 OR). Weist eine dieser Angelegenheiten einen Streitwert von beispielsweise Fr. 25 000.– auf, so greift das vereinfachte Verfahren gestützt auf Art. 243 Abs. 1 ZPO und nicht Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO. Das ordentliche Verfahren gelangt hingegen zur Anwendung, wenn der Streitwert Fr. 30 000.– übersteigt. 222

## 3. Geltungsbereich von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO

### A. Kernbereich des Mietrechts

Im Kernbereich des Mietrechts gelangt das vereinfachte Verfahren gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO unabhängig von der Höhe des Streitwerts zur Anwendung. Davon erfasst werden Streitigkeiten aus der Wohn- und Geschäftsräummiere, welche die *Hinterlegung von Mietzinsen*, den *Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen*, den *Kündigungsschutz* oder die *Erstreckung* des Mietverhältnisses zum Gegenstand haben.<sup>435</sup> Es handelt sich dabei um besonders sensible Materien des sozialen Privatrechts.<sup>436</sup> 223

Wie im Rahmen der Abhandlung des Schlichtungsverfahrens dargelegt, fällt eine Vielzahl mietrechtlicher Streitigkeiten unter den Kernbereich des Mietrechts.<sup>437</sup> Das erstinstanzliche Gericht kann angerufen werden, wenn eine 224

<sup>434</sup> Vgl. Medienmitteilung BWO zweites Halbjahr 2017, Grafiken 3 u. 5; Medienmitteilung BWO erstes Halbjahr 2017, Grafiken 3 u. 5; Medienmitteilung BWO zweites Halbjahr 2016, Grafiken 3 u. 5; Medienmitteilung BWO erstes Halbjahr 2016, Grafiken 3 u. 5.

<sup>435</sup> Vgl. zum Begriff „Wohn- und Geschäftsräume“ die Ausführungen in Rz. 96 ff., insb. Rz. 99 ff.

<sup>436</sup> Botschaft ZPO, 7346.

<sup>437</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen in Rz. 59 zum Anteil der Streitigkeiten, die unter Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO fallen.

### 3. Teil: Das vereinfachte Verfahren

---

Klagebewilligung ausgestellt wird. Dies ist dann der Fall, wenn die Schlichtungsbehörde die Nichteinigung feststellt oder ein Urteilsvorschlag abgelehnt wird. In über 47 % der Streitigkeiten, bei denen eine Klagebewilligung erteilt wird, ist der Kernbereich i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO tangiert. Dieser Prozentsatz ist wie folgt zu präzisieren: Erfasst werden Streitigkeiten im Zusammenhang mit Anfechtungen des Anfangsmietzinses, Mietzinserhöhungen, Mietzinssenkungen, ordentlichen und ausserordentlichen Vertragskündigungen sowie Erstreckungen. Nicht mit inbegriffen sind hingegen Streitigkeiten im Zusammenhang mit Mängelrechten, die im Rahmen eines Hinterlegungsverfahrens geltend gemacht werden. Dies aus dem Grund, dass aus den Statistiken des Bundesamts für Wohnungswesen nicht hervorgeht, ob die Mängelstreitigkeit im Hinterlegungsverfahren erfolgte oder nicht. Zwar wird von einer Klagebewilligung nicht stets Gebrauch gemacht, nichtsdestotrotz weist dieser Prozentsatz darauf hin, dass ein grosser Teil der erstinstanzlichen Streitigkeiten den Kernbereich des Mietrechts betrifft.<sup>438</sup>

- 225 Der Geltungsbereich von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO ist wie dargelegt deckungsgleich mit demjenigen des Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO. Konnte also die Schlichtungsbehörde ohne Rücksicht auf den Streitwert einen Urteilsvorschlag unterbreiten, so gelangt im anschliessenden erstinstanzlichen Prozess das vereinfachte Verfahren streitwertunabhängig zur Anwendung.<sup>439</sup> Insofern haben die folgenden Ausführungen zu Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO auch Geltung für Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO.

## **B. Kündigungsschutz**

### *a. Vorbemerkungen*

- 226 Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Kündigungsschutz zählen wie erwähnt zum Kernbereich des Mietrechts gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO. Nach Erlass der ZPO war umstritten und zunächst höchstrichterlich nicht geklärt, wie weit der Begriff „Kündigungsschutz“ im Sinne dieser Norm reicht. Die Kündigung eines Wohn- oder Geschäftsraummietvertrags kann aus unterschiedlichen Gründen problembeladen sein. Sie kann nichtig sein,

---

<sup>438</sup> Siehe zum Ganzen Medienmitteilung BWO zweites Halbjahr 2017, Tabelle 2 (Detailangaben zu den erledigten Fällen in den letzten drei Semestern [zweites Semester 2016 sowie erstes und zweites Semester 2017]); siehe auch FRESE/KOBEL, mp 2016, 94, nach denen Verfahren im Kernbereich des Mietrechts einen Grossteil sämtlicher Mietrechtsstreitigkeiten ausmachen.

<sup>439</sup> Vgl. dazu die Ausführungen in Rz. 189; BGE 142 III 402 E. 2.5.3 S. 410; BGE 142 III 690 E. 3.1 S. 693; BGE 139 III 457 E. 5.3 S. 466; BGer 4A\_547/2016 vom 5. Dezember 2016, E. 2.1.

weil der Vermieter beispielsweise nicht mit einem vom Kanton genehmigten amtlichen Formular gekündigt hat (Art. 266l Abs. 2 OR i.V.m. Art. 266o OR), oder unwirksam wegen Fehlens einer Kündigungsvoraussetzung (etwa wenn bei einer Zahlungsverzugskündigung gemäss Art. 257d OR gar kein Zahlungsverzug vorlag). Eine Kündigung kann schliesslich auch treuwidrig und damit anfechtbar gemäss Art. 271 f. OR sein. Sowohl die Nichtigkeit als auch die Unwirksamkeit können entweder mit (nicht fristgebundener) negativer Feststellungsklage oder einwendungsweise geltend gemacht werden, die Treuwidrigkeit hingegen nur mit fristgebundener Gestaltungs- (Art. 273 Abs. 1 OR).<sup>440</sup>

*b. Lehrmeinungen*

In der Lehre war umstritten, ob der Begriff „Kündigungsschutz“ nur die Anfechtbarkeit der Kündigung i.S.v. Art. 271 f. OR erfasst oder auch die Geltendmachung der Nichtigkeit oder Unwirksamkeit einschliesst. Während ein Teil der Lehre diesen weit auffasste, legte der andere Teil dessen Geltungsbereich gestützt auf eine gesetzessystematische Herangehensweise restriktiv aus. 227

So begrenzten LCHAT und BOHNET den Kündigungsschutz i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO auf die blosse Kündigungsanfechtung gemäss Art. 271 f. OR. Als Begründung führten sie aus, der Begriff „Kündigungsschutz“ von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO entspreche der Überschrift des dritten Abschnitts des achten Titels des OR (Art. 271 OR – Art. 273c OR) und beziehe sich daher lediglich auf die in diesem Abschnitt geregelte Kündigungsanfechtung. Allerdings anerkannten sie, dass die Nichtigkeit und Unwirksamkeit vorfrageweise im Rahmen eines Kündigungsanfechtungsverfahrens geprüft würden. Hingegen liege kein Fall des Kündigungsschutzes vor, wenn bloss die Feststellung der Nichtigkeit oder Unwirksamkeit beantragt werde, ohne dass auch eine Anfechtung wegen Missbräuchlichkeit erfolge.<sup>441</sup> 228

Ein anderer Teil der Lehre, insbesondere HOFMANN/LÜSCHER und HOHL, ging hingegen von einem weiten Verständnis des Begriffs aus. Ihrer Ansicht nach erfasse dieser nicht nur die Kündigungsanfechtung i.S.v. Art. 271 f. OR, 229

<sup>440</sup> Zum Ganzen KOLLER, Jusletter 2017, Rz. 4 ff.; KOLLER/STRIK, ZBJV 2018, 254 f.

<sup>441</sup> Zum Ganzen LCHAT, Procédure, 133 insb. Fn. 37 u. 153 insb. Fn. 123; BOHNET, 16<sup>e</sup> Séminaire, 34 Rz. 112 u. 40 Rz. 141; siehe auch GIAVARINI, MRA 2017, 91, der ausführt, dass man sich rechtsdogmatisch durchaus die Frage stellen könne, ob der Begriff Kündigungsschutz in der ZPO nicht gleich verstanden werden sollte wie der gleichlautende Begriff im dritten Abschnitt des achten Titels des OR.

### 3. Teil: Das vereinfachte Verfahren

---

sondern jeden Fall der Bestreitung der Gültigkeit der Kündigung, sei es wegen Missbräuchlichkeit, sei es wegen Nichtigkeit oder Unwirksamkeit.<sup>442</sup>

#### c. *Rechtsprechung des Bundesgerichts*

- 230 Das Bundesgericht hatte mehrfach Gelegenheit, sich mit dem Kündigungsschutz gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO auseinanderzusetzen. Dabei war die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Beginn nicht einheitlich. So wurde der Begriff in einem Entscheid aus dem Jahr 2011 zunächst weit verstanden.<sup>443</sup> Im Folgejahr wurde dessen Tragweite hingegen wieder offen gelassen.<sup>444</sup>
- 231 Einen ersten Schritt für die weite Auslegung des Begriffs „Kündigungsschutz“ unternahm das Bundesgericht in BGE 139 III 457, in dem es festhielt, dass auch dann ein Fall des Kündigungsschutzes i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO vorliege, wenn im Hauptbegehren die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit einer Kündigung beantragt und die Kündigung nur eventualiter angefochten werde.<sup>445</sup> Begründet hat das Bundesgericht dies mit seiner zu Art. 273 Abs. 4 aOR ergangenen Rechtsprechung, wonach jedenfalls vorfrageweise die Nichtigkeit bzw. Ungültigkeit im Rahmen eines Anfechtungs- oder Erstreckungsbegehrens zu prüfen gewesen sei.<sup>446</sup> In diesem Entscheid liess es die Frage noch ungeklärt, ob auch dann ein Fall des Kündigungsschutzes vorliege, wenn nur die Feststellung der Nichtigkeit oder Unwirksamkeit der Kündigung beantragt werde.<sup>447</sup>
- 232 Diese offen gelassene Frage griff das Bundesgericht in BGE 142 III 402 auf. Es führte aus, das vereinfachte Verfahren und die soziale Untersuchungsmaxime dienten dem Mieterschutz. In Anbetracht dieses Umstands rechtfertige es sich nicht, Streitigkeiten betreffend die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit einer Kündigung unterschiedlich von denjenigen zu behandeln, die sich auf die Aufhebung einer Kündigung wegen Missbräuchlichkeit beziehen. Der

---

<sup>442</sup> HOFMANN/LÜSCHER, 222; HOHL, § 22 Rz. 1329; ansatzweise wohl auch MAAG, MRA 1/2014, 6.

<sup>443</sup> BGer 4A\_451/2011 vom 29. November 2011, E. 2.

<sup>444</sup> BGer 4A\_87/2012 vom 10. April 2012, E. 3.2.3; KOLLER, ZBJV 11/2013, 891 ff.; vgl. auch BGE 139 III 457 E. 5.2 S. 465, in dem darauf hingewiesen wird, dass das Bundesgericht in BGer 4A\_451/2011 den Begriff "Kündigungsschutz" ohne weitere Begründung weit verstanden hatte, vgl. hierzu auch die diesbezügliche Anmerkung in BGE 142 III 402 E. 2.3 S. 407.

<sup>445</sup> BGE 139 III 457 E. 5.3 S. 466.

<sup>446</sup> BGE 139 III 457 E. 5.2 f. S. 465 f. m.H.a. BGE 132 III 65 E. 3.2 S. 68 f. (Anfechtungsbegehren) und BGer 4C.135/2001 vom 4. September 2001, E. 1b (Erstreckungsbegehren).

<sup>447</sup> BGE 139 III 457 E. 5.3 S. 466; ebenfalls noch offen gelassen in BGer 4A\_383/2015 vom 7. Januar 2016, E. 2.4.

Mieter trage immer das gleiche Risiko, und zwar unabhängig davon, ob sich der Streit auf die Nichtigkeit, die Unwirksamkeit oder den Kündigungsschutz im engen Sinne beziehe. Er riskiere, das Mietobjekt verlassen zu müssen, wenn der Richter zum Schluss komme, dass der Mietvertrag gültig beendet worden sei.<sup>448</sup> Nach dem Gesagten liegt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung somit auch dann ein Fall des Kündigungsschutzes i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO vor, wenn nur die Feststellung der Nichtigkeit oder Unwirksamkeit einer Kündigung beantragt wird. Dies gilt unabhängig davon, ob eine Anfechtung wegen Missbräuchlichkeit erfolgt. In diesem Entscheid hat das Bundesgericht weiter festgehalten, dass die Ausweisung – ausserhalb des Art. 257 ZPO – streitwertunabhängig dem vereinfachten Verfahren zu unterstellen sei, wenn der Richter über die Gültigkeit einer Kündigung befinden muss.<sup>449</sup>

Im kurz darauf ergangenen BGE 142 III 690 hatte sich das Bundesgericht mit der Frage zu befassen, ob ein Urteilsvorschlag zulässig ist, wenn die Umqualifizierung eines befristeten in ein unbefristetes Mietverhältnis im Streit liegt.<sup>450</sup> Es hat Bezug nehmend auf Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO erneut festgehalten, dass der Begriff „Kündigungsschutz“ weit zu verstehen sei. Diese Bestimmung diene dem Schutz des Mieters, der vom vereinfachten Verfahren und der sozialen Untersuchungsmaxime profitieren solle. Die Streitigkeit betreffe den Kündigungsschutz, wenn sich das Gericht über das Ende eines Mietverhältnisses aussprechen müsse – sei dies etwa aufgrund einer ordentlichen oder ausserordentlichen Kündigung, sei es wegen des Nichtbestehens eines Vertragsverhältnisses oder dem Ablauf eines befristeten Mietverhältnisses. Es spiele keine Rolle – so das Bundesgericht weiter – ob der Mieter den Richter wegen Nichtigkeit, Unwirksamkeit oder Aufhebung im Haupt- und/oder Eventualbegehren respektive wegen einer Erstreckung des Mietverhältnisses anrufe, oder weil der Vermieter klage- oder widerklageweise die Ausweisung oder die Feststellung der Beendigung des Mietverhältnisses verlange. Es rechtfertige sich im Hinblick auf das Schutzbedürfnis des Mieters nicht, die Frage des Endes eines befristeten Mietverhältnisses unterschiedlich zu behandeln. Die Konsequenzen für einen solchen Mieter könnten gleich schwer wiegen wie diejenigen für den Mieter, der bei einem unbefristeten Mietverhältnis eine Kündigung erhalte. Das Bundesgericht sprach der

233

<sup>448</sup> BGE 142 III 402 E. 2.5.4 S. 411.

<sup>449</sup> BGE 142 III 402 E. 2.5.4 S. 412; bestätigt in BGE 142 III 515 E. 2.2.4 S. 517.

<sup>450</sup> Wie dargelegt ist der Geltungsbereich von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO deckungsgleich mit demjenigen von Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO. Insofern gelten die Ausführungen zum Kündigungsschutz im Rahmen des Urteilsvorschlags auch für Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO, vgl. dazu Rz. 189 u. 225.

### 3. Teil: Das vereinfachte Verfahren

---

Schlichtungsbehörde deshalb die Kompetenz zur Unterbreitung eines Urteilsvorschlags zu.<sup>451</sup>

- 234 In BGer 4A\_300/2016 hat das Bundesgericht die Entwicklung seiner Rechtsprechung zum Kündigungsschutz rekapituliert. So hat es Bezug nehmend auf BGE 142 III 402 und BGE 142 III 515 ausgeführt, das vereinfachte Verfahren sei anwendbar, soweit in einem Ausweisungsverfahren – ausserhalb von Art. 257 ZPO – das Gericht die Gültigkeit einer Kündigung zu beurteilen habe.<sup>452</sup> Weiter hat es bezüglich BGE 142 III 690 festgehalten, dass allgemein dann ein Fall des Kündigungsschutzes vorliege, wenn das Gericht über die Beendigung eines Mietvertrags befinden müsse – sei es zufolge einer ordentlichen oder ausserordentlichen Kündigung, sei es aufgrund des Ablaufs der vereinbarten Dauer des Mietverhältnisses.<sup>453</sup> Aufgrund dieser Rechtsprechung stehe – so das Bundesgericht weiter – nun fest, dass sämtliche mietrechtlichen Ausweisungsklagen unter den Begriff „Kündigungsschutz“ i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO und somit in den Anwendungsbereich des vereinfachten Verfahrens fielen. Die Zuständigkeit des Handelsgerichts sei demnach einzig gegeben, wenn die Ausweisung im Summarverfahren nach Art. 257 ZPO verlangt werde.<sup>454</sup> Mit dieser Rechtsprechung nimmt das Bundesgericht hin, dass die Zuständigkeiten für die gleiche Materie aufgeteilt sind. Die Mietausweisung (inklusive der vorfrageweisen Beurteilung der Gültigkeit einer Kündigung) wird bei Verfahren nach Art. 257 ZPO bei gegebenen Voraussetzungen (Art. 6 Abs. 2 ZPO) vom Handelsgericht beurteilt, in allen übrigen Fällen von den ordentlichen Gerichten (bzw. Mietgerichten).<sup>455</sup>

#### d. *Stellungnahme*

- 235 Die weite Auslegung des Begriffs „Kündigungsschutz“ i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO und Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO ist sachgerecht. Wie im Folgenden darzulegen sein wird, widerspricht sie nicht der Systematik des OR, vermeidet Ungleichbehandlungen von Mietern und kommt zugleich auch den Vermietern zugute. Zudem wird die Kompetenz der Schlichtungsstellen zur Un-

---

<sup>451</sup> Zum Ganzen BGE 142 III 690 E. 3.1 S. 693 f.; BGer 4A\_340/2017 vom 24. Juli 2017, E. 2.2; BGer 4A\_359/2017 vom 16. Mai 2018, E. 4.3.

<sup>452</sup> BGer 4A\_300/2016 vom 5. Oktober 2016, E. 2.3, m.H.a. BGE 142 III 402 E. 2.5 S. 408 ff. u. BGE 142 III 515 E. 2.2.4 S. 517 f.

<sup>453</sup> BGer 4A\_300/2016 vom 5. Oktober 2016, E. 2.3, m.H.a. BGE 142 III 690 E. 3.1 S. 693 f.; erneut bestätigt in BGer 4A\_547/2016 vom 5. Dezember 2016, E. 2.1, BGer 4A\_340/2017 vom 24. Juli 2017, E. 2.2, sowie BGer 4A\_359/2017 vom 16. Mai 2018, E. 4.3.

<sup>454</sup> BGer 4A\_300/2016 vom 5. Oktober 2016, E. 2.3.

<sup>455</sup> BGer 4A\_300/2016 vom 5. Oktober 2016, E. 2.3, m.H.a. BGE 142 III 515 E. 2.2.4 S. 518.

terbreitung von Urteilsvorschlägen erweitert und den Behörden sowie Parteien zumindest in prozessualer Hinsicht das Mietrecht vereinfacht.

Aus gesetzessystematischem Blickwinkel kann der teilweise vertretenen Auffassung, wonach der Begriff „Kündigungsschutz“ von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO demjenigen des dritten Abschnitts des achten Titels des OR (Art. 271 ff. OR) entspricht,<sup>456</sup> entgegnet werden, dass nicht sämtliche Kündigungsschutzbestimmungen darin enthalten sind. Es finden sich auch zahlreiche Normen im ersten Abschnitt („Allgemeine Bestimmungen“), die im Zusammenhang mit dem Mieterschutz stehen. Zu denken ist dabei etwa an die Kündigungsfristen gemäss Art. 266c f. OR sowie die Formvorschriften. So hat die Vermieterschaft bei der Kündigung ein vom Kanton genehmigtes Formular zu verwenden (Art. 266l Abs. 2 OR). Die Nichteinhaltung dieser qualifizierten Schriftform hat laut Art. 266o OR die Nichtigkeit der Kündigung zur Folge. Weiter schreibt Art. 257d OR dem Vermieter vor, dass er bei Zahlungsrückstand des Wohn- und Geschäftsraummieters eine mindestens dreissigtägige Zahlungsfrist einräumen und die Kündigung für den Fall des unbenutzten Ablaufs der Frist androhen muss. Erst nach Einhaltung dieser Formalien kann er dem Wohn- und Geschäftsraummieter mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen. Zu denken ist auch an Art. 257f Abs. 3 OR. Demnach muss der Vermieter den Mieter bei einer Verletzung der Pflicht zu Sorge oder Rücksichtnahme zunächst schriftlich mahnen. Erst im Wiederholungsfall kann er eine Kündigung aussprechen, wobei er bei der Wohn- und Geschäftsraummiets eine Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende eines Monats zu wahren hat (sofern es sich nicht um eine vorsätzliche schwere Schadenszuführung handelt). Nach dem Gesagten kann der Kündigungsschutz nicht einzig mit der Kündigungsanfechtung i.S.v. Art. 271 f. OR in Verbindung gebracht werden.<sup>457</sup>

Aus gesetzessystematischer Betrachtungsweise kann weiter argumentiert werden, dass im dritten Abschnitt des achten Titels des OR (Art. 271 OR – Art. 273c OR) neben der Kündigungsanfechtung auch die Erstreckung (Art. 272 ff. OR) normiert ist. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO fasst die Erstreckung nicht unter den Kündigungsschutz, sondern hält die beiden Begriffe auseinander. Die selbstständige Aufführung der Erstreckung würde sich erübrigen, wenn mit Kündigungsschutz i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO derjenige des dritten Abschnitts des achten Titels des OR gemeint wäre.

<sup>456</sup> Vgl. zu den entsprechenden Lehrmeinungen von LACHAT und BOHNET Rz. 228.

<sup>457</sup> So auch KORAK-DISLER, Rz. 212, u. PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 894, m.H.a. Art. 257d OR, Art. 257f Abs. 3 OR, Art. 266c OR, Art. 266d OR, Art. 266l OR u. Art. 266o OR; ZPO Komm.-HAUCK, Art. 243 N 20, m.H.a. Art. 257d OR, Art. 257f Abs. 3 OR, Art. 266c OR u. Art. 266d OR; KOLLER/STRIK, ZBJV 2018, 264 f.

### 3. Teil: Das vereinfachte Verfahren

---

- 238 Ein Blick auf Mietzinsstreitigkeiten zeigt zudem, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch dann ein Fall des Schutzes vor missbräuchlichen Mietzinsen i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO vorliegt, wenn die Feststellung der Nichtigkeit einer Mietzinserhöhung i.S.v. Art. 269d Abs. 2 lit. b OR beantragt wird. Dies gilt unabhängig davon, ob eine Anfechtung wegen Missbräuchlichkeit erfolgt.<sup>458</sup> Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kündigungsschutz führt somit zu einer Angleichung an die Streitigkeiten im Zusammenhang mit einer Mietzinserhöhung.
- 239 Die weite Auslegung des Begriffs „Kündigungsschutz“ rechtfertigt sich auch in Anbetracht des Schutzbedürfnisses der Mieterschaft. Zahlreiche Bestimmungen des vereinfachten Verfahrens sind im Ergebnis auf den Mieterschutz ausgerichtet. So ist im Gegensatz zum ordentlichen Verfahren eine vereinfachte Klageeinreichung vorgesehen, die zahlreiche Erleichterungen<sup>459</sup> für die klagende Partei vorsieht (Art. 244 ZPO). Zudem gelangt die soziale Untersuchungsmaxime zur Anwendung (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO), was auch zur Folge hat, dass neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen sind (Art. 229 Abs. 3 ZPO).<sup>460</sup> Die Auffassung, nach der kein Fall des Kündigungsschutzes vorliegen soll, wenn nur die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit geltend gemacht werden, würde zu einer Ungleichbehandlung der Mieter führen.<sup>461</sup> Der Mieter, der nur auf Feststellung der Nichtigkeit oder Unwirksamkeit klagen würde (z.B. weil die dreissigtägige Verwirkungsfrist von Art. 273 Abs. 1 OR abgelaufen ist), müsste bei einem Streitwert von über Fr. 30 000.– das ordentliche Verfahren durchlaufen. Dies im Gegensatz zu demjenigen Mieter, der (auch) die Aufhebung der Kündigung wegen Missbräuchlichkeit verlangt. In beiden Fällen sind die Mieter jedoch gleichermaßen schutzbedürftig, denn dringen sie mit ihren Rechtsbegehren nicht durch, so droht ihnen, das Mietobjekt verlassen zu müssen. Eine Differenzierung anhand der gestellten Rechtsbegehren wäre somit nicht sachgerecht.<sup>462</sup>

---

<sup>458</sup> BGer 4A\_1/2014 vom 26. März 2014, E. 2.3, in dem das Bundesgericht ausgeführt hat, dass sich dies mit Blick auf die Gesetzessystematik (des OR) ohne Weiteres bejahen lasse; ZPO Komm.-HAUCK, Art. 243 N 20; vgl. dazu auch die Ausführungen in Rz. 251.

<sup>459</sup> Eine Begründung der Klage nicht erforderlich (Art. 244 Abs. 2 ZPO), die Klage kann auch mündlich eingereicht werden (Art. 244 Abs. 1 ZPO), nur wenn nötig ist der Streitwert anzugeben (Art. 244 Abs. 1 lit. d ZPO) und die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen ist nicht erforderlich (Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO e contrario).

<sup>460</sup> KOLLER/STRIK, ZBJV 2018, 265.

<sup>461</sup> So auch das Bundesgericht in BGE 142 III 402 E. 2.5.4 S. 411; KOLLER/STRIK, ZBJV 2018, 265.

<sup>462</sup> KOLLER/STRIK, ZBJV 2018, 265; KORAK-DISLER, Rz. 212, die ausführt, dass es sich bei nichtigen oder unwirksamen Kündigungen um besonders schutzbedürftige Mate-

Die Anwendung des vereinfachten Verfahrens kommt auch den Vermietern zugute. So profitieren sie ebenfalls von den vereinfachten Formalien, wenn ihnen die Klagelast obliegt. Dem Vermieter kommt zudem insbesondere die kürzere Verfahrensdauer entgegen (Art. 246 ZPO). Lange Gerichtsverfahren sind nicht im Interesse der Vermieterschaft, denn dies hat zur Folge, dass sie aufgrund der kalten Erstreckung das mit der Kündigung bezweckte Ziel nicht auf rascherem Wege erreichen kann. Darüber hinaus wird die Vertretungsmöglichkeit durch die Liegenschaftsverwaltung im Schlichtungsverfahren erweitert. Diese Möglichkeit besteht aufgrund des Verweises in Art. 204 Abs. 3 lit. c ZPO auf Art. 243 ZPO nur dann, wenn in einem allfälligen erstinstanzlichen Prozess das vereinfachte Verfahren greifen würde. Je breiter der Anwendungsbereich von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO somit ist, desto weiter reicht die Vertretungsbefugnis der Liegenschaftsverwaltung im Schlichtungsverfahren.<sup>463</sup> 240

Die weite Auslegung des Begriffs „Kündigungsschutz“ wirkt sich auch auf die Kompetenz der Schlichtungsbehörde zur Unterbreitung eines Urteilsvorschlages aus. So wird dessen Anwendungsbereich durch die weite Auslegung erweitert. Mit einer durchschnittlichen Annahmquote von rund zwei Dritteln<sup>464</sup> hat sich der Urteilsvorschlag als zielführendes und erfolgreiches Instrument bewährt. Die Parteien profitieren insofern, dass ihnen – wenn ein Urteilsvorschlag unterbreitet wird – der Gang vor Gericht häufig erspart bleibt. Dadurch wird auch dem durch die Schlichtung verfolgten Zweck Rechnung getragen, eine Entlastung der Gerichte herbeizuführen.<sup>465</sup> 241

Schliesslich hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Vorteil, dass sich die Schlichtungsbehörden, Gerichte und Parteien nicht mit komplizierten Abgrenzungsfragen auseinandersetzen müssen. Es muss nicht untersucht werden, ob die Beendigung eines Mietvertrags aufgrund einer ordentlichen oder ausserordentlichen Kündigung verlangt wird, oder wegen des Nichtbestehens eines Vertragsverhältnisses oder dem Ablauf eines befristeten Mietvertrags. Weiter ist auch nicht abzuklären, ob der Richter vom Mieter wegen Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit oder Aufhebung im Haupt- und/oder Eventualbegehren angerufen wird, oder der Vermieter klage- oder widerklageweise die Ausweisung oder die Feststellung der Beendigung des Mietverhältnisses begehrt. Die Schlichtungsbehörden können ohne Rücksicht auf den Streitwert einen Urteilsvorschlag unterbreiten, wenn die Beendigung eines 242

---

rien handle; ZPO Komm.-HAUCK, Art. 243 N 20, dem zufolge nichtige bzw. unwirksame Kündigungen für den Kündigungsempfänger besonders schwer wiegen.

<sup>463</sup> Zum Ganzen KOLLER/STRIK, ZBJV 2018, 265 f.; vgl. zur Vertretung durch die Liegenschaftsverwaltung die Ausführungen in Rz. 133 ff.

<sup>464</sup> Vgl. hierzu die Statistik in Rz. 58.

<sup>465</sup> Zum Ganzen KOLLER/STRIK, ZBJV 2018, 266; vgl. zum beabsichtigten Zweck der Entlastung der erstinstanzlichen Gerichte Rz. 60.

### 3. Teil: Das vereinfachte Verfahren

---

Mietverhältnisses im Streit liegt. Weiter gelangt in solchen Fällen im erstinstanzlichen Prozess stets streitwertunabhängig das vereinfachte Verfahren zur Anwendung.<sup>466</sup>

#### **C. Erstreckung**

##### *a. Vorbemerkungen*

- 243 Der Mieter kann gemäss Art. 272 Abs. 1 OR die Erstreckung eines befristeten oder unbefristeten Mietverhältnisses verlangen, wenn die Beendigung der Miete für ihn oder seine Familie eine Härte zur Folge hätte, die durch die Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen wäre. Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Erstreckung von Wohn- und Geschäftsraummietverträgen zählen ebenfalls zum Kernbereich des Mietrechts i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO (bzw. Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO). Das vereinfachte Verfahren gelangt ohne Rücksicht auf den Streitwert zur Anwendung. Materiellrechtlich ist die Erstreckung zusammen mit der Kündigungsanfechtung im dritten Abschnitt des achten Titels des OR unter der Überschrift „Kündigungsschutz bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen“ geregelt. In Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO werden der Kündigungsschutz und die Erstreckung einzeln aufgeführt.<sup>467</sup>

##### *b. Rechtsprechung des Bundesgerichts*

- 244 Im Gegensatz zum Kündigungsschutz stellen sich beim Begriff „Erstreckung“ wenige Abgrenzungsfragen. Deshalb ist die Erstreckung i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und insbesondere in der Literatur kaum Gegenstand eingehender Auseinandersetzungen. Eine Ausnahme stellt BGE 142 III 278 dar, in dem sich das Bundesgericht mit dessen Geltungsbereich zu befassen hatte. Im Kern betrifft dieser Entscheid

---

<sup>466</sup> Zum Ganzen KOLLER/STRIK, ZBJV 2018, 266 f.; vgl. die bundesgerichtliche Rechtsprechung in Rz. 233 f.

<sup>467</sup> Vgl. Rz. 237 zur Abgrenzung der Begriffe „Kündigungsschutz“ und „Erstreckung“ im Rahmen von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO; siehe BGE 142 III 278 E. 4.2 S. 282, in dem das Bundesgericht ausgeführt hat, dass Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO die Erstreckung des Mietverhältnisses unabhängig von der Anfechtung einer Kündigung dem vereinfachten Verfahren zuweise. Das Bundesgericht spricht in diesem Zusammenhang von der *Anfechtung einer Kündigung* und nicht vom Kündigungsschutz. Dies wohl aus dem Grund, weil erst im wenig später ergangenen BGE 142 III 402 definitiv geklärt wurde, dass der Begriff „Kündigungsschutz“ nicht nur die Kündigungsanfechtung erfasst.

die Erstreckung des Mietverhältnisses, reiht sich aber zugleich in die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Kündigungsschutz i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO ein. Dieses Urteil erging kurz vor BGE 142 III 402, BGE 142 III 690 und BGer 4A\_300/2016, in denen das Bundesgericht die Tragweite des Kündigungsschutzes wohl definitiv geklärt hat.<sup>468</sup>

In der zu beurteilenden Streitigkeit beantragte die Mieterschaft die Erstreckung im Eventualbegehren, während im Hauptantrag auf Feststellung einer gültigen Optionsausübung zur Verlängerung des Mietverhältnisses geklagt wurde. Eine Kündigung stand dabei nicht im Raum. Im kantonalen Verfahren stand ausser Frage, dass die Streitigkeit als handelsrechtlich i.S.v. Art. 6 Abs. 2 ZPO galt. Umstritten war dagegen, ob sie gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO im vereinfachten Verfahren hätte beurteilt werden müssen und deshalb aufgrund von Art. 243 Abs. 3 ZPO nicht in die Zuständigkeit des Handelsgerichts fiel.<sup>469</sup> 245

Die Vorinstanz hielt fest, dass es sich beim Hauptbegehren – der Feststellung der gültigen Optionsausübung – um einen selbstständigen Anspruch der Mieterschaft gestützt auf das ihr vertraglich eingeräumte Optionsrecht handle. Da der Anspruch keine Kündigung zum Gegenstand habe, sei dieser im ordentlichen Verfahren vor dem Handelsgericht durchzusetzen. Ebenfalls selbstständig sei der Anspruch auf Erstreckung des Mietvertrags für den Fall, dass dieser entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin als beendet betrachtet werde. Die Anwendung des vereinfachten Verfahrens vermöge lediglich das Eventualbegehren auf Erstreckung zu begründen. Die Vorinstanz (das Mietgericht Zürich) sei deshalb zu Recht auf die Klage insgesamt nicht eingetreten, weil eine Klagetrennung bzw. eine separate Beurteilung der bloss eventualiter begehrten Erstreckung nicht möglich sei.<sup>470</sup> 246

Im Gegensatz zu BGE 139 III 457, auf den das Bundesgericht Bezug nahm, stand in BGE 142 III 278 nicht die Frage der Nichtigkeit oder Unwirksamkeit einer Kündigung als Vorfrage für die Beurteilung einer Kündigungsanfechtung im Raum. Das Bundesgericht führte jedoch aus, so wie die gerichtliche Anfechtung der Kündigung bedinge, dass Letztere überhaupt wirksam ausgesprochen worden sei, der materiellrechtliche Erstreckungsanspruch die gültige Beendigung des Mietverhältnisses voraussetze. Bevor über die Beendigung des Mietverhältnisses Klarheit bestehe, könne das Erstreckungsbegehren des Mieters nicht behandelt werden. Wenn im Rahmen der Erstreckungsklage (vorfrageweise) darüber entschieden werden könne, ob das Mietver- 247

<sup>468</sup> Vgl. die Ausführungen zu BGE 142 III 402 (Rz. 232), BGE 142 III 690 (Rz. 233) und BGer 4A\_300/2016 vom 5. Oktober 2016 (Rz. 234); KOLLER/STRIK, ZBJV 2018, 256.

<sup>469</sup> BGE 142 III 278 E. 3 S. 279.

<sup>470</sup> Zum Ganzen OGer ZH NG150001 vom 21. April 2015, E. 4.3.

### 3. Teil: Das vereinfachte Verfahren

---

hältnis überhaupt ende, müsse dies auch für solche Konstellationen gelten, in denen die Beendigung aufgrund einer vertraglichen Befristung umstritten sei. Ansonsten wären die Parteien bei befristeten (also ohne Kündigung endenden) Mietverträgen gezwungen, bei gegebenem Streitwert einen ordentlichen Prozess über die Frage der vereinbarten Dauer zu führen, bevor der Mieter die Erstreckungsklage im vereinfachten Verfahren erheben könnte. Gemäss Bundesgericht ist es – jedenfalls in Fällen wie dem vorliegenden – daher geboten, das Erstreckungsbegehren mit den entsprechenden zivilrechtlichen Vorfragen nach Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO einheitlich im vereinfachten Verfahren zu beurteilen.<sup>471</sup>

- 248 Mit Hinblick auf die kurz darauf ergangene bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Kündigungsschutz (BGE 142 III 402, BGE 142 III 690 sowie BGer 4A\_300/2016) merkt ENGLER zu Recht an, dass sich dieser Entscheid (im Nachhinein) einfacher und überzeugender begründen lässt. Jeder Prozess über die Beendigung eines Mietverhältnisses (auch wenn es um die Beendigung nach Ablauf einer Befristung geht) stellt einen Fall des Kündigungsschutzes i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO dar. Dies hat auch für das Hauptbegehren auf Feststellung der gültigen Optionsausübung zu gelten. Insofern ist das Begehren bereits aus diesem Grund streitwertunabhängig im vereinfachten Verfahren (als Streitigkeit im Zusammenhang mit dem Kündigungsschutz) zu beurteilen.<sup>472</sup>

#### **D. Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen**

##### *a. Vorbemerkungen*

- 249 Der Kernbereich des Mietrechts ist weiter dann tangiert, wenn die Streitigkeit den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen bei der Wohn- und Geschäftsräummiete betrifft. Wie die Erstreckung wird dieser Begriff in der Literatur kaum näher diskutiert.<sup>473</sup> Gleiches gilt auch hinsichtlich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die sich bisher nicht vertieft mit dessen Anwendungsbereich auseinandersetzen hatte. Auch wenn sich weniger Abgrenzungsfragen als beim Kündigungsschutz stellen, gehen mit dem Begriff „Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen“ diverse Unklarheiten einher.

---

<sup>471</sup> Zum Ganzen BGE 142 III 278 E. 4.2 S. 281 ff.; zustimmend MAAG, MRA 2016, 162, nach dem den Parteien andernfalls nebst Zeitverlust auch doppelte Prozesskosten entstehen würden.

<sup>472</sup> ENGLER, ZZZ 2016, 224.

<sup>473</sup> WULLSCHLEGER, ZZZ 2016, 182.

*b. Missbräuchliche Mietzinse*

Ist die Mieterschaft der Ansicht, dass der Mietzins missbräuchlich sei, so kann sie diesen anfechten. Materiellrechtlich wird unterschieden zwischen der Anfechtung des Anfangsmietzinses (Art. 270 OR), der Herabsetzung des geltenden Mietzinses (Art. 270a OR) und der Anfechtung einer Mietzinserhöhung (Art. 270b OR). Verfahrensrechtlich handelt es sich dabei stets um Streitigkeiten betreffend den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO. 250

Bei Mietzinserhöhungen gemäss Art. 270b Abs. 1 OR ist zu beachten, dass diese laut Art. 269d Abs. 2 OR nichtig sind, wenn der Vermieter sie nicht mit dem vorgeschriebenen Formular mitteilt (lit. a), sie nicht begründet (lit. b) oder mit der Mitteilung die Kündigung androht oder ausspricht (lit. c). Gemäss Bundesgericht liegt auch dann ein Fall des Schutzes vor missbräuchlichen Mietzinsen i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO vor, wenn allein die Feststellung der Nichtigkeit einer Mietzinserhöhung beantragt wird, ohne dass eine Anfechtung wegen Missbräuchlichkeit erfolgt.<sup>474</sup> In diesem Verfahren stützte sich die Klage der Mieterschaft auf Art. 269d Abs. 2 lit. b OR (fehlende oder ungenügende Begründung). Diese Rechtsprechung hat meines Erachtens jedoch umso mehr auch für jene Fälle zu gelten, in denen die Form nicht eingehalten (Art. 269d Abs. 2 lit. a OR) oder mit der Mitteilung die Kündigung angedroht oder ausgesprochen wurde (Art. 269d Abs. 2 lit. c OR). 251

Ein ähnliches Bild kann sich auch beim Anfangsmietzins zeigen. Laut Art. 270 Abs. 2 OR können Kantone die Verwendung des Formulars gemäss Art. 269d OR beim Abschluss eines neuen Wohnungsmietvertrags obligatorisch vorschreiben. Zurzeit sehen die Kantone Freiburg, Genf, Neuenburg, Nidwalden, Waadt, Zug und Zürich eine Formularpflicht für den gesamten Kanton oder einen Teil davon vor.<sup>475</sup> Aus dem Verweis in Art. 270 Abs. 2 OR (auch) auf Art. 269d Abs. 2 lit. a OR geht hervor, dass die Mietzinsabrede nichtig ist, wenn das vom Kanton vorgeschriebene amtliche Formular nicht verwendet wurde.<sup>476</sup> Verlangt ein Mieter nun nur die Feststellung der Nichtigkeit, ohne die Missbräuchlichkeit geltend zu machen (etwa weil die dreissigtägige Verwirkungsfrist von Art. 270 Abs. 1 OR abgelaufen ist), so liegt 252

<sup>474</sup> BGer 4A\_1/2014 vom 26. März 2014, E. 2.3; gl.M. DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 331.

<sup>475</sup> CPra-CO-DIETSCHY-MARTENET, Art. 270 N 78, m.H.a. die entsprechenden kantonalen Bestimmungen; eingehend zur Formularpflicht ZAHRADNIK, mp 2014, 286 ff.

<sup>476</sup> Der Mietvertrag ist in solchen Fällen zwar gültig, nicht aber die Festsetzung des Mietzinses. Es handelt sich um den seltenen Ausnahmefall, dass ein Vertrag wirksam ist, obwohl in einem Hauptpunkt keine rechtlich wirksame Einigung unter den Parteien besteht, vgl. dazu etwa MÜLLER/BÄTTIG, Rz. 1.131, Mietrecht für die Praxis/OESCHGER/ZAHRADNIK, 408 Rz. 17.2.5.4, sowie KOLLER/STRIK, ZBJV 2018, 239.

### 3. Teil: Das vereinfachte Verfahren

---

meiner Ansicht nach eine Streitigkeit im Zusammenhang mit dem Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen vor.

- 253 Ebenfalls unter Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO fallen laut Bundesgericht Forderungen auf Rückerstattung des zu viel bezahlten Mietzinses, die im Zusammenhang mit diesen Mietzinsstreitigkeiten geltend gemacht werden.<sup>477</sup> Aus prozessökonomischen Gründen und Sozialschutzzwecken wäre es nicht sachgerecht, den Mieter hierfür in ein zweites Verfahren zu verweisen (was der Fall wäre, wenn der Streitwert über Fr. 30 000.– liegen würde).<sup>478</sup>

#### c. *Andere missbräuchliche Forderungen des Vermieters*

- 254 Neben dem Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen enthält der zweite Abschnitt des achten Titels des OR auch Bestimmungen betreffend den Schutz vor andern missbräuchlichen Forderungen des Vermieters bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen. Einseitige Vertragsänderungen zu Lasten der Mieterschaft können gemäss Art. 270b Abs. 2 OR und Art. 269d Abs. 3 OR etwa in der Verminderung der bisherigen Leistungen des Vermieters oder der Einführung neuer Nebenkosten bestehen.
- 255 Das vereinfachte Verfahren gelangt gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO ohne Rücksicht auf den Streitwert zur Anwendung, wenn der *Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen* betroffen ist. Dieser Wortlaut könnte den Schluss nahelegen, dass Streitigkeiten im Zusammenhang mit einseitigen Vertragsänderungen zu Lasten des Mieters nicht streitwertunabhängig dem vereinfachten Verfahren unterliegen. Wie im Rahmen der Umkehr der Klägerrolle i.S.v. Art. 209 Abs. 1 lit. a ZPO dargelegt, ist die Anfechtung einseitiger Vertragsänderungen jedoch eng verbunden mit derjenigen einer Mietzinserhöhung gemäss Art. 270b Abs. 1 OR. Im Hinblick auf die Systematik (die Bestimmungen betreffend Mietzinserhöhungen gelten aufgrund der Verweise in Art. 269d Abs. 3 OR und Art. 270b Abs. 2 OR auch bei einseitigen Vertragsänderungen) und den verfolgten Zweck (Überprüfung, ob das durch die Anpassung resultierende Verhältnis der Vertragsleistungen missbräuchlich ist) rechtfertigt sich die Subsumtion dieser Streitigkeiten unter Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO.<sup>479</sup>

---

<sup>477</sup> BGer 4A\_1/2014 vom 26. März 2014, E. 2.3; gl.M. DIETSCHY-MARTENET, *Procédure civile*, Rz. 331; WULLSCHLEGER, *ZZZ* 2016, 182.

<sup>478</sup> DIETSCHY-MARTENET, *Procédure civile*, Rz. 331.

<sup>479</sup> Gl.M. DIETSCHY, *ZZZ* 2011/2012, 100; im Ergebnis gl.M. LACHAT, *Procédure*, 153; CPra-CPC-BOHNET, Art. 243-247 N 9; gl.M. ist auch das Mietgericht Zürich, vgl. dazu MGer Zürich ME160003 vom 12. Juli 2017, E. II, in: *ZMP* 2017, Nr. 8; vgl. eingehend hierzu die Ausführungen zur Umkehr der Klägerrolle (Art. 209 Abs. 1 lit. a ZPO) in Rz. 176 f. Nach der hier vertretenen Ansicht ist die Klagebewilligung

Zu beachten ist schliesslich, dass einseitige Vertragsänderungen wie Mietzins erhöhungen nichtig sind, wenn sie den Anforderungen von Art. 269d Abs. 2 lit. a bis c OR nicht entsprechen. Beantragt die Mieterschaft nur die Feststellung der Nichtigkeit der einseitigen Vertragsänderung, ohne die Missbräuchlichkeit geltend zu machen, so stellt dies meines Erachtens ebenfalls einen Fall des Schutzes vor missbräuchlichen Mietzinsen dar.<sup>480</sup>

*d. Mietzinsstreitigkeiten betreffend Mietobjekte i.S.v. Art. 253b Abs. 3 OR*

Bei Mietzinsstreitigkeiten im Zusammenhang mit Wohnungen, deren Bereitstellung von der öffentlichen Hand gefördert wurde und deren Mietzinse durch eine Behörde kontrolliert werden (Art. 253b Abs. 3 OR), ist zu unterscheiden, ob die Hilfe durch den Bund oder die Kantone bzw. Gemeinden erfolgte. Bei Bundeshilfen sieht das WFG für die Mietzinskontrolle einen von der ZPO abweichenden Rechtsweg vor. So findet ein Verfahren vor der Schlichtungsbehörde – mit Ausnahme der Überprüfung von Nebenkosten – nicht statt (Art. 54 Abs. 4 WFG). Zuständig ist das Bundesamt für Wohnungswesen, das bei Nichteinigung der Parteien eine Verfügung erlässt. Gegen diese Verfügung steht eine Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nach Massgabe des VGG offen. Bei der Förderung und Kontrolle durch die Kantone oder Gemeinden ist bei der Mietzinskontrolle ebenfalls ein von der ZPO abweichender Rechtsweg möglich.<sup>481</sup> Bei Bundeshilfen und abweichenden kantonalen Verfahrensbestimmungen findet die ZPO (und somit selbstredend Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO) keine Anwendung.

Sind kantonal hingegen keine anderslautenden Verfahrensregelungen vorgesehen, so stellt sich die Frage, ob es sich um eine Streitigkeit im Zusammenhang mit dem Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO handelt. Die Bestimmungen über die Anfechtung missbräuchlicher Mietzinse gelten gemäss Art. 253b Abs. 3 OR nicht für Wohnräume, deren Bereitstellung von der öffentlichen Hand gefördert wurde und deren Mietzinse durch eine Behörde kontrolliert werden. Für solche Wohnungen gelten gemäss Art. 2 Abs. 2 VMWG nur die Art. 269 OR, Art. 269d Abs. 3 OR und Art. 270e OR. Art. 269 OR definiert die Missbräuchlichkeit des Mietzinses und nach Art. 270e OR gilt der bestehende Mietvertrag während des Anfechtungsverfahrens weiter. Art. 269d Abs. 3 OR schreibt dem Vermieter (mittels

---

auch dann dem Vermieter zu erteilen, wenn einseitige Vertragsänderungen im Streit liegen.

<sup>480</sup> Vgl. die Ausführungen zu BGer 4A\_1/2014 vom 26. März 2014 in Rz. 251.

<sup>481</sup> Vgl. hierzu auch die Ausführungen in Rz. 77 ff. im Zusammenhang mit der entsprechenden Ausnahme vom Schlichtungsobligatorium.

### 3. Teil: Das vereinfachte Verfahren

---

Verweis) das formelle Vorgehen bei einseitigen Vertragsänderungen zu Lasten der Mieter vor. Auf Mietzinsstreitigkeiten im Zusammenhang mit solchen Mietobjekten findet demnach nur ein begrenzter Teil des zweiten Abschnitts des achten Titels des OR Anwendung. Nichtsdestotrotz liegt meiner Ansicht nach eine Streitigkeit im Zusammenhang mit dem Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen vor. Die Art. 269b OR und Art. 269c OR sowie Art. 270c OR und Art. 270d OR finden keine Anwendung, da es sich um Sonderbestimmungen bei der Index- bzw. Staffelmiete handelt. Die Art. 270 OR, Art. 270a OR sowie Art. 270b OR tragen hingegen den Besonderheiten der Mietobjekte i.S.v. Art. 253b Abs. 3 OR nicht Rechnung. Grund für den Ausschluss eines grossen Teils des zweiten Abschnitts des achten Titels ist somit, dass es sich um Normen handelt, die bei subventionierten Wohnungen nicht einschlägig sind oder nicht zum Zuge gelangen sollen. Das ändert jedoch nichts daran, dass in solchen Fällen ebenfalls die Überprüfung des Mietzinses auf dessen Missbräuchlichkeit Gegenstand des Verfahrens ist. Art. 269 OR (Definition der Missbräuchlichkeit) findet denn auch Anwendung. Zudem ist gerade die Schutzbedürftigkeit der Mieter von preisgünstigem Wohnraum hoch einzustufen. Es ist nicht ersichtlich, warum sie nicht stets vom vereinfachten Verfahren profitieren sollten.

#### *e. Schlussfolgerungen*

- 259 Der Begriff „Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen“ i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO und Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO erfasst sämtliche Streitigkeiten, die im zweiten Abschnitt des achten Titels des OR (Art. 269 OR – Art. 270e OR) geregelt sind.<sup>482</sup> Liegt demnach eine Mietzinsherabsetzung, eine Anfechtung des Anfangsmietzinses oder einer Mietzinserhöhung oder einer einseitigen Vertragsänderung im Streit (unter Einschluss der Feststellung der Nichtigkeit gemäss Art. 269d Abs. 2 OR), so ist der Kernbereich des Mietrechts betroffen. Gleiches gilt für Mietzinsstreitigkeiten i.S.v. Art. 253b Abs. 3 OR, sofern kein von der ZPO abweichender Rechtsweg vorgesehen ist. Unter Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO fallen weiter Rückerstattungsforderungen des zu viel bezahlten Mietzinses, die im Rahmen dieser Streitigkeiten geltend gemacht werden.
- 260 Der zweite Abschnitt des achten Titels des OR findet gemäss Art. 253a Abs. 2 OR keine Anwendung auf die Ferienwohnungsmiete von höchstens drei Monaten, da es sich dabei nicht um Wohn- und Geschäftsräume handelt.

---

<sup>482</sup> Gl.M. DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 331, sowie DIETSCHY, ZZZ 2011/2012, 100; dies im Gegensatz zum Begriff „Kündigungsschutz“ i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO, der nach der hier vertretenen Ansicht nicht demjenigen des dritten Abschnitts des achten Titels entspricht, vgl. dazu die Ausführungen in Rz. 236 f.

Er gilt weiter auch nicht für die Miete von luxuriösen Wohnungen und Einfamilienhäusern mit sechs oder mehr Wohnräumen (Art. 253b Abs. 2 OR und Art. 2 Abs. 1 VMWG). Insofern werden diese Mietobjekte meines Erachtens nicht vom Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO erfasst.

### E. Hinterlegung von Mietzinsen

Das vereinfachte Verfahren gelangt schliesslich auch dann ohne Rücksicht auf den Streitwert zur Anwendung, wenn die Hinterlegung von Mietzinsen betroffen ist. Materiellrechtlich ist die Hinterlegung in Art. 259g ff. OR normiert. Verlangt der Mieter einer unbeweglichen Sache vom Vermieter die Beseitigung eines Mangels, so muss er ihm dazu gemäss Art. 259g Abs. 1 OR schriftlich eine angemessene Frist setzen und kann ihm androhen, dass er bei unbenützttem Ablauf der Frist Mietzinse, die künftig fällig werden, bei einer vom Kanton bezeichneten Stelle hinterlegen wird. Hat der Mieter Mietzinse hinterlegt, so fallen diese gemäss Art. 259h Abs. 1 OR dem Vermieter zu, wenn er seine Ansprüche gegenüber dem Vermieter nicht innert 30 Tagen seit Fälligkeit des ersten hinterlegten Mietzinses bei der Schlichtungsbehörde geltend macht. Laut Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechts aus dem Jahr 1985 soll die Mietzinshinterlegung die Durchsetzung der Ansprüche auf Beseitigung von Mängeln, Herabsetzung des Mietzinses und Schadenersatz erleichtern.<sup>483</sup> 261

Zunächst fällt auf, dass gemäss Art. 259g ff. OR der Mietzins bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit *unbeweglichen Sachen* hinterlegt werden kann. Das vereinfachte Verfahren greift nach Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO hingegen nur bei der *Wohn- und Geschäftsraummiete* ohne Rücksicht auf den Streitwert. Wird der Mietzins demnach im Rahmen einer Streitigkeit hinterlegt, bei der nicht eine Wohn- oder Geschäftsräumlichkeit betroffen ist, so gelangt das ordentliche Verfahren zur Anwendung, wenn der Streitwert über Fr. 30 000.– liegt (Art. 243 Abs. 1 ZPO e contrario).<sup>484</sup> 262

In Anbetracht des Wortlauts von Art. 259g OR ist eine Hinterlegung nur dann möglich, wenn der Mieter die Beseitigung des Mangels i.S.v. Art. 259a Abs. 1 lit. a OR i.V.m. Art. 259b OR verlangt. Es ist nun allerdings durchaus denkbar, dass der Mieter im Schlichtungsverfahren (nach erfolgter Hinterlegung) neben der Beseitigung des Mangels auch weitere Mängelrechte i.S.v. Art. 259a OR durchzusetzen versucht. Verlangt er im Rahmen eines Hinterle- 263

<sup>483</sup> Botschaft Revision Miet- und Pachtrecht, 1436 f.; vgl. zur geschichtlichen Entwicklung der Mietzinshinterlegung WEY, Rz. 10 ff.

<sup>484</sup> Vgl. zum Geltungsbereich des Begriffs „Wohn- und Geschäftsräume“ die Ausführungen in Rz. 96 ff., insb. Rz. 99 ff.

### 3. Teil: Das vereinfachte Verfahren

---

gungsverfahrens im Schlichtungsgesuch neben der Beseitigung des Mangels eine Mietzinsherabsetzung (Art. 259d OR) und/oder Schadenersatz (Art. 259e OR), so liegt meines Erachtens bei sämtlichen Begehren eine Streitigkeit im Zusammenhang mit der Hinterlegung von Mietzinsen i.S.v. Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO vor. Im erstinstanzlichen Prozess gelangt demzufolge auf alle Begehren das vereinfachte Verfahren ohne Rücksicht auf den Streitwert zur Anwendung.<sup>485</sup> Es wäre aus prozessökonomischer Sicht nicht sachgerecht, wenn diesfalls ein Urteilstvorschlag nur beim Rechtsbegehren auf Beseitigung des Mangels streitwertunabhängig möglich wäre und im anschliessenden erstinstanzlichen Prozess das vereinfachte Verfahren bei den übrigen Mängelansprüchen nur bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000.– greifen würde. Dies insbesondere in Anbetracht dessen, dass häufig der gleiche Mangel strittig sein dürfte. Zudem handelt es sich letztlich um eine Streitigkeit, in deren Zusammenhang Mietzinse hinterlegt worden sind, weshalb diese Auffassung auch dem Wortlaut des Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO sowie Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO entspricht.

- 264 Werden Mängelrechte gemäss Art. 259a Abs. 1 lit. b bis d OR neben dem Beseitigungsbegehren im Rahmen eines Hinterlegungsverfahrens geltend gemacht, so greift nach dem Gesagten das vereinfachte Verfahren unabhängig von der Höhe des Streitwerts (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO). Ist eine Mängelstreitigkeit hingegen losgelöst von einem Hinterlegungsverfahren, so gelangt das vereinfachte Verfahren nur bei einem Streitwert von bis zu Fr. 30 000.– zur Anwendung (Art. 243 Abs. 1 ZPO).<sup>486</sup>

### III. Soziale Untersuchungsmaxime

- 265 Im vereinfachten Verfahren wirkt das Gericht durch entsprechende Fragen darauf hin, dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel bezeichnen (Art. 247 Abs. 1 ZPO, Verhandlungs-

---

<sup>485</sup> OGer ZH NG150017 vom 13. November 2015, E. III.4.4.3.b, wonach der Begriff „Hinterlegung von Mietzinsen“ i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO so zu verstehen ist, dass davon auch sämtliche Mängelrechte gemäss Art. 259a OR umfasst werden, welche der Mieter im konkreten Fall zu haben glaubt und im Rahmen des Hinterlegungsverfahrens durchsetzen will; vgl. BSK OR I-WEBER, Art. 259g N 4, der anmerkt, dass die Verknüpfung anderer Mängelrechte mit dem Beseitigungsanspruch dem Wortlaut des Gesetzes (Art. 259g OR) entspricht; vgl. WEY, Rz. 295 ff.; a.A. wohl HOFMANN/LÜSCHER, 222 Fn. 609, die ausführen, dass vom Begriff der Mietzinshinterlegung gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO nur die Mängelbeseitigung bzw. Ersatzvornahme (Art. 259b OR) erfasst werde, nicht aber eine Schadenersatzforderung.

<sup>486</sup> BSK ZPO-MAZAN, Art. 243 N 19b; ZPO Komm.-HAUCK, Art. 243 N 20; LCHAT, Procédure, 153; KORAK-DISLER, Rz. 211; siehe DIETSCHY, ZZZ 2011/2012, 100.

maxime mit verstärkter richterlicher Fragepflicht). Bei gewissen Streitigkeiten gelangt jedoch in Abweichung von diesem Grundsatz die soziale Untersuchungsmaxime zur Anwendung.<sup>487</sup> So stellt das Gericht in mietrechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO den Sachverhalt von Amtes wegen fest, wenn der Kernbereich des Mietrechts i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO betroffen ist. Bei den übrigen Streitigkeiten aus der Wohn- und Geschäftsraummiete (Art. 243 Abs. 1 ZPO) ist dies hingegen bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000.– (Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ZPO) der Fall. Da das vereinfachte Verfahren nur bei einem Streitwert von bis zu Fr. 30 000.– zur Anwendung gelangt, unterliegen bei der Wohn- und Geschäftsraummiete sämtliche „übrigen“ mietrechtlichen Angelegenheiten dem sozialen Untersuchungsgrundsatz. Ist somit ein Wohn- oder Geschäftsraummietobjekt strittig, so hat das erstinstanzliche Gericht im vereinfachten Verfahren stets den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO und Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ZPO).<sup>488</sup>

Auch vor Inkrafttreten der ZPO hatte der Richter bei Angelegenheiten im Zusammenhang mit der Wohn- und Geschäftsraummiete den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Art. 274d Abs. 3 aOR). Im Gegensatz zur altrechtlichen Regelung gelangt die soziale Untersuchungsmaxime lediglich bei Streitigkeiten zur Anwendung, die dem vereinfachten Verfahren unterliegen. Ist das ordentliche Verfahren einschlägig, so ist die Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO) massgebend. Grundgedanke des eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes ist, die wirtschaftlich schwächere Partei zu schützen, die Gleichheit zwischen den Parteien herzustellen sowie das Verfahren zu beschleunigen.<sup>489</sup> Im Mietverfahren dient sie typischerweise – aber nicht nur – dem Mieterschutz.<sup>490</sup> 266

<sup>487</sup> Vgl. zur Frage, inwiefern sich die Verhandlungsmaxime mit verstärkter richterlicher Fragepflicht (Art. 247 Abs. 1 ZPO) vom sozialen Untersuchungsgrundsatz (Art. 247 Abs. 2 ZPO) unterscheidet, AELLEN, MRA 2017, 103 ff., BSK ZPO-MAZAN, Art. 247 N 10, CPra-CPC-BOHNET, Art. 243-247 N 37, sowie eingehend MORDASINI-ROHNER, Rz. 501 f.; MARKUS/HUBER-LEHMANN, ZBJV 2018, 271 f.

<sup>488</sup> DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 340 („*La maxime inquisitoire sociale [...] s'applique à tous les litiges soumis à la procédure simplifiée qui portent sur un bail d'habitations ou de locaux commerciaux [art. 247 al. 2 CPC].*“).

<sup>489</sup> BGE 125 III 231 E. 4a S. 238; BGE 141 III 569 E. 2.3.1 S. 575; BGer 4A\_333/2015 vom 27. Januar 2016, E. 6.1; CPra-CPC-BOHNET, Art. 243-247 N 32; LACHAT, Procédure, 162; CPC Comm.-TREZZINI, Art. 247 N 10; eingehend zum Sinn und Zweck der sozialen Untersuchungsmaxime MORDASINI-ROHNER, Rz. 368 ff. u. 395 ff.

<sup>490</sup> LACHAT, Procédure, 162; KOLLER, ZBJV 11/2016, 795.

## **IV. Objektive Klagenhäufung**

### **1. Bedeutung im mietrechtlichen Verfahren**

267 Bei mietrechtlichen Streitigkeiten werden häufig mehrere Rechtsbegehren miteinander verbunden. So kann der Mieter Mängelrechte kumulieren, etwa die Beseitigung eines Mangels (Art. 259b OR) mit einer Schadenersatzforderung (Art. 259e OR).<sup>491</sup> Zu denken ist auch an den Fall, in dem der Mieter bei Nichtverwendung des vom Kanton vorgeschriebenen amtlichen Formulars die Festlegung des Anfangsmietzinses verlangt und zugleich die Rückerstattung des zu viel Bezahlten.<sup>492</sup> Die Vermieterschaft kann hingegen etwa die Ausweisung (ausserhalb des Summarverfahrens) begehren und gleichzeitig die Bezahlung ausstehender Mietzinse einklagen.<sup>493</sup>

### **2. Im Allgemeinen und gleiche sachliche Zuständigkeit**

268 Gemäss Art. 90 ZPO kann die klagende Partei mehrere Ansprüche gegen dieselbe Partei in einer Klage vereinen, sofern das gleiche Gericht dafür sachlich zuständig (lit. a) und die gleiche Verfahrensart anwendbar (lit. b) ist.<sup>494</sup> Die geltend gemachten Ansprüche werden dabei zusammengerechnet, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 93 Abs. 1 ZPO). Ansprüche schliessen sich etwa dann aus, wenn ein Hauptbegehren und ein Eventualbegehren gestellt werden oder wenn die Gutheissung des einen Anspruchs notwendigerweise zur Abweisung des anderen führt.<sup>495</sup> Fehlt es an der einheitlichen örtlichen Zuständigkeit, so ist gemäss Art. 15 Abs. 2 ZPO zu prüfen, ob die mit derselben Klage geltend gemachten Ansprüche einen sachlichen Zusammenhang aufweisen.<sup>496</sup> Für Klagen aus der Miete unbeweglicher Sachen ist laut Art. 33 ZPO das Gericht am Ort der gelegenen Sache zuständig, weshalb es bei (rein) mietrechtlichen Streitigkeiten kaum vorkommen dürfte, dass die örtliche Zuständigkeit auseinanderfällt. Sind die Voraussetzungen einer ob-

---

<sup>491</sup> Siehe PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 327, der als Beispiel den Fall aufführt, in dem ein Mieter wegen eines Wasserschadens eine Mietzinsreduktion sowie Schadenersatz verlangt.

<sup>492</sup> BGE 140 III 583 E. 3.2.3 S. 588; BGer 4A\_254/2016 vom 10. Juli 2017, E. 3.1.3.1; PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 327; CPC Comm.-TREZZINI, Art. 90 N 1.

<sup>493</sup> Vgl. für weitere Beispiele Rz. 278.

<sup>494</sup> Vgl. Rz. 404 ff. zur Revision der ZPO.

<sup>495</sup> Handkomm. ZPO-SCHLEIFFER MARAIS, Art. 93 N 9; ZPO Komm.-STEIN-WIGGER, Art. 93 N 12; MÜLLER/HOFSTETTER, Rz. 14.32.

<sup>496</sup> Botschaft ZPO, 7290; BK ZPO-MARKUS, Art. 90 N 8; BSK ZPO-KLAUS, Art. 90 N 26 ff.; HEINZMANN, SZP 2012, 271.

jektiven Klagenhäufung erfüllt, so können Leistungs-, Gestaltungs- sowie Feststellungsklagen miteinander vereint werden.<sup>497</sup>

Was die gleiche sachliche Zuständigkeit des Gerichts anbelangt (Art. 90 lit. a ZPO), so ist im Mietrecht zu beachten, dass einige Kantone über Mietgerichte verfügen. Es sind dies die Kantone Freiburg, Genf, Jura, Waadt und Zürich.<sup>498</sup> Die gleiche sachliche Zuständigkeit ist diesfalls dann nicht gegeben, wenn ein mietrechtliches Rechtsbegehren mit einem nicht-mietrechtlichen verbunden wird.

### 3. Gleiche Verfahrensart im Besonderen

#### A. Einleitung

Bei der objektiven Klagenhäufung sind diverse Konstellationen denkbar. So können mehrere streitwertabhängige Rechtsbegehren oder mehrere streitwertunabhängige Rechtsbegehren (i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO) miteinander verbunden werden. Eine Kumulation streitwertabhängiger Rechtsbegehren mit streitwertunabhängigen ist ebenfalls möglich.

#### B. Kumulation streitwertabhängiger Rechtsbegehren

Zunächst ist eine Kumulation zweier streitwertabhängiger Rechtsbegehren i.S.v. Art. 243 Abs. 1 ZPO mit einem Streitwert von je bis zu Fr. 30 000.– möglich – das eine z.B. mit einem Streitwert von Fr. 25 000.–, das andere mit einem solchen von Fr. 20 000.–. Aufgrund der Zusammenrechnung des Streitwerts gemäss Art. 93 Abs. 1 ZPO gelangt das ordentliche Verfahren zur Anwendung, da das Streitwerttotal der Ansprüche (Fr. 45 000.–) den Rahmen des vereinfachten Verfahrens (Fr. 30 000.–) sprengt.<sup>499</sup>

Das Bundesgericht und die herrschende Lehre befürworten – entgegen dem Wortlaut von Art. 90 ZPO – eine Klagenhäufung in solchen Konstellationen, in denen ein Rechtsbegehren mit einem Streitwert von Fr. 40 000.– (streitwertabhängig; ordentliches Verfahren) mit einem solchen von Fr. 15 000.–

<sup>497</sup> Dike Komm. ZPO-FÜLLEMANN, Art. 90 N 2; Kuko ZPO-OBERHAMMER, Art. 90 N 6; BSK ZPO-KLAUS, Art. 90 N 18; CPC Comm.-TREZZINI, Art. 90 N 2 („[...] possono essere cumulate azioni condannatorie, di accertamento e costitutive.“).

<sup>498</sup> Vgl. Art. 34 u. Art. 56 f. JG-FR; Art. 88 f. LOJ-GE; Art. 7 LiCPC-JU u. Art. 1 ff. TBF-JU; Art. 1 ff. LJB-VD; § 16, § 21 u. § 26 GOG-ZH.

<sup>499</sup> Komm. ZPO-GASSER/RICKLI, Art. 90 N 10; Comm. CPC-BOHNET, Art. 90 N 8; BSK ZPO-KLAUS, Art. 90 N 24; wohl differenzierend LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, 170 Rz. 6.29, vgl. dazu die Ausführungen in Rz. 273 u. Fn. 501.

### 3. Teil: Das vereinfachte Verfahren

---

(streitwertabhängig; für sich allein im Anwendungsbereich des vereinfachten Verfahrens gemäss Art. 243 Abs. 1 ZPO) verbunden wird. Für beide Rechtsbegehren gelangt das ordentliche Verfahren zur Anwendung, da sich der zusammengerechnete Streitwert auf Fr. 55 000.– beläuft.<sup>500</sup>

- 273 LEUENBERGER/UFFER-TOBLER differenzieren allerdings danach, ob bei den Rechtsbegehren, die in den Anwendungsbereich des vereinfachten Verfahrens fallen, die soziale Untersuchungsmaxime gemäss Art. 247 Abs. 2 ZPO zur Anwendung gelangt oder nicht. Sie unterscheiden dabei nicht, ob es sich um einen Fall von Art. 243 Abs. 1 ZPO oder Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO handelt. So stellen sie sich im Ergebnis auf den Standpunkt, dass ein Rechtsbegehren von bis zu Fr. 30 000.– (Art. 243 Abs. 1 ZPO) bzw. ein streitwertunabhängiges Rechtsbegehren (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO) nicht mit einem streitwertabhängigen Rechtsbegehren von über Fr. 30 000.– kumuliert werden könne, wenn für Erstere der soziale Untersuchungsgrundsatz gelte. Diese Ansprüche könnten dem vereinfachten Verfahren mit sozialer Untersuchungsmaxime nicht durch Kombination mit einem Anspruch aus dem ordentlichen Verfahren entzogen werden.<sup>501</sup>
- 274 Die Auffassung von LEUENBERGER/UFFER-TOBLER ist abzulehnen, sofern es sich um die Verbindung eines streitwertabhängigen Rechtsbegehrens von bis zu Fr. 30 000.– (Art. 243 Abs. 1 ZPO) mit einem streitwertabhängigen von über Fr. 30 000.– handelt. Bei mietrechtlichen Streitigkeiten ist zu beachten, dass die soziale Untersuchungsmaxime neben den Angelegenheiten i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO) auch bei den übrigen Streitigkeiten aus der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen mit einem Streitwert von bis zu Fr. 30 000.– (Art. 243 Abs. 1 ZPO und Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ZPO) zur Anwendung gelangt. Da das vereinfachte Verfahren nur bei einem Streitwert von bis zu Fr. 30 000.– greift, unterliegen somit sämtliche

---

<sup>500</sup> BGE 142 III 788 E. 4.2.3 S. 791 f.; BK ZPO-MARKUS, Art. 90 N 14, der ausführt, wenn die sachliche Zuständigkeit und die Verfahrensart streitwertabhängig seien, so erfolge zu deren Bestimmung vorab eine Zusammenrechnung der Streitwerte (Art. 93 Abs. 1 ZPO); Comm. CPC-BOHNET, Art. 90 N 8; Komm. ZPO-GASSER/RICKLI, Art. 90 N 11; HEINZMANN, SZP 2012, 273, nach dem die Doktrin eine teleologische Reduktion von Art. 90 lit. b ZPO vorgenommen hat; ZPO-MOHS, Art. 90 N 1b; differenzierend LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, 170 Rz. 6.29, vgl. dazu die nachfolgende Rz. 273.

<sup>501</sup> Zum Ganzen LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, 170 Rz. 6.29. Ohne dass die Autoren es explizit erwähnen, müsste dies ihrer Ansicht folgend konsequenterweise auch für jene Fälle gelten, in denen zwei streitwertabhängige Rechtsbegehren mit je einem Streitwert von bis zu Fr. 30 000.– verbunden werden, der Streitwert zusammengerechnet über Fr. 30 000.– liegt und eines (oder beide) unter Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ZPO fällt. Denn diesfalls wäre ebenfalls das ordentliche Verfahren für beide Rechtsbegehren massgebend, vgl. dazu die Ausführungen in Rz. 271; gl.M. wohl auch ZPO Komm.-BESSENICH/BOPP, Art. 90 N 10.

„übrigen“ mietrechtlichen Angelegenheiten dem sozialen Untersuchungsgrundsatz.<sup>502</sup>

Würde man der Ansicht von LEUENBERGER/UFFER-TOBLER folgen, so wäre die Möglichkeit einer objektiven Klagenhäufung bei der Wohn- und Geschäftsraummiete stark eingegrenzt. Man denke etwa an den Fall, in dem die Mieterschaft ausserhalb eines Hinterlegungsverfahrens neben einer Herabsetzung des Mietzinses wegen Mängeln (Art. 259d OR) mit einem Streitwert von Fr. 25 000.– gleichzeitig Schadenersatz (Art. 259e OR) in der Höhe von Fr. 35 000.– geltend macht. Oder die Vermieterschaft klagt einerseits auf Bezahlung ausstehender Mietzinse in der Höhe von Fr. 40 000.– und fordert in einem weiteren Rechtsbegehren Schadenersatz in der Höhe von Fr. 10 000.–. Nach Auffassung von LEUENBERGER/UFFER-TOBLER wäre eine objektive Klagenhäufung nicht möglich, da bei den beiden Streitwerten unter Fr. 30 000.– im vereinfachten Verfahren die soziale Untersuchungsmaxime massgebend wäre. In Anbetracht des Umstands, dass die objektive Klagenhäufung im Mietrecht eine bedeutende Rolle spielt, wäre diese Eingrenzung problematisch. Die daraus resultierende Ungleichbehandlung zu anderen Materien würde sich nicht rechtfertigen lassen. Es muss deshalb auch in solchen Fällen, in denen im vereinfachten Verfahren die soziale Untersuchungsmaxime gestützt auf Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ZPO zur Anwendung gelangen würde, eine objektive Klagenhäufung zulässig sein. Auf beide Rechtsbegehren hat das ordentliche Verfahren zur Anwendung zu gelangen.

Es bleibt zu klären, ob auf das streitwertabhängige Rechtsbegehren (Art. 243 Abs. 1 ZPO), für das aufgrund des Streitwerts eigentlich das vereinfachte Verfahren massgebend wäre, die soziale Untersuchungsmaxime oder der Verhandlungsgrundsatz zum Zuge kommt. Denn für die kumulierten Rechtsbegehren ist das ordentliche Verfahren massgebend, in dem der Verhandlungsgrundsatz gilt.<sup>503</sup> Müsste das Gericht im ordentlichen Verfahren beim Rechtsbegehren i.S.v. Art. 243 Abs. 1 ZPO den Sachverhalt von Amtes wegen feststellen, so würden zwei unterschiedliche Maximen zur Anwendung gelangen. Unterschiedliche Maximen im gleichen Verfahren können jedoch erhebliche Schwierigkeiten mit sich bringen.<sup>504</sup> Um solche Schwierigkeiten zu vermeiden, muss meines Erachtens auch auf das Rechtsbegehren mit einem Streitwert von bis zu Fr. 30 000.– die Verhandlungsmaxime zur Anwendung gelangen. Streitigkeiten gemäss Art. 243 Abs. 1 ZPO sind lediglich aufgrund des geringen Streitwerts dem vereinfachten Verfahren zugewiesen und nicht aufgrund einer besonders schützenswerten Materie – dies im Ge-

<sup>502</sup> Vgl. die Ausführungen in Rz. 265 zum Anwendungsbereich der sozialen Untersuchungsmaxime bei mietrechtlichen Angelegenheiten.

<sup>503</sup> Vgl. die Ausführungen in Rz. 272.

<sup>504</sup> Vgl. BK ZPO-MARKUS, Art. 90 N 11; BE-ZPO Komm.-LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 159 N 2b.

### 3. Teil: Das vereinfachte Verfahren

---

gensatz zu denjenigen von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO. Insofern ist – bei streitwertabhängigen Rechtsbegehren – von der Anwendung der sozialen Untersuchungsmaxime abzusehen, wenn aufgrund einer objektiven Klagenhäufung das ordentliche Verfahren zur Anwendung gelangt.

- 277 Die klagende Partei hätte nach dem Gesagten im Ergebnis – zumindest theoretisch – eine Wahlmöglichkeit. Möchte sie auf die soziale Untersuchungsmaxime gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ZPO (und die vereinfachte Klageeinreichung i.S.v. Art. 244 ZPO) nicht verzichten, muss sie zwei Klagen einreichen. Hinsichtlich des Rechtsbegehrens i.S.v. Art. 243 Abs. 1 ZPO ist eine Klage im vereinfachten Verfahren einzureichen, bei demjenigen mit einem Streitwert von über Fr. 30 000.– muss hingegen eine Klage im ordentlichen Verfahren erhoben werden. Aus prozessökonomischer Hinsicht und aus Kostengründen wäre dieses Vorgehen jedoch unvorteilhaft. Bevorzugt die klagende Partei hingegen, beide Rechtsbegehren in einem Verfahren zu erheben, so könnte sie diese im ordentlichen Verfahren bei Geltung des Verhandlungsgrundsatzes kumuliert geltend machen. Mit dem ordentlichen Verfahren würde sie aber – hinsichtlich des Rechtsbegehrens i.S.v. Art. 243 Abs. 1 ZPO – nicht nur auf die soziale Untersuchungsmaxime und die vereinfachte Klageeinreichung verzichten, sondern damit auch darauf, gestützt auf Art. 229 Abs. 3 ZPO bis zur Urteilsberatung neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen zu können.

#### **C. Kumulation streitwertabhängiger und streitwertunabhängiger Rechtsbegehren**

##### *a. Vorbemerkungen*

- 278 Kumuliert werden können auch streitwertabhängige mit streitwertunabhängigen (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO) Rechtsbegehren.<sup>505</sup> Zu denken ist etwa an den Fall, in dem die Mieterschaft eine Mietzinssenkung gemäss Art. 270a OR auf den nächsten Kündigungstermin geltend macht (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO) und gleichzeitig rückwirkend – ausserhalb eines Hinterlegungsverfahrens – eine Mietzinsreduktion nach Art. 259d OR verlangt (streitwertabhängiges Rechtsbegehren). Als weiteres Beispiel sei der Fall genannt, in dem die Mieterschaft Mängel an der Mietsache im Rahmen eines Hinterlegungsverfahrens geltend macht (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO) und daneben vom Vermieter die Rückerstattung zu viel bezahlter Nebenkosten (streitwertabhängiges Rechtsbegehren) fordert.<sup>506</sup>

---

<sup>505</sup> So auch PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 890.

<sup>506</sup> Zu letzterem Beispiel PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 890.

#### IV. Objektive Klagenhäufung

Zunächst gilt zu klären, ob der Streitwert eines streitwertunabhängigen Rechtsbegehrens gemäss Art. 93 Abs. 1 ZPO mit demjenigen eines streitwertabhängigen zusammenzurechnen ist. Anschliessend stellt sich die Frage der Zulässigkeit der Kumulierung solcher Rechtsbegehren. 279

##### *b. Zusammenrechnung der Streitwerte?*

Das Obergericht des Kantons Zürich hat festgehalten, dass es bei den Begehren gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO von Gesetzes wegen nicht auf den Streitwert ankomme. Mit Hinweis auf die Ansicht der Vorinstanz (das Mietgericht Zürich) hat es deshalb angemerkt, es erscheine nicht abwegig, keine Streitwertaddition i.S.v. Art. 93 Abs. 1 ZPO vorzunehmen. Abschliessend beurteilt hat es diese Frage allerdings nicht.<sup>507</sup> 280

Ein Teil der Lehre vertritt die gleiche Auffassung wie das Mietgericht Zürich im entsprechenden Entscheid. So führt MILANI aus, dass der Streitwert der Angelegenheiten gemäss Art. 243 Abs. 2 ZPO bei einer Addition i.S.v. Art. 93 Abs. 1 ZPO unbeachtlich bleibe. Dem ist beizupflichten. Der Streitwert darf in solchen Fällen, wie MILANI zu Recht anmerkt, für die Bestimmung der Verfahrensart nie eine Rolle spielen. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass das vereinfachte Verfahren ungeachtet eines Streitwerts für die in Art. 243 Abs. 2 ZPO aufgeführten Angelegenheiten gilt.<sup>508</sup> 281

##### *c. Zulässigkeit der objektiven Klagenhäufung?*

Eine Zusammenrechnung der Streitwerte gemäss Art. 93 Abs. 1 ZPO erfolgt meines Erachtens demnach nicht, wenn ein streitwertabhängiges mit einem streitwertunabhängigen Rechtsbegehren verbunden wird. Hiermit ist allerdings die Frage der Zulässigkeit einer objektiven Klagenhäufung noch nicht geklärt. Unproblematisch ist jener Fall, in dem ein Rechtsbegehren i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO mit einem streitwertabhängigen Rechtsbegehren mit einem Streitwert von bis zu Fr. 30 000.– (Art. 243 Abs. 1 ZPO) kumuliert wird (oder mit einem weiteren Rechtsbegehren i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO). Das vereinfachte Verfahren gelangt bei beiden Begehren zur Anwendung, da keine Addition der Streitwerte erfolgt. 282

Komplizierter ist die Angelegenheit bei der Verbindung eines Rechtsbegehrens i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO mit einem streitwertabhängigen Rechtsbegehren mit einem Streitwert von über Fr. 30 000.–. Bei Angelegenheiten 283

<sup>507</sup> OGer ZH PD140014 vom 25. November 2014, E. 3.2.

<sup>508</sup> MILANI, ZZZ 2013, 8; gl.M. ZPO Komm.-HAUCK, Art. 243 N 15; DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 177; wohl auch PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 890.

### 3. Teil: Das vereinfachte Verfahren

---

des Kernbereichs des Mietrechts gelangt das vereinfachte Verfahren aufgrund der besonders schützenswerten Materie meiner Ansicht nach zwingend zur Anwendung.<sup>509</sup> Die Schutzbestimmungen des vereinfachten Verfahrens, zu denken ist insbesondere an die soziale Untersuchungsmaxime und die vereinfachte Klageeinreichung, können der klagenden Partei diesfalls nicht entzogen werden. Das wäre jedoch der Fall, wenn durch die Klagenhäufung auf beide Rechtsbegehren das ordentliche Verfahren unter Geltung des Verhandlungsgrundsatzes zur Anwendung gelangen würde. Eine Verbindung eines streitwertunabhängigen Rechtsbegehrens mit einem streitwertabhängigen Rechtsbegehren mit einem Streitwert von über Fr. 30 000.– ist meines Erachtens somit nicht zulässig. Hinsichtlich des ersten muss zwingend eine Klage im vereinfachten Verfahren eingereicht werden, beim zweiten hingegen ist eine Klage im ordentlichen Verfahren zu erheben. Insofern verhält es sich anders als bei der Kumulierung streitwertabhängiger Angelegenheiten i.S.v. Art. 243 Abs. 1 ZPO.<sup>510</sup>

- 284 Nach dem Gesagten kann festgehalten werden, dass Mieter und Vermieter neben einem Rechtsbegehren i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO ein streitwertabhängiges Rechtsbegehren bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000.– erheben können. Dabei gelangt das vereinfachte Verfahren zur Anwendung. Wird neben einem Rechtsbegehren, das den Kernbereich des Mietrechts betrifft, ein solches mit einem Streitwert von über Fr. 30 000.– geltend gemacht, so ist eine objektive Klagenhäufung nicht möglich. Die Klagen müssen diesfalls einzeln im vereinfachten respektive ordentlichen Verfahren eingereicht werden.<sup>511</sup>

## V. Widerklage

### 1. Bedeutung im mietrechtlichen Verfahren

- 285 Die beklagte Partei braucht sich nicht auf die Bekämpfung der Klage zu beschränken, sondern kann eine Widerklage erheben und der klagenden Partei eigene Ansprüche entgegenstellen.<sup>512</sup> Wie die objektive Klagenhäufung ist die Widerklage im Mietverfahren von grosser Bedeutung. Dabei sind zahlrei-

---

<sup>509</sup> Vgl. BK ZPO-STERCHI, Art. 93 N 7, der ausführt, dass nicht einzusehen sei, weshalb die Verbindung z.B. eines Begehrens von Fr. 50 000.– mit einem solchen von Fr. 5 000.– nicht zulässig sein sollte, sofern nicht eines von beiden aufgrund seiner *Rechtsnatur* im vereinfachten Verfahren geltend zu machen ist; vgl. auch Komm. ZPO-GASSER/RICKLI, Art. 90 N 10 f.

<sup>510</sup> Vgl. dazu die Ausführungen in Rz. 274 ff.

<sup>511</sup> Vgl. Rz. 404 ff. zur Revision der ZPO.

<sup>512</sup> Botschaft ZPO, 7339; RAPOLD/FERRARI-VISCA, AJP 2013, 388.

che Konstellationen möglich. So kann der Vermieter, wenn der Mieter die Erstreckung des Mietverhältnisses verlangt, widerklageweise etwa die Ausweisung (ausserhalb des Summarverfahrens) oder Schadenersatz wegen Schäden am Mietobjekt fordern.<sup>513</sup> Als weiteres Beispiel sei der Fall genannt, in dem der Vermieter vor dem erstinstanzlichen Gericht eine Mietzinserhöhung (Art. 270b OR) durchsetzen will und der Mieter in seiner Widerklage eine Mietzinssenkung (Art. 270a OR) geltend macht.<sup>514</sup> Zu denken ist auch an eine Kündigungsanfechtung wegen Missbräuchlichkeit seitens des Mieters und die widerklageweise Forderung des Vermieters auf Bezahlung ausstehender Mietzinse.

## 2. Voraussetzungen im Allgemeinen

Die beklagte Partei kann bereits im Schlichtungsverfahren eine Widerklage 286 erheben. Dies ergibt sich aus Art. 209 Abs. 2 lit. b ZPO, wonach die Klagebewilligung eine allfällige Widerklage enthalten muss. Allerdings kann die Widerklage auch erstmals im erstinstanzlichen Verfahren gestellt werden, da gemäss Art. 198 lit. g ZPO hierfür kein Schlichtungsversuch zu durchlaufen ist.

Gemäss Art. 224 Abs. 1 ZPO kann die beklagte Partei in der Klageantwort 287 Widerklage erheben, wenn der geltend gemachte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage zu beurteilen ist.<sup>515</sup> Laut Art. 14 Abs. 1 ZPO bedarf es eines sachlichen Zusammenhangs zwischen der Haupt- und Widerklage, damit Letztere am Gerichtsstand der Hauptklage erhoben werden kann. Ein solcher Konnex ist jedoch nur dann erforderlich, wenn die örtliche Zuständigkeit für die beiden Klagen auseinanderfällt.<sup>516</sup> Da für Klagen aus der Miete unbeweglicher Sachen das Gericht am Ort der gelegenen Sache zuständig ist (Art. 33 ZPO), dürfte es bei (rein) mietrechtlichen Streitigkeiten kaum vorkommen, dass die örtliche Zuständigkeit der Haupt- und Widerklage auseinanderfällt.<sup>517</sup>

<sup>513</sup> Zu diesem Beispiel PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 846, u. LACHAT, Procédure, 158.

<sup>514</sup> Hierzu LACHAT, Procédure, 158.

<sup>515</sup> Vgl. Rz. 418 ff. zur Revision der ZPO.

<sup>516</sup> Botschaft ZPO, 7339; GRIEDER, Rz. 442 f.; ZPO Komm.-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 14 N 8; LACHAT, Procédure, 139; RAPOLD/FERRARI-VISCA, AJP 2013, 388 f.

<sup>517</sup> So auch LACHAT, Procédure, 139.

### 3. Teil: Das vereinfachte Verfahren

---

- 288 Wie bei der objektiven Klagenhäufung gilt es im Mietrecht zu beachten, dass einige Kantone Mietgerichte vorsehen.<sup>518</sup> Diesfalls muss meiner Ansicht nach die Widerklage in deren sachlichen Zuständigkeitsbereich fallen.<sup>519</sup> LACHAT führt etwa den – in der Praxis wohl kaum vorkommenden – Fall auf, in dem der Mieter am Ende des Mietverhältnisses eine Entschädigung für eine Erneuerung oder Änderung am Mietobjekt verlangt (Art. 260a Abs. 3 OR) und der Vermieter widerklageweise gestützt auf Art. 28 ff. ZGB, Art. 41 OR und Art. 49 OR Schadenersatz wegen Diffamierung geltend macht. Das Mietgericht wäre für die Widerklage sachlich nicht zuständig.<sup>520</sup>

### 3. Gleiche Verfahrensart im Besonderen

#### A. Lehrmeinungen und bundesgerichtliche Rechtsprechung

- 289 Unproblematisch sind jene Fälle, in denen für Haupt- und Widerklage die gleiche Verfahrensart massgebend ist. Im Mietrecht ist etwa an den Fall zu denken, in dem der Mieter die Kündigung anfechtet oder deren Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit geltend macht und der Vermieter widerklageweise die Ausweisung (ausserhalb des Summarverfahrens) verlangt. Auf beide Rechtsbegehren findet streitwertunabhängig das vereinfachte Verfahren Anwendung.<sup>521</sup> Ausgeschlossen ist eine Widerklage nach einhelliger Lehre hingegen dann, wenn für die Hauptklage das vereinfachte Verfahren gilt und für die Widerklage das ordentliche Verfahren massgebend ist.<sup>522</sup> Dieser Auffassung ist auch das Bundesgericht, das jedoch eine Ausnahme für jenen Fall macht, in dem der Kläger eine echte Teilklage erhebt, für die aufgrund ihres Streitwerts von höchstens Fr. 30 000.– nach Art. 243 Abs. 1 ZPO das vereinfachte

---

<sup>518</sup> Vgl. zu den Mietgerichtskantonen Rz. 269.

<sup>519</sup> Gl.M. LACHAT, Procédure, 139; Handkomm. ZPO-DÜRR, Art. 224 N 9; in diesem Sinne GRIEDER, Rz. 536, der (mit Verweis auf das Mietrecht) ausführt, wenn sich die sachliche Zuständigkeit aus der Natur der Sache ergebe, bilde die gleiche sachliche Zuständigkeit für Haupt- und Widerklage eine Voraussetzung für die Zulässigkeit der Widerklage; Frage offen gelassen in BGE 143 III 495 E. 2.2.1 S. 497 f. u. E. 2.2.2.2 S. 500 f.; a.A. RAPOLD/FERRARI-VISCA, AJP 2013, 396 ff.; DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 83, nach der aus prozessökonomischen Gründen das Mietgericht nur dann nicht für die mietrechtsfremde Widerklage zuständig sein soll, wenn das kantonale Recht dies vorsieht.

<sup>520</sup> LACHAT, Procédure, 139.

<sup>521</sup> Vgl. dazu die bundesgerichtliche Rechtsprechung in Rz. 232 ff., insb. Rz. 234.

<sup>522</sup> DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 173; Komm. ZPO-GASSER/RICKLI, Art. 224 N 3; RAPOLD/FERRARI-VISCA, AJP 2013, 390; GRIEDER, Rz. 612; BK ZPO-KILLIAS, Art. 224 N 22; ZPO Komm.-LEUENBERGER, Art. 224 N 14; Kuko ZPO-NAEGELI/RICHERS, Art. 224 N 2; Comm. CPC-TAPPY, Art. 224 N 13; so auch die Botschaft ZPO, 7339.

Verfahren gilt. Die beklagte Partei könne diesfalls eine negative Feststellungswiderklage erheben, auch wenn deren Streitwert Fr. 30 000.– übersteige. Haupt- und Widerklage seien zusammen im ordentlichen Verfahren zu beurteilen.<sup>523</sup>

In der Lehre umstritten ist die Frage, ob in einem ordentlichen Verfahren eine Widerklage zulässig ist, auf die das vereinfachte Verfahren Anwendung findet.<sup>524</sup> Dazu werden unterschiedliche Ansichten vertreten. So ist etwa nach PAHUD eine Widerklage diesfalls generell ausgeschlossen.<sup>525</sup> Das Bundesgericht hat diese Frage in BGE 143 III 506 offen gelassen.<sup>526</sup>

LEUENBERGER zieht in solchen Fällen (ohne dies explizit zu erwähnen) Parallelen zur objektiven Klagenhäufung und der dort von LEUENBERGER/UFFERTOBTLER vertretenen Ansicht. *In jedem Fall unzulässig* sei die Widerklage seines Erachtens dann, wenn es sich bei dieser um einen Sozialprozess i.S.v. Art. 247 Abs. 2 ZPO handle. Wenn mit der Widerklage aber eine Forderung geltend gemacht werde, die ausschliesslich wegen des Streitwerts dem vereinfachten Verfahren unterstehe (Art. 243 Abs. 1 ZPO), so sei die Widerklage zuzulassen. Der Widerkläger verzichte diesfalls auf das vereinfachte Verfahren.<sup>527</sup>

Nach GASSER/RICKLI kann eine Widerklage erhoben werden, wenn für die Hauptklage das ordentliche Verfahren massgebend ist und die Widerklage *allein vom Streitwert* her im vereinfachten Verfahren zu beurteilen wäre.<sup>528</sup>

Sie unterscheiden im Gegensatz zu LEUENBERGER nicht, ob bei der Widerklage der soziale Untersuchungsgrundsatz nach Art. 247 Abs. 2 ZPO zur Anwendung gelangt oder nicht. Indem sie bei der Widerklage nur auf den Streitwert abstellen, geben sie meiner Ansicht nach zu verstehen, dass vielmehr zwischen streitwertabhängigen (Art. 243 Abs. 1 ZPO) und streitwertunabhängigen (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO) Begehren zu differenzieren ist.

NAEGELI/RICHERS unterscheiden ebenfalls nicht, ob die soziale Untersuchungsmaxime gemäss Art. 247 Abs. 2 ZPO greift. Im Gegensatz zu GASSER/RICKLI differenzieren sie jedoch scheinbar nicht, ob es sich um eine streitwertunabhängige oder eine streitwertabhängige Angelegenheit handelt.

<sup>523</sup> BGE 143 III 506 E. 3.2.1 ff. S. 509 ff. u. E. 4.1 ff. S. 513 ff.

<sup>524</sup> Vgl. Rz. 418 ff. zur Revision der ZPO.

<sup>525</sup> Dike Komm. ZPO-PAHUD, Art. 224 N 15; gl.M. wohl LACHAT, Procédure, 139.

<sup>526</sup> BGE 143 III 506 E. 3.2.4 S. 513.

<sup>527</sup> ZPO Komm.-LEUENBERGER, Art. 224 N 14; gl.M. GRIEDER, Rz. 615 f.; vgl. hierzu die Ausführungen zur objektiven Klagenhäufung in Rz. 273.

<sup>528</sup> Komm. ZPO-GASSER/RICKLI, Art. 224 N 3; gl.M. ZPO-ENGLER, Art. 224 N 10; BK ZPO-KILLIAS, Art. 224 N 25.

### 3. Teil: Das vereinfachte Verfahren

---

Ihrer Auffassung nach verzichtet die beklagte Partei mit der Widerklage bewusst auf den Schutz des vereinfachten Verfahrens.<sup>529</sup>

#### **B. Stellungnahme**

- 294 Im Folgenden ist auf die umstrittene Frage einzugehen, ob im ordentlichen Prozess eine Widerklage erhoben werden kann, auf die das vereinfachte Verfahren Anwendung finden würde. Dabei lassen sich Parallelen zur objektiven Klagenhäufung ziehen. So ist aus mietverfahrensrechtlicher Sicht die von LEUENBERGER bei der Widerklage vertretene Auffassung ebenso wenig differenziert wie diejenige von LEUENBERGER/UFFER-TOBLER bei der objektiven Klagenhäufung. Wie dargelegt gelangt bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Miete von Wohn- und Geschäftsräumlichkeiten im vereinfachten Verfahren stets die soziale Untersuchungsmaxime zur Anwendung (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO und Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ZPO i.V.m. Art. 243 Abs. 1 ZPO). Die Möglichkeit einer Widerklage im Mietverfahren wäre im Gegensatz zu anderen Materien ohne sachliche Rechtfertigung begrenzt, wenn der Auffassung von LEUENBERGER gefolgt würde. Wie bei der objektiven Klagenhäufung sollte deshalb nicht darauf abgestellt werden, ob die soziale Untersuchungsmaxime gemäss Art. 247 Abs. 2 ZPO zur Anwendung gelangt.<sup>530</sup>
- 295 Es ist vielmehr danach zu unterscheiden, ob die Widerklage streitwertunabhängig (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO) oder streitwertabhängig (Art. 243 Abs. 1 ZPO) dem vereinfachten Verfahren unterliegt. Ist für die Hauptklage das ordentliche Verfahren massgebend, so sollte eine Widerklage in jenen Fällen zugelassen werden, in denen das vereinfachte Verfahren streitwertabhängig gemäss Art. 243 Abs. 1 ZPO zur Anwendung gelangen würde. Solche Streitigkeiten sind, wie bereits im Rahmen der Ausführungen zur objektiven Klagenhäufung erwähnt, nicht aufgrund einer besonders schützenswerten Materie dem vereinfachten Verfahren zugewiesen, sondern lediglich aufgrund des tiefen Streitwerts. Die widerklagende Partei kann meiner Ansicht nach diesfalls auf die soziale Untersuchungsmaxime i.S.v. Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ZPO verzichten. Im ordentlichen Verfahren wäre sowohl bei der Haupt- als auch der Widerklage die Verhandlungsmaxime massgebend.<sup>531</sup>

---

<sup>529</sup> Kuko ZPO-NAEGELI/RICHERS, Art. 224 N 3.

<sup>530</sup> Vgl. zum Ganzen Rz. 273 ff. im Zusammenhang mit der objektiven Klagenhäufung.

<sup>531</sup> Vgl. zur massgeblichen Maxime eingehend die Ausführungen in Rz. 276 im Zusammenhang mit der objektiven Klagenhäufung; a.A. DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 172, der zufolge die soziale Untersuchungsmaxime auch im ordentlichen Verfahren zur Anwendung gelangen kann.

Ausgeschlossen sollte eine Widerklage meiner Ansicht nach hingegen dann sein, wenn diese im Zusammenhang mit dem Kernbereich des Mietrechts steht. In diesen Fällen kann die widerklagende Partei nicht, wie von NAEGEL/RICHERS (zumindest implizit) postuliert, auf den Schutz des vereinfachten Verfahrens verzichten.<sup>532</sup> Das vereinfachte Verfahren gelangt bei Streitigkeiten i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO aufgrund der besonders schützenswerten Materie meines Erachtens zwingend zur Anwendung, weshalb auch nicht auf den Willen des Widerklägers abgestellt werden kann.<sup>533</sup> 296

Nach dem Gesagten hätte die beklagte Partei (ähnlich wie die klagende Partei bei der objektiven Klagenhäufung) bei einer streitwertabhängigen Widerklage – zumindest theoretisch – eine Wahlmöglichkeit. Sie könnte einerseits entscheiden, bei einer ordentlichen Hauptklage eine Widerklage zu erheben und auf die soziale Untersuchungsmaxime gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ZPO zu verzichten. Andererseits könnte sie von einer Widerklage absehen, im vereinfachten Verfahren klagen und von der sozialen Untersuchungsmaxime sowie dem offenem Novenrecht profitieren (wobei zuvor ein Schlichtungsverfahren zu durchlaufen wäre).<sup>534</sup> 297

## VI. Kostenregelung

### 1. Einleitung

Im Entscheidungsverfahren werden gemäss Art. 114 ZPO bei gewissen Streitigkeiten keine Gerichtskosten gesprochen. Mietrechtliche Angelegenheiten sind vom Katalog des Art. 114 ZPO nicht erfasst. Dabei wurden im Gesetzgebungsprozess mehrere Versuche unternommen, die Kostenfreiheit auch auf diese Materie auszudehnen. So wurde im Rahmen der Beratung der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats beantragt, Art. 112 E-ZPO um Streitigkeiten aus dem Mietverhältnis zu ergänzen – eventualiter zumindest um Streitigkeiten aus dem Mietverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000.– und in Kündigungsschutzverfahren unabhängig von der Höhe des Streitwerts. Sowohl Haupt- als auch Eventualantrag vermochten keine Mehrheit zu finden.<sup>535</sup> In der nationalrätlichen Debatte wurde erneut – wieder-

<sup>532</sup> Vgl. zu der von NAEGEL/RICHERS vertretenen Ansicht Rz. 293.

<sup>533</sup> Vgl. die Ausführungen im Zusammenhang mit der objektiven Klagenhäufung in Rz. 283; vgl. Rz. 418 ff. zur Revision der ZPO.

<sup>534</sup> Vgl. hierzu Rz. 277.

<sup>535</sup> Vgl. hierzu Protokoll RK-NR vom 15./16. November 2007, 68 (beide Anträge wurden mit zehn gegen sieben Stimmen abgelehnt), und den dem Protokoll beigelegten Antrag Nr. 5 vom 18. August 2007; vgl. zu den diesbezüglichen Diskussionen in der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats auch Protokoll RK-NR vom

### 3. Teil: Das vereinfachte Verfahren

---

rum erfolglos – versucht, mit gleichlautendem Haupt- und Eventualantrag durchzudringen.<sup>536</sup>

- 299 Im Gegensatz zum Schlichtungsverfahren, in dem bei Streitigkeiten aus der Wohn- und Geschäftsraummiete meines Erachtens generell keine Gerichtskosten zu sprechen sind (Art. 113 Abs. 2 lit. c ZPO),<sup>537</sup> können im erstinstanzlichen Entscheidungsverfahren somit grundsätzlich Gerichtskosten auferlegt werden. Diese Regelung ist nicht unumstritten und sorgt auf kantonaler Ebene für politische Diskussionen.<sup>538</sup> Eine Regelung i.S.v. Art. 113 Abs. 1 ZPO (keine Parteientschädigung im Schlichtungsverfahren) fehlt ebenfalls.

## 2. Kostenbefreiung nach kantonalem Recht

### A. Gerichtskosten oder Prozesskosten?

- 300 Ein wichtiges Anliegen des Gesetzgebers bei der Normierung der besonderen Kostenregelungen war, dass der Bund den Kantonen keine neuen Gratisprozesse aufzwingen wollte, diese aber frei sind, von sich aus zusätzliche Kostenbefreiungen zu gewähren.<sup>539</sup> Deshalb ermöglicht Art. 116 Abs. 1 ZPO den Kantonen, weitere Befreiungen von den Prozesskosten vorzusehen. Diese Bestimmung ist namentlich für mietrechtliche Streitigkeiten von praktischer Bedeutung, die bis vor Inkrafttreten der ZPO in einigen Kantonen kostenlos waren.<sup>540</sup>
- 301 Der Wortlaut von Art. 116 Abs. 1 ZPO wurde im Verlauf des Gesetzgebungsprozesses angepasst. Während Art. 114 Abs. 1 E-ZPO die weitere Befreiung von den *Gerichtskosten* vorsah, ist in Art. 116 Abs. 1 ZPO von *Prozesskosten* die Rede. Die Änderung basiert auf einem Antrag der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats, nach dem die deutsche und italienische Fassung der französischen angepasst werden sollte, die von „*frais*“ und nicht

---

25./26. Oktober 2007, 4 ff., wo noch kein Entscheid gefällt wurde; vgl. Protokoll RK-StR vom 8./9. Januar 2007, 65 f., zu den Diskussionen in der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats.

<sup>536</sup> AmtlBull NR 2008, 942 f.; im Ständerat wurde Art. 112 E-ZPO zuvor ohne Diskussionen zugestimmt, vgl. dazu AmtlBull StR 2007, 513.

<sup>537</sup> Nach der hier vertretenen Ansicht fallen im mietrechtlichen Schlichtungsverfahren unabhängig davon, ob eine Einigung zustande gekommen, eine Klagebewilligung erteilt, ein Urteilsvorschlag unterbreitet oder ein Entscheid gefällt worden ist, keine Prozesskosten an, vgl. hierzu die Ausführungen im Zusammenhang mit der Kostenregelung im Schlichtungsverfahren in Rz. 204 ff., insb. Rz. 209 ff.

<sup>538</sup> DIETSCHY-MARTENET, *Procédure civile*, Rz. 205; PESENTI, Rz. 187 f., m.H.a. zwei baselstädtische Volksinitiativen.

<sup>539</sup> AmtlBull NR 2008, 943; so auch BK ZPO-STERCHI, Art. 116 N 1.

<sup>540</sup> BK ZPO-STERCHI, Art. 116 N 1.

von „*frais judiciaires*“ sprach. Die Ausdehnung auf die Prozesskosten und somit auch auf die Parteientschädigung wurde mit Hinweis auf die damalige Regelung im Kanton Genf begründet, wonach beim Mietgericht keine Gerichtskosten anfielen, die obsiegende Partei aber auch keine Parteientschädigung erhielt. Es wurde ausgeführt, dass dies nicht auf die gesamte Schweiz ausgeweitet werden müsse, es sei den Kantonen jedoch die Möglichkeit der Beibehaltung dieser Regelung zu belassen.<sup>541</sup> Auch anlässlich der parlamentarischen Debatte erfolgte ein Hinweis auf die Regelung in Westschweizer Kantonen. So wurde – zwar nicht explizit in Bezug auf die Parteientschädigung – angemerkt, Mietverfahren in den Kantonen Freiburg, Genf und Waadt seien kostenlos und der Entwurf der ZPO beabsichtige nicht, die Kantone zur Änderung ihrer Praxis zu bewegen.<sup>542</sup>

Das Bundesgericht hat in Berufung auf die Gesetzesmaterialien festgehalten, dass sich daraus der Wille des Gesetzgebers ergebe, nicht die Rechte jener französischsprachigen Kantone zu beschneiden, welche die Kostenfreiheit auch in Bezug auf die Parteientschädigung vorsahen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und einem Teil der Lehre können die Kantone demnach auch eine Befreiung der Parteientschädigung vorsehen.<sup>543</sup> Dies ist auch mit dem Wortlaut von Art. 116 ZPO vereinbar. So bestehen Prozesskosten gemäss Art. 95 ZPO aus Gerichtskosten (lit. a) und Parteientschädigungen (lit. b).<sup>544</sup>

## B. Die Regelung am Beispiel einiger Kantone

Um die Verfahrenskosten ermitteln zu können, sind die entsprechenden kantonalen Regelungen zu konsultieren. Dabei zeigen sich insbesondere Unterschiede zwischen Mietgerichtskantonen und solchen Kantonen, die keine derartigen Spezialgerichte vorsehen.<sup>545</sup> Wird im Folgenden nicht speziell auf die Parteientschädigung i.S.v. Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO eingegangen, so beziehen sich die Ausführungen auf die Gerichtskosten i.S.v. Art. 95 Abs. 1 lit. a ZPO.

Im Kanton Freiburg werden gemäss Art. 130 Abs. 1 JG-FR bei Mietstreitigkeiten über Wohnräume keine Gerichtskosten erhoben, wenn die Hauptwohnung des Mieters betroffen ist und diese keine Luxuswohnung darstellt. Aus-

<sup>541</sup> Zum Ganzen Protokoll RK-NR vom 25./26. Oktober 2007, 6 ff.

<sup>542</sup> AmtlBull StR 2007, 513 (im Zusammenhang mit Art. 112 E-ZPO); AmtlBull NR 2008, 943.

<sup>543</sup> BGE 139 III 182 E. 2.6 S. 188 f.; gl.M. Komm. ZPO-GASSER/RICKLI, Art. 116 N 2; PESENTI, Rz. 186; kritisch BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 116 N 2 f.; a.A. BK ZPO-STERCHI, Art. 116 N 4; ZPO Komm.-JENNY, Art. 116 N 3.

<sup>544</sup> BGE 139 III 182 E. 2.3 S. 186.

<sup>545</sup> Vgl. zu den Mietgerichtskantonen Rz. 269.

### 3. Teil: Das vereinfachte Verfahren

---

nahmen sind für jene Fälle vorgesehen, in denen dem Gericht hohe Auslagen entstehen (Art. 130 Abs. 2 JG-FR).

- 305 Der Kanton Genf geht weiter als der Kanton Freiburg und sieht in Art. 22 Abs. 1 LaCC-GE vor, dass keine „frais“ im Mietverfahren erhoben werden. Nach LACHAT erfasst der Begriff „frais“ sowohl Gerichtskosten als auch Parteientschädigungen.<sup>546</sup> Dies deckt sich mit dem französischsprachigen Wortlaut von Art. 95 Abs. 1 ZPO („*Les frais comprennent les frais judiciaires*“ und „*les dépens*“).
- 306 Im Kanton Waadt werden im Mietverfahren gemäss Art. 12 Abs. 1 LJB-VD grundsätzlich keine Kosten erhoben. Ausnahmen der Kostenfreiheit sind bei mutwilliger Prozessführung (Art. 12 Abs. 2 und 3 LJB-VD) und bei der Geschäftsraummiete (Art. 13 LJB-VD) vorgesehen. Dabei sind Gerichts- und Parteikosten gemeint.<sup>547</sup> Dass auch Parteikosten von Art. 12 Abs. 1 LJB-VD erfasst werden, ergibt sich aus Art. 12 Abs. 3 LJB-VD i.V.m. Art. 12 Abs. 2 LJB-VD, wonach eine Partei nur bei mutwilliger Prozessführung oder unnötiger Prozessverzögerung zur Bezahlung der Parteientschädigung verpflichtet werden kann.
- 307 Einen grossen Kontrapunkt zu diesen drei westschweizer Mietgerichtskantonen setzt der Kanton Aargau, der bei der Regelung der Gerichtskosten (§ 7 VKD-AG) weder im vereinfachten noch im ordentlichen Verfahren mietrechtliche Besonderheiten vorschreibt.
- 308 Der Kanton Bern sieht in Art. 36 Abs. 2 VKD-BE vor, dass im ordentlichen Verfahren die Mindestgebühr unterschritten werden kann, wenn bei mietrechtlichen Angelegenheiten der Streitwert nach Art. 92 Abs. 2 ZPO ermittelt wurde.<sup>548</sup> Gleiches gilt für das Berufungsverfahren (Art. 44 Abs. 2 VKD-BE). Für das vereinfachte Verfahren findet sich eine entsprechende Bestimmung (Art. 38 VKD-BE) nicht.
- 309 Weiter als der Kanton Bern geht der Mietgerichtskanton Zürich. Ähnlich wie im Kanton Bern ist die Regelung bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit wiederkehrenden Nutzungen oder Leistungen i.S.v. Art. 92 ZPO. Diesfalls wird die Grundgebühr gemäss § 4 Abs. 3 GebV OG-ZH in der Regel ermässigt (ohne Unterscheidung zwischen ordentlichem und vereinfachtem Verfahren). In Verfahren über die Anfechtung der Kündigung und über die Erstreckung von Wohn- und Geschäftsraummietverhältnissen kann die Gebühr jedoch bis auf zwei Drittel der ordentlichen Gebühr ermässigt werden (§ 7 lit. a GebV OG-ZH i.V.m. § 4 Abs. 1 GebV OG-ZH).

---

<sup>546</sup> LACHAT, Procédure, 57 Fn. 93; DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 205 („*exemption de frais judiciaires et de dépens*“).

<sup>547</sup> So auch LACHAT, Procédure, 57; DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 205; PESENTI, Rz. 188.

<sup>548</sup> Vgl. die Ausführungen zur Streitwertberechnung in Rz. 42 ff.

Im Kanton Tessin liegt bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen die Gebühr bei Streitwerten von bis zu Fr. 30 000.– zwischen Fr. 100.– und Fr. 200.– anstelle von Fr. 500.– bis Fr. 4 000.– (Art. 8 Abs. 2 erster Halbsatz LTG-TI i.V.m. Art. 8 Abs. 1 LTG-TI i.V.m. Art. 7 Abs. 1 LTG-TI). Bei Angelegenheiten, die ohne Rücksicht auf den Streitwert dem vereinfachten Verfahren unterliegen (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO), kann der Richter die unterliegende Partei – wenn sie weder bös- noch mutwillig gehandelt hat – von den Kosten der Beweiserhebung befreien, wenn diese schwerwiegende finanzielle Auswirkungen für sie haben könnten (Art. 8 Abs. 2 zweiter Halbsatz LTG-TI).

310



## 4. Teil: Das ordentliche Verfahren

### I. Anwendungsbereich

Das ordentliche Verfahren (Art. 219 ZPO – Art. 242 ZPO) stellt das Grundverfahren der Zivilprozessordnung dar.<sup>549</sup> Es gelangt bei der Wohn- und Geschäftsraummiete dann zur Anwendung, wenn es sich nicht um eine Streitigkeit aus dem Kernbereich handelt (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO) und der Streitwert Fr. 30 000.– übersteigt (Art. 243 Abs. 1 ZPO e contrario). Im Gegensatz zum vereinfachten Verfahren stellt der ordentliche Prozess im Mietrecht eine Ausnahme dar. So werden in dieser Materie die wenigsten Streitigkeiten im ordentlichen Verfahren durchgeführt.<sup>550</sup> Grund dafür ist einerseits, dass eine Vielzahl unter Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO fällt.<sup>551</sup> Andererseits muss bei streitwertabhängigen Angelegenheiten der Streitwert von Fr. 30 000.– überschritten werden. Zwar ist dieser im Mietverfahren in der Regel hoch, allerdings ist das vor allem bei streitwertunabhängigen Streitigkeiten der Fall (insbesondere bei Kündigungsanfechtungen und Mietzinsstreitigkeiten).<sup>552</sup> 311

In den Anwendungsbereich des ordentlichen Verfahrens fallen insbesondere Mietzins- und Schadenersatzforderungen des Vermieters, die einen Streitwert von Fr. 30 000.– übersteigen.<sup>553</sup> Zu denken ist auch an Streitigkeiten im Zusammenhang mit Mängelrechten des Mieters (Art. 259a ff. OR), die ausserhalb eines Hinterlegungsverfahrens geltend gemacht werden. In der Praxis dürfte dabei zumeist die Geschäftsraummiete betroffen sein. 312

Der ordentliche Prozess spielt bei der Wohn- und Geschäftsraummiete im Gegensatz zum vereinfachten Verfahren nicht nur eine untergeordnete Rolle. Es ist auch anzumerken, dass er im Mietrecht keine besonderen Eigenheiten aufweist. Aus diesem Grund beschränken sich die folgenden Ausführungen auf die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts. Hinsichtlich der objekti- 313

---

<sup>549</sup> Botschaft ZPO, 7338.

<sup>550</sup> PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 817; LACHAT, Procédure, 131; siehe THANEL, mp 2009, 195, der zufolge das vereinfachte Verfahren in mietrechtlichen Angelegenheiten die Regel darstellt.

<sup>551</sup> Vgl. dazu die Ausführungen in Rz. 224.

<sup>552</sup> Vgl. die Ausführungen zur Streitwertberechnung in Rz. 42 ff.; siehe PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 817, der anmerkt, dass die Streitwertgrenze von Fr. 30 000.– doch recht hoch ist.

<sup>553</sup> THANEL, mp 2009, 195; LACHAT, Procédure, 132 f., mit weiteren Beispielen.

#### 4. Teil: Das ordentliche Verfahren

---

ven Klagenhäufung und der Widerklage kann auf die Ausführungen zum vereinfachten Verfahren verwiesen werden.<sup>554</sup>

## II. Zuständigkeit des Handelsgerichts

### 1. Bundesgerichtliche Rechtsprechung und Lehrmeinungen

#### A. Handelsrechtliche Streitigkeit

- 314 Eine Streitigkeit gilt gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO als handelsrechtlich, wenn die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist (lit. a), gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offensteht (lit. b) und die Parteien im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind (lit. c).<sup>555</sup>
- 315 Was die geschäftliche Tätigkeit i.S.v. Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO anbelangt, so wird zwischen Grundgeschäften einerseits und Hilfs- oder Nebengeschäften andererseits unterschieden. Grundgeschäfte stellen etwa der Verkauf von Gütern oder die Erbringung eigener Dienstleistungen dar. Hilfs- oder Nebengeschäfte sind hingegen dazu bestimmt, die Geschäftstätigkeit zu fördern oder zu unterstützen.<sup>556</sup> Sowohl das Bundesgericht als auch die herrschende Lehre gehen davon aus, dass nicht nur die Grundgeschäfte von Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO erfasst werden, sondern auch die Hilfs- und Nebengeschäfte.<sup>557</sup> Dabei fallen der Abschluss von Mietverträgen über Geschäftsliegenschaften und damit grundsätzlich auch Streitigkeiten aus solchen Verträgen unter den Begriff „geschäftliche Tätigkeit“ i.S.v. Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO.<sup>558</sup>

---

<sup>554</sup> Vgl. dazu Rz. 267 ff. (objektive Klagenhäufung) und Rz. 285 ff. (Widerklage).

<sup>555</sup> Vgl. Rz. 400 ff. zur Revision der ZPO.

<sup>556</sup> BGE 139 III 457 E. 3.2 S. 458; vgl. dazu weiterführend ŞENEL, Rz. 241 f.; BSK ZPO-VOCK/NATER, Art. 6 N 8.

<sup>557</sup> BGE 139 III 457 E. 3.2 S. 459 m.H.a. die unter § 404 ZPO-AG, Art. 5 ZPO-BE, Art. 14 ZPG-SG und § 62 GVG-ZH ergangene Praxis, welche sowohl die Grundgeschäfte als auch die Hilfs- und Nebengeschäfte erfasste; Comm. CPC-HALDY, Art. 6 N 5; Kuko ZPO-HAAS/SCHLUMPF, Art. 6 N 6; BSK ZPO-VOCK/NATER, Art. 6 N 8; ŞENEL, Rz. 244.

<sup>558</sup> BGE 139 III 457 E. 3.2 S. 459; BERGER, ZBJV 2012, 478 f.; ŞENEL, Rz. 242; Comm. CPC-HALDY, Art. 6 N 5; BSK ZPO-VOCK/NATER, Art. 6 N 9.

**B.            Verfahrensart**

Das vereinfachte Verfahren findet nach dem klaren Wortlaut von Art. 243 Abs. 3 ZPO keine Anwendung auf Streitigkeiten vor dem Handelsgericht. Aus diesem Grund lehnt das Bundesgericht die teilweise vertretene Auffassung ab, wonach das Handelsgericht, wenn es anstelle der ordentlichen Gerichte (bzw. Mietgerichte) entscheidet, die für den Mietprozess geltenden Verfahrensregeln anzuwenden habe.<sup>559</sup> Es verwirft weiter auch die Ansicht, wonach die Handelsgerichte in den Handelsgerichtskantonen die in Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO genannten Materien, welche in den übrigen Kantonen im vereinfachten Verfahren durchgeführt würden, im ordentlichen Verfahren zu beurteilen hätten.<sup>560</sup> 316

Die Abgrenzung zwischen Art. 6 ZPO und Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO kann gemäss Bundesgericht nur so erfolgen, dass entweder das Handelsgericht zuständig ist und dieses im ordentlichen Verfahren ohne vorgängige Schlichtung entscheidet, oder dass die mietrechtlichen Angelegenheiten von den ordentlichen Gerichten bzw. Mietgerichten im vereinfachten Verfahren mit vorgängiger Schlichtung durch die paritätische Schlichtungsbehörde beurteilt werden. Wären die Verfahrensarten für die gleichen Streitigkeiten unterschiedlich, weil diese von unterschiedlichen Gerichten beurteilt werden könnten, so wäre die mit der vereinheitlichten Zivilprozessordnung angestrebte einheitliche Verwirklichung des materiellen Rechts in Frage gestellt. Die Abgrenzung zwischen der Zuständigkeit der Handelsgerichte und jener der ordentlichen Gerichte (bzw. Mietgerichte) könne daher nicht derart sein, dass dadurch in die von der Zivilprozessordnung vorgegebenen Verfahrensarten eingegriffen würde.<sup>561</sup> Dieser Grundsatz sei in Bezug auf die Kompetenz der Kantone zur Regelung der sachlichen und funktionellen Zuständigkeit ihrer Gerichte (Art. 4 ZPO) anerkannt. Danach könnten die Kantone eine Abgrenzung der Zuständigkeiten nach der Verfahrensart treffen, jedoch nicht in die von der ZPO vorgegebenen Verfahrensarten eingreifen.<sup>562</sup> Gemäss Auffas- 317

<sup>559</sup> BGE 139 III 457 E. 4.3 S. 460 u. E. 4.4.3.1 S. 462 m.H.a. die von GOG ZH-HAUSER/SCHWERI/LIEBER, § 3 N 38 (1. Aufl.) vertretene Ansicht, wobei sich diese in der zweiten Auflage nicht mehr findet.

<sup>560</sup> BGE 139 III 457 E. 4.3 S. 460 u. E. 4.4.3.1 S. 462 f. m.H.a. die von Comm. CPC-TAPPY, Art. 243 N 23 i.V.m. 27, vertretene Auffassung.

<sup>561</sup> Zum Ganzen BGE 139 III 457 E. 4.4.3.1 S. 462 f. u. E. 4.4.3.3 S. 463 f.

<sup>562</sup> BGE 139 III 457 E. 4.4.3.3 S. 464 m.H.a. BSK ZPO-VOCK/NATER, Art. 4 N 5 (2. Aufl.), BK ZPO-BERGER, Art. 4 N 14 u. 16, sowie Dike Komm. ZPO-BRUNNER, Art. 4 N 3 (1. Aufl.); vgl. ferner BGE 139 III 38, wonach eine kantonale Bestimmung, welche die Mieterausweisung allgemein dem Summarverfahren i.S.v. Art. 248 lit. a ZPO i.V.m. Art. 250 ZPO zuweisen wollte, gegen die derogatorische Kraft des Bundesrechts verstösst.

sung des Bundesgerichts geht die Regelung der Verfahrensart somit jener über die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte vor.<sup>563</sup>

## 2. Stellungnahme

- 318 Das Bundesgericht hat mittlerweile wiederholt bestätigt, dass das Handelsgericht bei mietrechtlichen Streitigkeiten sachlich zuständig sein kann.<sup>564</sup> Ein Abweichen von dieser Rechtsprechung erscheint somit – zumindest in absehbarer Zeit – unwahrscheinlich. Wie im Folgenden aufzuzeigen sein wird, bringt die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts gewisse Nachteile mit sich.
- 319 Zunächst ist zu bedenken, dass Handelsgerichte nicht auf mietrechtliche Angelegenheiten zugeschnitten sind. Beim Handelsgericht wirken höhere Berufsrichter und fachkundige Laienrichter aus den jeweils vom Streit betroffenen Branchen zusammen.<sup>565</sup> Aufgrund ihrer besonderen Qualifikation zur Beurteilung wirtschaftlicher Sachverhalte – insbesondere wegen ihrer Spezialisierung und der Expertise der Fachrichter – sind diese Gerichte besonders für die Entscheidung handelsrechtlicher Streitigkeiten geeignet.<sup>566</sup> Während für Schlichtungsbehörden und erstinstanzliche Gerichte mietrechtliche Verfahren auf der Tagesordnung stehen, stellen diese für Handelsgerichte eine Ausnahme dar. So führt KOLLER zu Recht aus, dass die paritätischen Schlichtungsbehörden und die ordentlichen Gerichte (bzw. Mietgerichte) im Mietrecht über wesentlich mehr Erfahrung verfügen.<sup>567</sup>
- 320 Weiter können sich Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen der sachlichen Zuständigkeit ergeben. Bereits vor dem Schlichtungsverfahren kann sich eine Partei gezwungen sehen, zusätzlich oder anstelle der Auskunft der Rechtsberatungsstelle (Art. 201 Abs. 2 ZPO) einen Rechtsanwalt beizuziehen, um die Frage der sachlichen Zuständigkeit der konkreten Streitigkeit abzuklä-

---

<sup>563</sup> BGE 139 III 457 E. 4.4.3.3 S. 464; vgl. zur gegenteiligen Auffassung der Vorinstanz OGer ZH NG130010 vom 1. Juli 2013, E. 5.5; gl.M. wie das Obergericht des Kantons Zürich war auch das bernische Handelsgericht, das ausgeführt hat, dass die Regelung über die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts der Bestimmung der Verfahrensart vorgehe, vgl. dazu HG 13 2 vom 3. Mai 2013, E. 6 u. 7, in: CAN 2013, 195 ff. Dem Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern zustimmend SPÜHLER, CAN 2013, 201.

<sup>564</sup> Vgl. dazu etwa BGer 4A\_300/2016 vom 5. Oktober 2016 sowie BGE 143 III 137 E. 2.1 f. S. 138 f.

<sup>565</sup> Botschaft ZPO, 7261.

<sup>566</sup> ZPO Komm.-VETTER, Art. 6 N 10; ŞENEL, Rz. 178, der zufolge es das Ziel der ZPO war, ein Sondergericht für Kaufleute zu schaffen, das sich lediglich mit Handelsstreitigkeiten befassen sollte.

<sup>567</sup> KOLLER, ZBJV 2014, 955, der weiter ausführt, dass es fraglich ist, ob die Handelsgerichte überhaupt über Fachrichter mit Erfahrung im Mietrecht verfügen.

ren. Denn davon hängt ab, ob ein Schlichtungsgesuch einzureichen oder direkt beim Handelsgericht zu klagen ist. Als Beispiel für eine solche Abgrenzungsfrage führt KOLLER einen Streit über die Privatwohnung eines im Handelsregister eingetragenen Einzelkaufmanns auf, bei dem als Vermieterin eine Immobilien-AG fungiert, die gewerbsmässig Wohnungen vermietet. Gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO ist nicht erforderlich, dass die geschäftliche Tätigkeit beider Parteien betroffen ist. Es genügt, wenn lediglich die geschäftliche Tätigkeit einer Partei tangiert ist. Überdies müssen laut Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO die Parteien<sup>568</sup> im schweizerischen Handelsregister (oder in einem vergleichbaren ausländischen Register) eingetragen sein. Im dargelegten Beispiel wären diese beiden Voraussetzungen erfüllt. Beide Parteien sind im Handelsregister eingetragen und die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei – in diesem Fall diejenige der Vermieterin – ist betroffen.<sup>569</sup> Zwar handelt es sich nicht um eine Streitigkeit im Zusammenhang mit einem Geschäftsraummietobjekt,<sup>570</sup> die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 2 ZPO sind allerdings erfüllt (sofern der Streitwert über Fr. 30 000.–<sup>571</sup> liegt). Um solch kostspielige und zeitraubende Abgrenzungsfragen gänzlich zu vermeiden, vertritt KOLLER denn auch den Standpunkt, mietrechtliche Streitigkeiten generell nicht als handelsrechtlich zu qualifizieren.<sup>572</sup>

MAAG geht in diesem Zusammenhang einen Schritt weiter als KOLLER. So schlägt er nicht nur vor, Mietsachen generell nicht als handelsrechtlich zu qualifizieren, sondern diese auch unabhängig vom Streitwert insgesamt dem vereinfachten Verfahren zuzuweisen.<sup>573</sup> Um sämtliche mietrechtlichen Streitigkeiten dem vereinfachten Verfahren zuordnen zu können (und damit der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts zu entziehen), müsste allerdings Art. 243 ZPO angepasst werden – dies im Sinne der Konzeption des Vorentwurfs, der gemäss Art. 237 lit. a VE-ZPO das vereinfachte Verfahren bei sämtlichen Streitigkeiten aus der Wohn- und Geschäftsraummiete ohne Rücksicht auf den Streitwert zur Anwendung gelangen liess.<sup>574</sup>

321

<sup>568</sup> Ist nur die beklagte Partei eingetragen, so hat die klagende Partei die Wahl zwischen dem Handelsgericht und dem ordentlichen Gericht (Art. 6 Abs. 3 ZPO), vgl. hierzu Rz. 400 ff. zur Revision der ZPO.

<sup>569</sup> Zum Ganzen KOLLER, ZBJV 2014, 955 f.; siehe BK ZPO-BERGER, Art. 6 N 21, u. BERGER, ZBJV 2012, 467, der als Beispiel jenen Fall aufführt, in dem ein (eingetragener) gewerbsmässiger Vermieter dem (eingetragenen) Bäcker ein Feriendomizil vermietet.

<sup>570</sup> Vgl. dazu die bundesgerichtliche Rechtsprechung in Rz. 315 in fine.

<sup>571</sup> Vgl. hierzu Rz. 322.

<sup>572</sup> KOLLER, ZBJV 2014, 955 ff., u. KOLLER, ZBJV 1/2016, 51 ff.

<sup>573</sup> MAAG, MRA 2016, 165 in fine.

<sup>574</sup> Vgl. zur Entwicklung von Art. 243 ZPO im Gesetzgebungsprozess die Ausführungen in Rz. 218 ff.

#### 4. Teil: Das ordentliche Verfahren

---

- 322 Die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte für Mietsachen mag nach dem Gesagten zwar unbefriedigend erscheinen. Meines Erachtens drängt sich eine Anpassung von Art. 243 ZPO dennoch nicht auf, ebenso wenig, sämtliche mietrechtliche Streitigkeiten generell als nicht handelsrechtlich zu qualifizieren. Dies aus dem Grund, dass der Zuständigkeitsbereich des Handelsgerichts bei mietrechtlichen Streitigkeiten letztlich klein ist. So wurde insbesondere durch die weite Auslegung des Begriffs „Kündigungsschutz“ i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO von Seiten des Bundesgerichts die Zuständigkeit der Handelsgerichte massgeblich eingeschränkt.<sup>575</sup> Auch bei Angelegenheiten mit einem Streitwert zwischen Fr. 15 000.– und Fr. 30 000.– ist das Handelsgericht nicht zuständig. Eine Beschwerde an das Bundesgericht in Mietsachen wäre gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO i.V.m. Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG zwar bereits bei einem Streitwert ab Fr. 15 000.– möglich. Da aber das vereinfachte Verfahren gemäss Art. 243 Abs. 1 ZPO bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000.– massgebend ist und gemäss Art. 243 Abs. 3 ZPO vor dem Handelsgericht keine Anwendung findet, ist dessen Zuständigkeit bei Streitigkeiten zwischen Fr. 15 000.– und Fr. 30 000.– ausgeschlossen.<sup>576</sup>
- 323 Für einen Grossteil der mietrechtlichen Streitigkeiten werden somit die Schlichtungsbehörden und anschliessend die ordentlichen Gerichte (bzw. Mietgerichte) zuständig sein.<sup>577</sup> Direkt vor dem Handelsgericht müsste etwa dann geklagt werden, wenn bei der Geschäftsraummiete Mietzins- oder Schadenersatzforderungen des Vermieters oder Mängelrechte des Mieters, die ausserhalb eines Hinterlegungsverfahrens geltend gemacht werden, mit einem Streitwert von über Fr. 30 000.– im Streit liegen (und weiter die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 lit. a und c ZPO erfüllt sind). Bei Geschäftsräumlichkeiten ist auch eine Entschädigungsforderung aufgrund eines durch den Mieter herbeigeführten Mehrwerts des Mietobjekts (Art. 260a Abs. 3 OR) denkbar.

---

<sup>575</sup> Vgl. die Entscheide des Bundesgerichts im Zusammenhang mit dem Geltungsbereich des Begriffs „Kündigungsschutz“ in Rz. 231 ff.; vgl. auch die Ausführungen in Rz. 224, wonach mindestens 47 % der mietrechtlichen Streitigkeiten im erstinstanzlichen Verfahren unter Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO fallen und somit der handelsgerichtlichen Zuständigkeit entzogen sind; vgl. weiter FRESE/KOBEL, mp 2016, 94, denen zufolge die Verfahren betreffend den Kernbereich i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO einen Grossteil sämtlicher Mietrechtsstreitigkeiten ausmachen und dementsprechend der Zuständigkeitsbereich des Handelsgerichts klein ist.

<sup>576</sup> BK ZPO-BERGER, Art. 6 N 35; KOLLER, ZBJV 2014, 956; DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 25; siehe BGE 143 III 137 E. 2.2 S. 139; vgl. zur sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts im Summarverfahren Rz. 337.

<sup>577</sup> A.A. KOLLER, ZBJV 2014, 955, der – allerdings noch vor der weiten Auslegung des Begriffs „Kündigungsschutz“ – ausführt, dass das Bundesgericht, indem es Streitigkeiten aus der Geschäftsraummiete grundsätzlich als handelsrechtlich qualifiziert, eine nicht unbedeutende Zahl von Mietfällen den Handelsgerichten zur Beurteilung zuweise.

## 5. Teil: Das Summarverfahren

### I. Rechtsschutz in klaren Fällen

#### 1. Einleitung

Beim Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO handelt es sich um den bundesrechtlichen Nachfolger des sogenannten Befehlsverfahrens, das zahlreiche Kantone vor Erlass der ZPO kannten.<sup>578</sup> Der Vorentwurf sah in Art. 266 f. VE-ZPO einen „schnellen Rechtsschutz in klaren Fällen“ vor. Dabei stimmten die Voraussetzungen für die Gewährung des Rechtsschutzes bereits mit denjenigen von Art. 257 Abs. 1 lit. a und b ZPO überein. Der Entwurf des Bundesrats führte die Art. 266 VE-ZPO und Art. 267 VE-ZPO in Art. 253 E-ZPO zusammen und passte den Wortlaut teilweise an. Dieser ist mit der heutigen Fassung deckungsgleich. 324

Der klagenden Partei wird bei eindeutiger Sach- und Rechtslage ermöglicht, rasch einen rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid zu erlangen, ohne einen einlässlichen Prozess im vereinfachten oder ordentlichen Verfahren mit vorgängiger Schlichtung durchlaufen zu müssen. Der Rechtsschutz in klaren Fällen ist eine freie Option des Klägers, welcher den Rechtsweg stattdessen auch im ordentlichen Prozess einschlagen kann. Art. 257 ZPO stellt funktionsgemäss ein Instrument des Gläubigerschutzes dar.<sup>579</sup> 325

#### 2. Voraussetzungen im Allgemeinen

Die Gewährung des Rechtsschutzes in klaren Fällen ist an zwei Voraussetzungen geknüpft. Gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO muss der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar (lit. a) und die Rechtslage klar (lit. b) sein. Da es sich um ein Summarverfahren (Art. 248 ff. ZPO) handelt, ist laut Art. 198 lit. a ZPO kein Schlichtungsversuch zu durchlaufen. Ist ein Gesuch i.S.v. Art. 257 ZPO eingegangen und erscheint dieses nicht offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet, so gibt das Gericht der Gegenpartei Ge- 326

---

<sup>578</sup> Botschaft ZPO, 7351. Es waren dies die Kantone Appenzell Innerrhoden sowie Appenzell Ausserrhoden, Glarus, Luzern, Nidwalden, Obwalden, Schaffhausen, Schwyz, Solothurn, St. Gallen, Tessin, Thurgau, Uri, Zug und Zürich, vgl. hierzu den Überblick über die einzelnen altrechtlichen kantonalen Bestimmungen in SPICHTIN, Rechtsschutz, Rz. 13; BAECKERT, ZZZ 2013, 140.

<sup>579</sup> Botschaft ZPO, 7351 f.; Dike Komm. ZPO-GöKSU, Art. 257 N 1 f.

## 5. Teil: Das Summarverfahren

---

legenheit, mündlich oder schriftlich Stellung zu nehmen (Art. 253 ZPO). Kommt der Summarrichter zum Schluss, dass der Rechtsschutz in klaren Fällen nicht gewährt werden kann, so fällt er einen Nichteintretensentscheid (Art. 257 Abs. 3 ZPO).

- 327 Unter Liquidität des Sachverhalts versteht man die in Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO statuierte Voraussetzung des unbestrittenen oder sofort beweisbaren Sachverhalts. Unbestritten ist der Sachverhalt meiner Ansicht nach dann, wenn der Gesuchsgegner sich nicht äussert bzw. säumig ist oder die Tatsachenbehauptungen des Gesuchstellers nicht bestreitet.<sup>580</sup> Anderer Auffassung sind BOHNET und KOSLAR, denen zufolge aus der *Säumnis* des Gesuchsgegners nicht auf einen unbestrittenen Sachverhalt geschlossen werden kann.<sup>581</sup> Den Art. 252 ZPO – Art. 256 ZPO ist keine Säumnisregelung für das Summarverfahren zu entnehmen. Es stellt sich deshalb die Frage, ob bei einer versäumten Stellungnahme Art. 147 Abs. 1 ZPO zum Zuge gelangt oder Art. 223 Abs. 1 ZPO. Gemäss Art. 223 Abs. 1 ZPO setzt das Gericht der beklagten Partei bei versäumter Klageantwort eine kurze Nachfrist. Eine Nachfristansetzung würde den Besonderheiten des Summarverfahrens allerdings nicht Rechnung tragen, welches auf eine rasche Streiterledigung abzielt. Deshalb ist meines Erachtens die Anwendung der Grundregel von Art. 147 Abs. 1 ZPO sachgerecht. Demnach ist eine Partei säumig, wenn sie eine Prozesshandlung nicht fristgerecht vornimmt oder zu einem Termin nicht erscheint. Dies hat zur Folge, dass die säumige Partei ihr Recht, die verpasste Prozesshandlung vorzunehmen, verwirkt hat (unter Vorbehalt der Wiederherstellung gemäss Art. 148 f. ZPO). Die Sachverhaltsdarstellung der gesuchstellenden Partei bleibt als Folge davon formell unbestritten i.S.v. Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO.<sup>582</sup> Im Ausweisungsverfahren dürfte es in der Praxis zudem vergleichsweise häufig vorkommen, dass der Gesuchsgegner sich daran gar nicht beteiligt. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn das Verfahren aufgrund des begründeten Verdachts eingeleitet wurde, der Mieter könne das Mietobjekt bereits verlassen, die Schlüssel jedoch nicht ausgehändigt haben.<sup>583</sup> In diesen Fällen aufgrund der Säumnis von einem bestrittenen Sachverhalt auszugehen, wäre nicht sachgerecht. Zu beachten ist weiter, dass die Mieter-

---

<sup>580</sup> So auch Dike Komm. ZPO-GÖKSU, Art. 257 N 7; BK ZPO-GÜNGERICH, Art. 257 N 6 f.; BSK ZPO-HOFMANN, Art. 257 N 10; SPICHTIN, Jusletter 2016, Rz. 9; CPC Comm.-TREZZINI, Art. 257 N 27; KOUMBARAKIS, MRA 2015, 175.

<sup>581</sup> CPra-CPC-BOHNET, Art. 257 N 5; Handkomm. ZPO-KOSLAR, Art. 257 N 6; gl.M. DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 390.

<sup>582</sup> Gl.M. TANNER, ZZZ 2010, 269 f.; für das Rechtsöffnungsverfahren wurde in BGE 138 III 483 E. 3.2.1 ff. S. 486 ff. die Anwendbarkeit von Art. 223 ZPO abgelehnt, allerdings wurde besonders auf die Beschleunigung jenes Verfahrens hingewiesen; die Anwendbarkeit von Art. 223 ZPO ablehnend Dike Komm. ZPO-KAUFMANN, Art. 253 N 29 ff., differenzierend Dike Komm. ZPO-PAHUD, Art. 223 N 9.

<sup>583</sup> ROHRER, MRA 2016, 4; TANNER, ZZZ 2010, 269 f.

schaft, die offenkundig kein Recht auf Verbleib im Mietobjekt hat, durch blosses Schweigen einen bestrittenen Sachverhalt herbeiführen könnte.

Auch wenn der Sachverhalt durch den Gesuchsgegner bestritten wird, so hat dies noch nicht den Ausschluss des Rechtsschutzes in klaren Fällen zur Folge, solange der Sachverhalt *sofort beweisbar* ist.<sup>584</sup> Sofort beweisbar ist ein Sachverhalt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung, wenn er ohne zeitliche Verzögerung und ohne besonderen Aufwand nachgewiesen werden kann. Der Beweis ist in der Regel durch Urkunden zu erbringen.<sup>585</sup> Dabei genügt blosses Glaubhaftmachen für die Geltendmachung des Anspruchs nicht. Der Gesuchsteller muss den vollen Beweis der anspruchsbegründenden Tatsachen erbringen.<sup>586</sup> Bestreitet die Gegenpartei die vom Gesuchsteller behaupteten Tatsachen glaubhaft, so kann der Rechtsschutz in klaren Fällen nicht gewährt werden, da kein liquider Sachverhalt vorliegt.<sup>587</sup> Für die Herbeiführung von Illiquidität reicht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre aus, dass die beklagte Partei substantiiert und schlüssig Einwendungen vorträgt, die in tatsächlicher Hinsicht nicht sofort widerlegt werden können und die geeignet sind, die bereits gebildete richterliche Überzeugung zu erschüttern.<sup>588</sup>

Eine klare Rechtslage i.S.v. Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO liegt dann vor, wenn sich die Rechtsfolge bei der Anwendung des Gesetzes unter Berücksichtigung der Lehre und Rechtsprechung ohne Weiteres ergibt und damit die Rechtsanwendung zu einem eindeutigen Ergebnis führt. Nicht klar ist die Rechtslage in der Regel<sup>589</sup> dagegen, wenn die Anwendung einer Norm einen Ermessens-

<sup>584</sup> BK ZPO-GÜNGERICH, Art. 257 N 8; ZPO-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, Art. 257 N 4; CPC Comm.-TREZZINI, Art. 257 N 28.

<sup>585</sup> BGE 138 III 620 E. 5.1.1 S. 621; BGE 140 III 315 nicht publ. E. 4.1; BGer 5A\_768/2012 vom 17. Mai 2013, E. 4.2.1; BGer 4A\_447/2011 vom 20. September 2011, E. 2.2; vgl. zu den zulässigen Beweismitteln Rz. 363 f.

<sup>586</sup> BGE 138 III 620 E. 5.1.1 S. 621; BGE 141 III 23 E. 3.2 S. 26; BGer 5A\_768/2012 vom 17. Mai 2013, E. 4.2.1; BGer 4A\_39/2018 vom 6. Juni 2018, E. 2.2; BSK ZPO-HOFMANN, Art. 257 N 10b; SPICHTIN, Jusletter 2016, Rz. 4; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 21 Rz. 54; TANNER, ZZZ 2010, 271; CPC Comm.-TREZZINI, Art. 257 N 24; Botschaft ZPO, 7351.

<sup>587</sup> BGE 138 III 620 E. 5.1.1 S. 621; ZPO Komm.-SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, Art. 257 N 7.

<sup>588</sup> BGE 138 III 620 E. 5.1.1 S. 623; BGE 141 III 23 E. 3.2 S. 26; BGE 141 III 262 nicht publ. E. 4.2.1; BGer 4A\_718/2016 vom 21. Februar 2017, E. 2.2.1; BGE 144 III 117 nicht publ. E. 3.2; BGer 4A\_39/2018 vom 6. Juni 2018, E. 2.2; ausführlich SPICHTIN, Jusletter 2016, Rz. 14 f.; BK ZPO-GÜNGERICH, Art. 257 N 8; BSK ZPO-HOFMANN, Art. 257 N 10c f.; ZPO Komm.-SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, Art. 257 N 7.

<sup>589</sup> Vgl. die Ausführungen in Rz. 368 f. zur Frage, ob die Rechtslage bloss *in der Regel* nicht klar ist, wenn ein Ermessens- oder Billigkeitsentscheid zu fällen ist.

oder Billigkeitsentscheid des Gerichts mit wertender Berücksichtigung der gesamten Umstände erfordert.<sup>590</sup>

### 3. Summarexmission des Mieters

#### A. Vorbemerkungen und sachliche Zuständigkeit

##### a. Vorbemerkungen

- 330 Als Ausweisungsbegehren wird der Versuch des Vermieters bezeichnet, nach Beendigung des Mietverhältnisses seinen Rückgabeanspruch auf das Mietobjekt durchzusetzen.<sup>591</sup> Im Mietrecht ist die Summarexmission, die Ausweisung eines Mieters im Summarverfahren, von grosser Bedeutung und stellt in der Praxis einen, wenn nicht wohl den Hauptanwendungsfall des Art. 257 ZPO dar.<sup>592</sup> Nach der hier vertretenen Ansicht kann der Mieter nicht mittels vorsorglicher Massnahmen i.S.v. Art. 261 ff. ZPO ausgewiesen werden. Hierfür steht (neben einer Ausweisung ausserhalb des Summarverfahrens) nur die Ausweisung auf dem Weg des Rechtsschutzes in klaren Fällen zur Verfügung.<sup>593</sup>
- 331 Der Rechtsschutz in klaren Fällen kommt bei solchen Kündigungen in Betracht, bei denen eine Erstreckung ausgeschlossen ist.<sup>594</sup> Laut Art. 272a Abs. 1 OR kann das Mietverhältnis nicht erstreckt werden bei ausserordentlichen Kündigungen wegen Zahlungsverzugs (lit. a), wegen schwerer Verletzung der Pflicht des Mieters zu Sorgfalt und Rücksichtnahme (lit. b), wegen

---

<sup>590</sup> BGE 138 III 123 E. 2.1.2 S. 126; BGE 141 III 23 E. 3.2 S. 26; BGE 141 III 262 nicht publ. E. 4.2.1; BGer 4A\_718/2016 vom 21. Februar 2017, E. 2.2.1; BGE 144 III 117 nicht publ. E. 3.1; BGer 4A\_39/2018 vom 6. Juni 2018, E. 2.1; ausführlich zur Voraussetzung der klaren Rechtslage SPICHTIN, Jusletter 2016, Rz. 16 ff.; DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 391; ZPO Komm.-SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, Art. 257 N 11; CPC Comm.-TREZZINI, Art. 257 N 39 f.

<sup>591</sup> BACHOFNER, MRA 2017, 56; CPC Comm.-TREZZINI, Art. 257 N 47; siehe BGE 143 III 173 E. 6 S. 175.

<sup>592</sup> Comm. CPC-BOHNET, Art. 257 N 9; BK ZPO-GÜNGERICH, Art. 257 N 26; SPICHTIN, Jusletter 2016, Rz. 6; ROHRER, MRA 2016, 3, u. ZPO Komm.-SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, Art. 257 N 8, denen zufolge die Mieterausweisung *den* Hauptanwendungsfall darstellt; Kuko ZPO-JENT-SØRENSEN, Art. 257 N 17, die ausführt, dass die Ausweisung von Mietern infolge einer ausserordentlichen Kündigung zumindest im Kanton Zürich den zahlenmässig bedeutendsten Anwendungsfall darstellt.

<sup>593</sup> Vgl. eingehend dazu die Ausführungen in Rz. 393.

<sup>594</sup> PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 1026; Dike Komm. ZPO-GÖKSU, Art. 257 N 16; BSK ZPO-HOFMANN, Art. 257 N 18; ZPO Komm.-SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, Art. 257 N 38.

Konkurs des Mieters (lit. c) oder nach Zwischennutzungen (lit. d). Wie zu sehen sein wird, eignen sich nicht alle dieser ausserordentlichen Kündigungen gleichermaßen für eine Summarausweisung.<sup>595</sup>

Denkbar ist weiter die Anwendung von Art. 257 ZPO in solchen Fällen, in denen eine ordentliche Kündigung weder angefochten noch eine Erstreckung verlangt wurde und die Mieterschaft das Mietobjekt nicht verlässt.<sup>596</sup> Gleiches gilt, wenn der Mieter nach Ablauf der Erstreckungsdauer im Mietobjekt verbleibt.<sup>597</sup> PÜNTENER führt zu Recht aus, dass es in diesen Fällen keine plausiblen Gründe gibt, die ordentliche und ausserordentliche Kündigung im Rahmen einer Ausweisung gemäss Art. 257 ZPO ungleich zu behandeln.<sup>598</sup> 332

Möchte der Vermieter die Ausweisung im Summarverfahren durchführen, so ist darauf hinzuweisen, dass das Gericht gestützt auf Art. 257 ZPO angerufen wird (z.B. die Betitelung „*Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO*“).<sup>599</sup> Ein entsprechendes Rechtsbegehren könnte wie folgt lauten: 333

*„Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, die 3-Zimmer-Wohnung im 1. Obergeschoss links an der [Adresse] mit Keller- und Estrichabteil unverzüglich zu räumen und dem Gesuchsteller ordnungsgemäss zu übergeben, unter Anordnung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.*

*– Unter Kosten- und Entschädigungsfolge –*<sup>600</sup>

Das Ausweisungsgesuch gegen den Mieter umfasst auch seine minderjährigen Kinder. Anders verhält es sich hingegen bei Ehegatten oder registrierten Partnern sowie Untermietern. Will der Vermieter die vollständige Räumung sicherstellen, so hat er diese Personengruppen in sein Begehren miteinzubeziehen.<sup>601</sup> Dies kann dem Vermieter insbesondere bei Untermietern Schwierigkeiten bereiten, da er unter Umständen gar nicht weiss, wer das Mietobjekt 334

<sup>595</sup> Vgl. dazu die Ausführungen in Rz. 338 ff.

<sup>596</sup> BGer 4A\_447/2011 vom 20. September 2011, E. 2.3; PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 1027; LACHAT, Procédure, 167; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 21 Rz. 56; ZPO Komm.-SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, Art. 257 N 38.

<sup>597</sup> LACHAT, Procédure, 167; PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 1027; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 21 Rz. 56.

<sup>598</sup> PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 1027.

<sup>599</sup> BGer 4A\_87/2012 vom 10. April 2012, E. 3.1, wobei das Bundesgericht keine hohe Anforderungen zu stellen scheint; ZPO Komm.-SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, Art. 257 N 38.

<sup>600</sup> Ähnlich MÜLLER/SCHWANINGER, Rz. 10.121.

<sup>601</sup> BSK OR I-WEBER, Art. 267 N 3; MÜLLER/SCHWANINGER, Rz. 10.120.

zurzeit bewohnt. Deshalb empfiehlt es sich im Zweifelsfalle, den Kreis der Gesuchsgegner weit zu fassen. Damit kann verhindert werden, dass der Ausweisungsentscheid später nicht durchgesetzt werden kann, da am Vollstreckungsdatum im Mietobjekt Personen angetroffen werden, welche darin nicht aufgeführt sind.<sup>602</sup>

- 335 Als weiteren Antrag empfiehlt sich die – in den meisten Kantonen bereits zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung zulässige – Vollstreckungsanordnung im Falle der Gutheissung des Gesuchs, also die Anweisung an die zuständige Vollstreckungsbehörde zum Vollzug der Ausweisung. Zudem ist eine Verbindung des Begehrens mit der Androhung der Ungehorsamsstrafe i.S.v. Art. 292 StGB möglich.<sup>603</sup>

*b. Sachliche Zuständigkeit*

- 336 Was die sachliche Zuständigkeit anbelangt, so ist zu unterscheiden, ob es sich um einen Handelsgerichtskanton handelt oder nicht. So können bei der Summarexmission in Handelsgerichtskantonen entweder die ordentlichen Gerichte bzw. im Kanton Zürich die Mietgerichte oder das Handelsgericht zuständig sein.<sup>604</sup> Die Mieterausweisung (und die vorfrageweise Beurteilung der Gültigkeit einer Kündigung) wird bei gegebenen Voraussetzungen gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO vom Handelsgericht beurteilt, in allen übrigen Fällen von den ordentlichen Gerichten (bzw. Mietgerichten). Die Zuständigkeit ist für die gleiche Materie somit aufgeteilt.<sup>605</sup>
- 337 Eine Beschwerde an das Bundesgericht ist in Mietsachen laut Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO i.V.m. Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG bei einem Streitwert von mindestens Fr. 15 000.– möglich. Erreicht der Streitwert einer Summarexmission diese Schwelle, so ist, wenn die weiteren Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 ZPO erfüllt sind, das Handelsgericht sachlich zuständig. Anders verhält es sich mit Streitigkeiten, bei denen das Summarverfahren nicht einschlägig ist. Liegt der Streitwert ausserhalb des Summariums zwischen Fr. 15 000.– und Fr. 30 000.–, so ist das Handelsgericht nicht zuständig. Grund dafür ist, dass das vereinfachte Verfahren gemäss Art. 243 Abs. 1 ZPO bis zu einem Streit-

---

<sup>602</sup> ROHRER, MRA 2016, 7; laut Mietrecht für die Praxis/RONCORONI, 888 f. Rz. 31.9.3 genügt es bei anderen mit dem Mieter wohnenden Personen wie Konkubinatspartnern (die nicht Vertragspartei des Hauptmietvertrags sind), wenn gegen den Mieter geklagt wird.

<sup>603</sup> ROHRER, MRA 2016, 7.

<sup>604</sup> Vgl. Rz. 72 zu den Handelsgerichtskantonen und Rz. 269 zu den Mietgerichtskantonen.

<sup>605</sup> Vgl. dazu die Ausführungen in Rz. 234 zu BGer 4A\_300/2016 vom 5. Oktober 2016 u. BGE 142 III 515.

wert von Fr. 30 000.– massgebend ist und laut Art. 243 Abs. 3 ZPO vor dem Handelsgericht keine Anwendung findet.<sup>606</sup>

**B. Summarexmission anhand einzelner Beispiele**

*a. Kündigung wegen Zahlungsverzugs (Art. 257d OR)*

*aa. Vorbemerkungen*

Ist der Mieter nach Übernahme der Sache mit der Zahlung fälliger Mietzinse oder Nebenkosten im Rückstand, so kann ihm der Vermieter gemäss Art. 257d Abs. 1 OR schriftlich eine Zahlungsfrist setzen und ihm androhen, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Mietverhältnis gekündigt werde. Diese Frist beträgt bei Wohn- und Geschäftsräumen mindestens 30 Tage. Unterbleibt die Mietzinszahlung innert der gesetzten Frist, kann bei Wohn- und Geschäftsräumlichkeiten mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende eines Monats gekündigt werden (Art. 257d Abs. 2 OR). 338

*bb. Liquidität des Sachverhalts*

Bei einer Zahlungsverzugskündigung gemäss Art. 257d OR kann der Vermieter für gewöhnlich allein mit Urkunden – etwa Mahnungen, Fristansetzungen und Kündigung – beweisen, dass der Mieter das Mietobjekt zu verlassen hat. Die Sachlage ist somit in der Regel liquid i.S.v. Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO.<sup>607</sup> Im Folgenden ist auf die entsprechenden – dem Gesuch beizulegenden – Urkunden einzugehen. 339

Was die Voraussetzung der Übernahme des Mietobjekts anbelangt, so bedarf es üblicherweise keiner näheren Erläuterung.<sup>608</sup> Der Vermieter würde wohl kaum ein Ausweisungsverfahren anstrengen, wenn die Räumlichkeit nicht von der Mieterschaft übernommen worden wäre. Allerdings kann es nicht schaden, auch die Übernahme zu belegen. Der dem Gesuch beigelegte unterzeichnete Mietvertrag genügt hierfür allerdings noch nicht. Überdies müsste auch ein vom Mieter unterzeichnetes Übernahmeprotokoll oder ein Formular, das die Übergabe der Schlüssel bestätigt, beigelegt werden. Auch Kontoaus- 340

<sup>606</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen in Rz. 322.

<sup>607</sup> Botschaft ZPO, 7352; OGer ZH LF130034 vom 28. Juni 2013, E. 5.2; ALBERTI, SZZP 2010, 115; Dike Komm. ZPO-GÖKSU, Art. 257 N 16; ZPO-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, Art. 257 N 3; BK ZPO-GÜNGERICH, Art. 257 N 26 f.

<sup>608</sup> TANNER, ZZZ 2010, 289.

## 5. Teil: Das Summarverfahren

---

züge, aus denen Mietzinsszahlungen (bevor diese vom Mieter eingestellt wurden) ersichtlich sind, wären hierzu geeignet.

- 341 Gestützt auf den beigelegten Mietvertrag kann der Vermieter die Höhe der geschuldeten Mietzinse sowie deren Fälligkeit belegen.<sup>609</sup> Mittels Kontoauszügen kann er den Nachweis erbringen, dass die Mietzinsszahlungen ausbleiben oder nicht in der geschuldeten Höhe erfolgt sind und der Mieter sich demnach in Verzug befindet.
- 342 Mittels Kopie der – dem Mieter per Einschreiben zugesandten – Zahlungsaufforderung mit Kündigungsandrohung kann bewiesen werden, dass bei der Wohn- und Geschäftsraummiete eine mindestens dreissigtägige Zahlungsfrist eingeräumt und die Kündigung angedroht wurde. Dem dem Gesuch beigelegten Track-&-Trace-Beleg<sup>610</sup> kann entnommen werden, ob der Mieter von der Zahlungsaufforderung mit Kündigungsandrohung Kenntnis genommen hat, oder – es gilt die relative Empfangstheorie<sup>611</sup> – ob die Zustellung am siebten Tag<sup>612</sup> fingiert wird. Hat der Mieter innerhalb dieser dreissigtägigen Zahlungsfrist Mietzinsherabsetzungseinreden bzw. entsprechende Verrechnungserklärungen geltend gemacht, die nicht offenkundig haltlos sind, so ist dem Vermieter zu empfehlen, die Ausweisung nicht via Art. 257 ZPO zu beantragen.<sup>613</sup>
- 343 Bei Ausbleiben der Mietzinsszahlung kann der Vermieter bei Wohn- und Geschäftsräumen mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf das Ende eines Monats kündigen (Art. 257d Abs. 2 OR). Die Nichtbezahlung der Mietzinse während der Frist kann wiederum mittels entsprechenden Kontoauszügen belegt werden. Auch hier empfiehlt es sich, die Kündigung – welche die Formvorschriften von Art. 266l Abs. 2 OR zu wahren hat – per Einschreiben zu verschicken. Dass die Kündigung nicht zu früh ausgesprochen, also von Seiten des Vermieters die dreissigtägige Zahlungsfrist gewahrt wurde, kann den Track-&-Trace-Belegen (der Zahlungsaufforderung mit Kündigungsandrohung und der Kündigung) entnommen werden.

---

<sup>609</sup> TANNER, ZZZ 2010, 289 f.; die Fälligkeit ergibt sich aus Art. 257c OR, falls kein anderer Zeitpunkt im Mietvertrag vereinbart wurde oder ortsüblich ist.

<sup>610</sup> Bei Track-&-Trace handelt es sich um eine Sendungsverfolgung, welche sich mittels der individuellen Einschreibesendungsnummer auf der Internetseite der Schweizerischen Post abrufen lässt. Laut Bundesgericht sind Track-&-Trace-Belege gerichtlich anerkannte Zustellnachweise, BGer 4C.11/2007 vom 21. März 2007, E. 3.3, so auch HULLIGER, MRA 2012, 70, u. TANNER, ZZZ 2010, 295.

<sup>611</sup> BGE 119 II 147 E. 2 S. 149; BGE 137 III 208 E. 3.1.3 S. 214 f.; BGE 140 III 244 E. 5.1 S. 248; BGE 143 III 15 E. 4.1 S. 18; BSK OR I-WEBER, Art. 257d N 5.

<sup>612</sup> BGE 119 II 147 E. 2 S. 149; SVIT-Komm., Art. 257d N 28.

<sup>613</sup> TANNER, ZZZ 2010, 298, der jedoch auf das Gefahrenpotenzial einer eigenhändigen Verrechnung für die Mieterschaft hinweist.

Nach Ablauf der Kündigungsfrist sollte der Vermieter einen Übergabetermin für das Mietobjekt festlegen. Mit der Kopie eines entsprechenden Schreibens kann er belegen, dass eine solche Übergabe festgesetzt und der Brief dem Mieter zugestellt wurde (mittels Track-&-Trace-Beleg).<sup>614</sup> Die Anstrengung eines Ausweisungsverfahrens von Seiten des Vermieters sollte genügender Beweis dafür sein, dass der Mieter im Mietobjekt verblieben bzw. die Rückgabe nicht erfolgt ist. 344

*cc. Klare Rechtslage*

Die Rechtslage ist in den Fällen der ausserordentlichen Kündigung gestützt auf Art. 257d OR in aller Regel auch klar i.S.v. Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO.<sup>615</sup> So ergibt sich die Rechtsfolge bei Anwendung des Gesetzes unter Berücksichtigung von Lehre und Rechtsprechung ohne Weiteres.<sup>616</sup> Hat die Vermieterschaft bei Vorliegen eines Zahlungsverzugs die formellen Voraussetzungen von Art. 257d OR eingehalten, so kann sie die Kündigung aussprechen. Die Anwendung der Norm erfordert weder einen Ermessens- noch einen Billigkeitsentscheid des Gerichts. 345

*dd. Ausweisung wegen Verzugs bei Nebenkosten?*

Der Vermieter kann gestützt auf Art. 257d Abs. 1 OR auch dann ausserordentlich kündigen, wenn sich der Mieter mit der Zahlung von Nebenkosten im Verzug befindet. In solchen Fällen kann sich die Sachlage jedoch unter Umständen komplexer präsentieren, weshalb sich ein Vorgehen im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen als risikoreich erweisen kann.<sup>617</sup> 346

Unproblematisch ist der Fall dann, wenn die Nebenkosten zusammen mit den Mietzinsen pauschal oder akonto geleistet werden.<sup>618</sup> Beträgt der monatliche Nettomietzins beispielsweise Fr. 1 400.– und belaufen sich die Nebenkosten pro Monat auf Fr. 200.–, so gerät der Mieter in Verzug, wenn er auf den vertraglichen oder gesetzlichen Fälligkeitstermin nicht den vollen Bruttomietzins 347

<sup>614</sup> In diesem Sinne MÜLLER/SCHWANINGER, Rz. 10.123, denen zufolge der Mieter nach dem vertraglichen Endtermin aufgefordert werden sollte, das Mietobjekt umgehend oder innert einer bestimmten Auszugsfrist zu verlassen.

<sup>615</sup> BGer 4A\_585/2011 vom 7. November 2011, E. 3.2; OGer ZH LF130034 vom 28. Juni 2013, E. 5.2; HEINZMANN, BR 2017, 78; HULLIGER, MRA 2012, 74; ZPO-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, Art. 257 N 3.

<sup>616</sup> OGer ZH LF130034 vom 28. Juni 2013, E. 5.2; HULLIGER, MRA 2012, 74, der ausführt, dass zahlreiche Bundesgerichtsentscheide vorlägen und sich die Lehre in weiten Teilen einig sei.

<sup>617</sup> ZPO Komm.-SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, Art. 257 N 38.

<sup>618</sup> TANNER, ZZZ 2010, 290.

## 5. Teil: Das Summarverfahren

---

von Fr. 1 600.– überweist. Insofern wird nicht zwischen Nebenkosten und Nettomietzins unterschieden (ausser der Mieter weist ausdrücklich darauf hin, dass er die Nebenkosten nicht oder nur teilweise bezahlt).

- 348 Problematisch wird es hingegen, wenn der Mieter den negativen Saldo der Nebenkostenabrechnung nicht begleicht.<sup>619</sup> Eine Zahlungsverzugskündigung setzt die Fälligkeit der Forderung voraus. Der Mieter ist auch nach Zugang der Abrechnung (entgegen Art. 75 OR) noch nicht sofort zur Zahlung des zu seinen Lasten ausgewiesenen Saldos verpflichtet. Er ist gemäss Art. 257b Abs. 2 OR und Art. 8 Abs. 2 VMWG berechtigt, die der Nebenkostenabrechnung zugrunde liegenden Belege einzusehen. Für die Überprüfung der Abrechnung und für eine allfällige Einsicht in die Unterlagen ist dem Mieter eine angemessene Frist einzuräumen, bevor die Forderung fällig wird.<sup>620</sup> Auch wenn in der Praxis hierfür 30 Tage vorgeschlagen werden,<sup>621</sup> besteht Unsicherheit, ob tatsächlich auf diese Frist abzustellen ist und wann sie überhaupt zu laufen beginnt.<sup>622</sup> Problematisch ist überdies, dass Nebenkostenabrechnungen unklar sein können oder zu wenig detailliert. Hier stellt sich die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen eine solche Nebenkostenabrechnung den Eintritt der Fälligkeit des Abrechnungssaldos bewirken kann.<sup>623</sup> Das Bundesgericht hat im Rahmen eines Verfahrens um Rechtsschutz in klaren Fällen denn auch festgehalten, dass zu wenig detaillierte Nebenkostenabrechnungen die Fälligkeit der Forderung nicht zu bewirken vermögen.<sup>624</sup>
- 349 Nach dem Gesagten kann die Summarausweisung für den Vermieter gewisse Risiken bergen, wenn die Kündigung aufgrund eines Verzugs mit der Begleichung einer Nebenkostenabrechnung erfolgte. Es empfiehlt sich nur dann, via Art. 257 ZPO vorzugehen, wenn schriftlich eine genügend lange Frist (mindestens 30 Tage) für die Überprüfung und Einsicht der Nebenkostenabrechnung eingeräumt wurde und diese Abrechnung hinreichend klar und detailliert war.

---

<sup>619</sup> KOLLER, ZBJV 1/2016, 15 f.; TANNER, ZZZ 2010, 290.

<sup>620</sup> BGE 140 III 591 E. 3.2 S. 596; KOLLER, ZBJV 1/2016, 15 f.

<sup>621</sup> CPra-CO-BIERI, Art. 257a/257b N 148; SVIT-Komm., Art. 257d N 14; BSK OR I-WEBER, Art. 257a N 8.

<sup>622</sup> KOLLER, ZBJV 1/2016, 16, dem zufolge offen ist, ob das Bundesgericht auf die in der Lehre postulierte Frist abstellt.

<sup>623</sup> KOLLER, ZBJV 1/2016, 16.

<sup>624</sup> BGer 4A\_127/2014 vom 19. August 2014, E. 5.2; KOLLER, ZBJV 1/2016, 16.

*b. Kündigung wegen Konkurs des Mieters (Art. 266h OR)*

*aa. Vorbemerkungen*

Fällt der Mieter nach Übernahme der Sache in Konkurs, so kann der Vermieter für künftige Mietzinse gemäss Art. 266h Abs. 1 OR Sicherheit verlangen. Er muss dafür sowohl dem Mieter als auch der Konkursverwaltung schriftlich eine angemessene Frist setzen. Erhält der Vermieter innert dieser Frist keine Sicherheit, so kann er fristlos kündigen (Art. 266h Abs. 2 OR). 350

*bb. Liquidität des Sachverhalts*

Wie bei der Zahlungsverzugskündigung gemäss Art. 257d OR kann der Vermieter bei einer Kündigung wegen Konkurs des Mieters im Regelfall allein mit Urkunden (z.B. Mahnungen, Fristansetzungen und Kündigung) beweisen, dass der Mieter das Mietobjekt zu verlassen hat. Die Sachlage ist demnach zumeist liquid i.S.v. Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO.<sup>625</sup> Auf die entsprechenden – dem Gesuch beizulegenden – Urkunden ist im Folgenden einzugehen. 351

Zunächst kann der Vermieter mit einer dem Gesuch beigelegten Kopie des Mietvertrags das frühere Bestehen eines Mietverhältnisses nachweisen. Diese genügt jedoch noch nicht als Beweismittel für die Übernahme des Mietobjekts (auch wenn die Tatbestandsvoraussetzung der Übernahme – wie bei Art. 257d Abs. 1 OR – wohl keiner näheren Erläuterung bedarf<sup>626</sup>). Die Übernahme kann zusätzlich mit der Beilage etwa eines vom Mieter unterzeichneten Übernahmeprotokolls oder eines Formulars, das die Aushändigung der Schlüssel bestätigt, untermauert werden. Auch Kontoauszüge, welche bereits geleistete Mietzinszahlungen belegen, können hierfür geeignet sein. 352

Im Gegensatz zu Art. 257d OR ist ein Verzug des Mieters für eine ausserordentliche Kündigung i.S.v. Art. 266h OR nicht erforderlich. Der Konkurs des Mieters nach Übernahme der Sache und das Ausbleiben der Sicherheitsleistung genügen. 353

Unter Konkurseröffnung ist der Zeitpunkt des Konkurserkennnisses zu verstehen (Art. 175 SchKG), nicht derjenige der Konkurspublikation.<sup>627</sup> Dies kann der Vermieter darlegen, indem er dem Gesuch einen Handelsregisterauszug des Mieters beilegt. Zu denken ist insbesondere an einen Auszug aus 354

<sup>625</sup> Botschaft ZPO, 7352; SPICHTIN, Rechtsschutz, Rz. 307; ALBERTI, SZPP 2010, 115; Dike Komm. ZPO-GÖKSU, Art. 257 N 16; ZPO-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, Art. 257 N 3.

<sup>626</sup> Vgl. hierzu Rz. 340.

<sup>627</sup> SVIT-Komm., Art. 266h N 9; CPra-CO-BISE/PLANAS, Art. 266h N 10.

## 5. Teil: Das Summarverfahren

---

dem zentralen Firmenindex „zefix“. Diesem ist das Datum der Konkursöffnung zu entnehmen, welches nach demjenigen der Übernahme der Sache zu liegen hat.

- 355 Weiter hat der Vermieter zu beweisen, dass die Leistung einer Sicherheit verlangt und hierfür eine angemessene Frist eingeräumt wurde. Dafür hat er dem Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen eine Kopie eines (mittels Einschreiben versendeten) Briefs beizulegen, aus dem eine solche Aufforderung mit Einräumung einer angemessenen Frist hervorgeht. Da ein solches Schreiben sowohl an den Mieter als auch an die Konkursverwaltung zu versenden ist, muss je eine Kopie der entsprechenden Briefe beigelegt werden. Mittels Track-&-Trace-Beleg<sup>628</sup> kann der Vermieter darlegen, wann dieses Schreiben dem Mieter und der Konkursverwaltung zugegangen ist und somit die Frist zu laufen begonnen hat. Werden die beiden Schreiben an den Mieter und die Konkursverwaltung zu unterschiedlichen Zeitpunkten zugestellt, so beginnt der Fristenlauf für jeden Adressaten separat.<sup>629</sup> Der Nachweis, dass die verlangte Sicherheitsleistung ausgeblieben ist, kann durch einen entsprechenden Kontoauszug erbracht werden.
- 356 Was die Kündigung an sich anbelangt, so kann mittels Kopie der (per Einschreiben versendeten) Kündigung und Track-&-Trace-Beleg bewiesen werden, dass diese dem Mieter zugestellt und das Mietverhältnis demnach gekündigt wurde. Dass die Kündigung nicht zu früh ausgesprochen, also von Seiten des Vermieters der Ablauf der Frist für die Zahlung der Sicherheitsleistung abgewartet wurde, kann den Track-&-Trace-Belegen (der Aufforderung zur Zahlung der Sicherheitsleistung und der Kündigung) entnommen werden.
- 357 Die Kündigung kann fristlos ausgesprochen werden (Art. 266h Abs. 2 OR). Wie bei der Zahlungsverzugskündigung empfiehlt es sich, einen Übergabetermin für das Mietobjekt festzulegen.<sup>630</sup> Mit entsprechendem Brief – der dem Gesuch in Kopie beizulegen ist – kann der Vermieter die Festlegung einer solchen Übergabe und die Zustellung dieses Schreibens (mittels Track-&-Trace-Beleg) darlegen. Die Erhebung eines Ausweisungsverfahrens von Seiten der Vermieterschaft ist meiner Ansicht nach genügender Beweis dafür, dass der Mieter im Mietobjekt verblieben bzw. die Rückgabe nicht erfolgt ist.

---

<sup>628</sup> Vgl. dazu Fn. 610.

<sup>629</sup> SVIT-Komm., Art. 266h N 13.

<sup>630</sup> Vgl. hierzu Rz. 344.

cc. *Klare Rechtslage*

Bei Kündigungen gestützt auf Art. 266h OR ist die Rechtslage in aller Regel auch klar i.S.v. Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO.<sup>631</sup> Die Rechtsfolge ergibt sich bei Anwendung des Gesetzes unter Berücksichtigung von Lehre und Rechtsprechung ohne Weiteres. Sind die Voraussetzungen des Art. 266h OR erfüllt, so ist der Vermieter berechtigt, das Mietverhältnis fristlos zu kündigen. Die Anwendung von Art. 266h OR erfordert keinen Ermessens- oder Billigkeitsentscheid des Gerichts. 358

c. *Kündigung wegen Verletzung der Pflicht zu Sorgfalt und Rücksichtnahme (Art. 257f OR)*

aa. *Vorbemerkungen*

Der Mieter muss das Mietobjekt sorgfältig gebrauchen und auf Hausbewohner und Nachbarn Rücksicht nehmen (Art. 257f Abs. 1 und 2 OR). Verletzt der Mieter trotz schriftlicher Mahnung des Vermieters die Pflicht zu Sorgfalt oder Rücksichtnahme weiter, sodass dem Vermieter oder den Hausbewohnern die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht mehr zuzumuten ist, so kann der Vermieter gemäss Art. 257f Abs. 3 OR fristlos, bei Wohn- und Geschäftsräumen mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen. Fristlos kann der Vermieter von Wohn- oder Geschäftsräumen dann kündigen, wenn der Mieter der Sache vorsätzlich schweren Schaden zufügt (Art. 257f Abs. 4 OR). 359

Bei einer Kündigung aufgrund einer Verletzung der Pflicht zu Sorgfalt und Rücksichtnahme erweist sich der Rechtsschutz in klaren Fällen als ungeeignet, um einen Mieter auszuweisen. Sowohl die Voraussetzung des sofort beweisbaren Sachverhalts (Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO) als auch das Erfordernis der klaren Rechtslage (Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO) sind problematisch.<sup>632</sup> 360

---

<sup>631</sup> ZPO-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, Art. 257 N 3; ALBERTI, SZZZP 2010, 115.

<sup>632</sup> So auch TANNER, ZZZ 2010, 308, der unter Hinweis auf die Voraussetzungen von Art. 257 Abs. 1 ZPO ausführt, dass sich der Rechtsschutz in klaren Fällen nur selten zur Ausweisung des Mieters eignet, der gegen die Pflicht zu Sorgfalt und Rücksichtnahme verstossen hat.

*bb. Liquidität des Sachverhalts*

- 361 Keine Probleme ergeben sich für den Vermieter, die erfolgte Abmahnung, die Einhaltung der Fristen sowie die Kündigung zu belegen. Diesen Beweis kann er in der Regel mittels Urkunden erbringen.<sup>633</sup> Grosse Schwierigkeiten dürfte hingegen bereiten, die Verletzung der Pflicht zu Sorgfalt oder Rücksichtnahme nachzuweisen.
- 362 Sofort beweisen lassen sich wohl solche Sorgfaltspflichtverletzungen, die sich in einer von aussen erkennbaren Beschädigung oder Umgestaltung des Mietobjekts manifestieren. Diesfalls kann der Vermieter die Sorgfaltspflichtverletzung fotografisch festhalten und bei Gericht als Beweismittel einreichen.<sup>634</sup> Mittels dem – dem Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen – beigelegten Übernahmeprotokoll kann er darlegen, dass dieser Schaden nicht bereits vor Übernahme des Mietobjekts bestand. Der Beweis kann somit wohl bereits mittels Urkunden erbracht werden (Art. 254 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 177 ff. ZPO).
- 363 Die Verletzung der Pflicht zu Sorgfalt oder Rücksichtnahme kann durch zahlreiche Handlungen oder Unterlassungen von Seiten des Mieters erfolgen. Dabei dürften sich die meisten nicht bzw. nicht allein durch Urkunden belegen lassen. Wie dargelegt ist der Beweis im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung *in der Regel* durch Urkunden zu erbringen.<sup>635</sup> Das Bundesgericht schliesst weitere Beweismittel somit nicht a priori aus – dies zu Recht. Beim Rechtsschutz in klaren Fällen handelt es sich um ein Summarverfahren (Art. 248 ff. ZPO). Die Regelung der zulässigen Beweismittel findet sich dabei in Art. 254 ZPO, d.h. im „allgemeinen Teil“ des Summariums.<sup>636</sup> Demnach sind andere Beweismittel als Urkunden gemäss Art. 254 Abs. 2 ZPO zulässig, wenn sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern (lit. a), es der Verfahrenszweck erfordert (lit. b)

---

<sup>633</sup> Vgl. dazu sinngemäss die Ausführungen in Rz. 339 ff. zur Liquidität des Sachverhalts bei einer Zahlungsverzugskündigung (Art. 257d OR).

<sup>634</sup> TANNER, ZZZ 2010, 308 f.

<sup>635</sup> BGE 138 III 620 E. 5.1.1 S. 621; BGE 140 III 315 nicht publ. E. 4.1; BGer 5A\_768/2012 vom 17. Mai 2013, E. 4.2.1; BGer 4A\_447/2011 vom 20. September 2011, E. 2.2.

<sup>636</sup> So auch ALBERTI, SZP 2010, 104, der ausführt, dass im Rahmen des Rechtsschutzes in klaren Fällen eine Spezialvorschrift fehlt und sich die Zulässigkeit der Beweismittel nach Art. 254 ZPO richtet („*In mancanza di una regolamentazione specifica, l'assunzione delle prove nell'ambito della tutela ex art. 257 CPC è retta dall'art. 254 CPC [norma che vale per tutti i casi di procedura sommaria], che non esclude di principio nessun mezzo di prova [...]*“); gl.M. Comm. CPC-BOHNET, Art. 257 N 11, dem zufolge Art. 254 ZPO die Beweismittel im Summarverfahren normiert und auch auf den Rechtsschutz in klaren Fällen Anwendung findet; SPICHTIN, Rechtsschutz, Rz. 89.

oder das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat (lit. c). Verzögert deren Erhebung im konkreten Fall das Verfahren nicht wesentlich, so sind nach meinem Dafürhalten auch weitere Beweismittel zuzulassen.<sup>637</sup> In der Praxis ausgeschlossen dürften jedoch Gutachten i.S.v. Art. 183 ff. ZPO sein. Es ist kaum denkbar, ein fundiertes Gutachten zu verfassen, ohne das Verfahren wesentlich zu verzögern (für eine Mieterausweisung kommt ein solches Beweismittel zudem kaum in Frage). Ein Teil der Lehre stellt sich denn auch auf den Standpunkt, Gutachten im Summarium generell auszuschliessen, da deren Ausfertigung mit der angestrebten Raschheit des Verfahrens nicht vereinbar wäre.<sup>638</sup>

Die Frage der zulässigen Beweismittel stellt sich im Rahmen von Art. 257f OR etwa, wenn die Pflicht zu Sorgfalt und Rücksichtnahme durch Geruchs- oder Lärmbelästigungen verletzt und gestützt darauf die Kündigung ausgesprochen wurde. Als mögliches Beweismittel käme neben Urkunden ein Augenschein (Art. 181 f. ZPO) in Betracht, weiter eine Zeugenaussage (Art. 169 ff. ZPO) der Nachbarn. Auch wenn das Gericht im konkreten Fall zum Schluss gelangen würde, ein *Augenschein* verzögere das Verfahren nicht wesentlich, so wäre dieses Beweismittel lediglich bei Dauerimmissionen geeignet (was in den Fällen von Art. 257f OR allerdings selten vorkommen dürfte). Handelt es sich aber um nur phasenweise auftretende Störungen oder nächtliche Ruhestörungen, so ist der Augenschein ein unzulängliches Beweismittel.<sup>639</sup> Was *Zeugenaussagen* anbelangt, so ist zunächst anzumerken, dass das Summarverfahren in der Regel schriftlich durchgeführt wird. Somit kann die Ansetzung einer Verhandlung, um die Zeugen anzuhören, bereits eine wesentliche Verzögerung darstellen.<sup>640</sup> Problematisch ist ein weiterer Punkt: Das Gericht hat die Glaubhaftigkeit eines Zeugen festzustellen oder die Glaubhaftigkeit zweier Zeugen gegeneinander abzuwägen. Dies kann im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen dazu führen, dass der Sachver-

<sup>637</sup> So auch Dike Komm. ZPO-GÖKSU, Art. 257 N 8 u. 20, nach dem grundsätzlich nur der Urkundenbeweis zugelassen ist, ausnahmsweise aber auch andere Beweismittel unter den Voraussetzungen von Art. 254 Abs. 2 lit. a ZPO vorgebracht werden können; BSK ZPO-HOFMANN, Art. 257 N 13; Kuko ZPO-JENT-SØRENSEN, Art. 257 N 12; SPICHTIN, Rechtsschutz, Rz. 89, u. SPICHTIN, Jusletter 2016, Rz. 12; unklar ŞENEL, Rz. 514, die ausführt, dass *grundsätzlich* auch im Rahmen einer mündlichen Verhandlung eine *strikte* Beschränkung auf Urkunden zu erfolgen habe; a.A. Handkomm. ZPO-KOSLAR, Art. 257 N 12.

<sup>638</sup> TANNER, ZZZ 2010, 309, dem zufolge ein Gutachten beim Rechtsschutz in klaren Fällen nie in Auftrag gegeben werden kann; ZPO Komm.-SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, Art. 257 N 5.

<sup>639</sup> So auch TANNER, ZZZ 2010, 309.

<sup>640</sup> Siehe jedoch BK ZPO-GÜNGERICH, Art. 257 N 14, der ausführt, dass, wenn eine mündliche Verhandlung stattfindet, Zeugenaussagen denkbar seien, da sie nicht zu einer Verfahrensverzögerung führen würden.

## 5. Teil: Das Summarverfahren

---

halt nicht sofort beweisbar ist. Auch die Zeugenaussage der Nachbarn ist somit meist ein untaugliches Beweismittel.<sup>641</sup> Nach dem Gesagten ist die Zulässigkeit von Augenscheinen und Zeugenaussagen im Verfahren nach Art. 257 ZPO zwar nicht a priori auszuschliessen.<sup>642</sup> Allerdings dürfte die Erhebung dieser Beweise in den meisten Fällen eine Verfahrensverzögerung zur Folge haben, was zu einem illiquiden Sachverhalt führt.

- 365 Neben Geruchs- und Lärmimmissionen kann der auszuweisende Mieter den Hausfrieden stören, indem er andere Mieter (oder den Vermieter) beleidigt, bedroht oder gar tötlich angreift.<sup>643</sup> Solche Fälle sind für die betroffenen Mieter und Vermieter äusserst problematisch. Im Gegensatz zu Geruchs- und Lärmimmissionen stellen sie nicht „nur“ Unannehmlichkeiten dar, sondern eine konkrete Gefahr. Als Beweismittel käme zunächst ein Zeugenbeweis in Frage. Wie soeben dargelegt, bildet dieser im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen jedoch ein weitgehend untaugliches Beweismittel. Einen Beweis mit Urkunden könnte der Vermieter dann erbringen, wenn sich die Übergriffe mit Polizeirapporten belegen lassen.<sup>644</sup> Es ist allerdings auf den Einzelfall abzustellen, wie hinreichend konkret diese Polizeirapporte ausformuliert sind.
- 366 Als Beweismittel sowohl für Geruchs- und Lärmimmissionen als auch für Beleidigungen, Drohungen oder Tötlichkeiten können schliesslich Kündigungen anderer Mieter des gleichen Mietobjekts dienen. Dabei handelt es sich um Urkundenbeweise. Sind innert kurzer Zeit mehrere Kündigungen eingegangen mit der Begründung, es werde aufgrund des Verhaltens des auszuweisenden Mieters gekündigt, so muss das Gericht solchen Drittkündigungen ein grosses Gewicht einräumen. Blosse Beschwerdeschreiben der Mieter genügen allerdings nicht.<sup>645</sup>

---

<sup>641</sup> OGer ZH LF110085 vom 8. September 2011, E. 4.3.2; so auch ZPO Komm.-SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, Art. 257 N 5, nach denen jedoch nicht auszuschliessen ist, dass eine Zeugenbefragung im Einzelfall zur notwendigen Klärung und Liquidität führen kann; siehe EGLI, PraxiZ 2013, 5; das Bundesgericht hat in BGE 138 III 123 E. 2.1.1 S. 125 f. u. E. 2.6 S. 129 die Frage offen gelassen, ob der Zeugenbeweis im Rechtsschutz in klaren Fällen zuzulassen ist.

<sup>642</sup> Gl.M. betreffend *Zeugenaussagen* BK ZPO-GÜNGERICH, Art. 257 N 14, BSK ZPO-HOFMANN, Art. 257 N 13, sowie CPra-CPC-BOHNET, Art. 257 N 14, m.H.a. die waadtländische Rechtsprechung; gl.M. hinsichtlich des *Augenscheins* TANNER, ZZZ 2010, 309.

<sup>643</sup> ZK-HIGI, Art. 257f N 61; TANNER, ZZZ 2010, 309.

<sup>644</sup> So auch TANNER, ZZZ 2010, 309.

<sup>645</sup> TANNER, ZZZ 2010, 309 f.

cc. *Klare Rechtslage*

Ist die Fortsetzung des Mietverhältnisses den Hausbewohnern oder dem Vermieter nicht mehr zuzumuten, so kann Letzterer dieses kündigen (Art. 257f Abs. 3 OR). Der Richter hat bei Art. 257f OR aufgrund der konkreten Umstände im Einzelfall zu entscheiden, ob das Verhalten des Mieters zumutbar ist oder nicht. Es handelt sich dabei um einen Billigkeitsentscheid i.S.v. Art. 4 ZGB.<sup>646</sup> Allerdings ist nicht nur der Begriff „unzumutbar“ ein unbestimmter Rechtsbegriff, sondern es sind dies auch die Tatbestandsmerkmale „Sorgfalt“ und „Rücksichtnahme“.<sup>647</sup> 367

In der Lehre ist umstritten, ob das Erfordernis eines Ermessens- oder Billigkeitsentscheids generell eine klare Rechtslage i.S.v. Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO ausschliesst. So vertritt GÖKSU den Standpunkt, dass keine klare Rechtslage vorliege, wenn die Anwendung einer Norm einen solchen Entscheid des Gerichts erfordere.<sup>648</sup> Nach TANNER und EGLI ist hingegen nicht abstrakt darauf abzustellen, ob ein unbestimmter Rechtsbegriff vorliegt, sondern vielmehr darauf, ob die Interessenabwägung im Einzelfall zu einem klaren Resultat führt. Deshalb sei der Rechtsschutz in klaren Fällen nicht per se zu verbieten.<sup>649</sup> Mit Hinweis auf BGE 138 III 123 führt EGLI aus, dass gemäss Bundesgericht die Rechtslage bloss *in der Regel* nicht klar sei, wenn die Anwendung einer Norm einen Ermessens- oder Billigkeitsentscheid des Gerichts erfordere.<sup>650</sup> Interessant ist in diesem Zusammenhang ein Blick auf die später ergangenen Entscheide des Bundesgerichts. So hat es in BGE 141 III 23 wie in BGE 138 III 123 festgehalten, dass „*en règle générale*“ keine klare Rechtslage vorliege.<sup>651</sup> Im kurz darauf ergangenen BGE 141 III 262 sowie in BGER 4A\_718/2016 hat es hingegen ausgeführt, dass die Rechtslage diesfalls nicht klar sei. Von „*in der Regel*“ war nicht mehr die Rede, obwohl sich das Bundesgericht in beiden Entscheiden auf BGE 138 III 123 und BGE 141 III 23 berufen hat.<sup>652</sup> In BGER 4A\_295/2017 ist hingegen wiederum davon die Rede, 368

<sup>646</sup> BGE 136 III 65 E. 2.5 S. 72; SVIT-Komm., Art. 257f N 35; ZK-HIGI, Art. 257f N 59; Mietrecht für die Praxis/SPIRIG, 720 Rz. 27.3.7; TANNER, ZZZ 2010, 307.

<sup>647</sup> EGLI, PraxiZ 2013, 6; TANNER, ZZZ 2010, 310; ZPO Komm.-SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, Art. 257 N 38.

<sup>648</sup> Dike Komm. ZPO-GÖKSU, Art. 257 N 11; gl.M. Handkomm. ZPO-KOSLAR, Art. 257 N 14.

<sup>649</sup> TANNER, ZZZ 2010, 285 u. 310 f.; EGLI, PraxiZ 2013, 6 f.; gl.M. ZPO Komm.-SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, Art. 257 N 38; in diesem Sinne CPC Comm.-TREZZINI, Art. 257 N 43.

<sup>650</sup> EGLI, PraxiZ 2013, 7, m.H.a. BGE 138 III 123 E. 2.1.2 S. 126 sowie BGE 138 III 620 nicht publ. E. 5.1.2.

<sup>651</sup> BGE 141 III 23 E. 3.2 S. 26.

<sup>652</sup> BGE 141 III 262 nicht publ. E. 4.2.1; BGER 4A\_718/2016 vom 21. Februar 2017, E. 2.2.1; Gleiches gilt für BGE 144 III 117 nicht publ. E. 3.1.

dass *in der Regel* die Rechtslage nicht klar sei, wenn die Anwendung einer Norm einen Ermessens- oder Billigkeitsentscheid des Gerichts erfordere.<sup>653</sup>

- 369 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist nach dem Gesagten nicht einheitlich. Aus den vorbehaltlosen Verweisen in BGE 141 III 262 sowie BGer 4A\_718/2016 auf BGE 138 III 123 und BGE 141 III 23 kann meines Erachtens geschlossen werden, dass das Bundesgericht – auch wenn nicht mehr von „*in der Regel*“ die Rede ist – das Vorliegen einer klaren Rechtslage bei einem Ermessens- oder Billigkeitsentscheid nicht kategorisch verneint. Es findet sich kein entsprechender Hinweis für einen generellen Ausschluss, sondern es ist wohl von einem Versehen des Bundesgerichts auszugehen. Zudem ist anzumerken, dass im Gegensatz zu BGE 138 III 123 und BGE 141 III 23 die entsprechenden Erwägungen in BGE 141 III 262 (nicht publizierte E. 4.2.1) sowie in BGer 4A\_718/2016 nicht amtlich publiziert sind. Eine Praxisänderung kommt somit nicht in Betracht. Dies gilt umso mehr, als im später ergangenen Entscheid BGer 4A\_295/2017 wiederum von „*in der Regel*“ die Rede ist. Aber auch wenn man – wie nach der hier vertretenen Ansicht – davon ausgeht, dass bei Ermessens- oder Billigkeitsentscheiden die klare Rechtslage nicht generell zu verneinen ist, so birgt ein Ausweisungsgesuch i.S.v. Art. 257 ZPO nach einer Kündigung gestützt auf Art. 257f Abs. 3 oder 4 OR für die Vermieterschaft Risiken. Da die Anwendung von Art. 257f OR aufgrund der Voraussetzungen der „Unzumutbarkeit“ sowie „Verletzung der Pflicht zu Sorgfalt oder Rücksichtnahme“ mehrere Billigkeitsentscheide des Gerichts erfordert, ist es für die Vermieterschaft kaum abschätzbar, ob der Summarrichter die Rechtslage als klar qualifizieren wird. In der Praxis dürfte die klare Rechtslage denn auch zumeist verneint werden. Insofern ist – auch in Anbetracht der Beweisschwierigkeiten – von einem Vorgehen i.S.v. Art. 257 ZPO abzuraten, wenn die Kündigung gestützt auf Art. 257f OR ausgesprochen wurde.

*d. Kündigung aus wichtigen Gründen (Art. 266g OR)*

- 370 Laut Art. 266g Abs. 1 OR können die Vertragsparteien aus wichtigen Gründen, welche die Vertragserfüllung für sie unzumutbar machen, das Mietverhältnis mit der gesetzlichen Frist auf einen beliebigen Zeitpunkt ausserordentlich kündigen. Denkbar ist etwa ein solcher Fall, in dem der Mieter dem Vermieter vor Abschluss des Vertrags einen Betreibungsregisterauszug vorlegt, der keine Betreibungen oder Verlustscheine aufweist. Nach Vertragsabschluss erfährt der Vermieter, dass der Betreibungsregisterauszug gefälscht

---

<sup>653</sup> BGer 4A\_295/2017 vom 25. April 2018, E. 3.1; so auch in BGer 4A\_185/2017 vom 15. Juni 2017, E. 3.

war und der Mieter mehrfach betrieben wurde und zahlreiche Verlustscheine vorliegen.<sup>654</sup>

Ausweisungen gestützt auf Kündigungen i.S.v. Art. 266g OR erweisen sich aus den gleichen Gründen als problematisch wie solche nach Kündigungen gemäss Art. 257f OR.<sup>655</sup> Zunächst dürfte es der Vermieterschaft in den meisten Fällen schwer fallen, den wichtigen Grund sofort zu beweisen, wenn der Sachverhalt bestritten wird (im erwähnten Beispiel der Urkundenfälschung könnte der Beweis jedoch wohl mittels Urkunden erbracht werden).<sup>656</sup> Zudem handelt es sich bei den Tatbestandsvoraussetzungen des wichtigen Grundes und der Unzumutbarkeit der Vertragserfüllung um unbestimmte Rechtsbegriffe, die einen Billigkeitsentscheid erfordern.<sup>657</sup> Zwar ist die Summarexmission meines Erachtens deshalb nicht a priori ausgeschlossen,<sup>658</sup> der Vermieter wird jedoch kaum abschätzen können, ob der Summarrichter von einer klaren Rechtslage i.S.v. Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO ausgehen wird oder nicht. So verneint BOHNET die klare Rechtslage bei einer Kündigung gestützt auf Art. 266g OR, wenn die wichtigen Gründe Anlass zu Diskussionen geben können.<sup>659</sup> 371

Nach dem Gesagten ist von einem Gesuch um Ausweisung im Rechtsschutz in klaren Fällen im Anschluss an eine Kündigung aus wichtigen Gründen abzuraten. In der Praxis dürfte in den meisten Fällen die klare Rechtslage verneint werden. Das Gesuch dürfte jedoch bereits daran scheitern, den bestrittenen Sachverhalt sofort zu beweisen. 372

### C. Summarexmission während hängigem Schlichtungsverfahren

In der mietrechtlichen Praxis ist die Frage von grosser Bedeutung, ob eine Summarexmission zulässig ist, wenn der Mieter die Kündigung angefochten hat und das diesbezügliche Schlichtungsverfahren rechtshängig ist.<sup>660</sup> Unproblematisch sind jene Fälle, in denen die Vermieterschaft ausserhalb des Summarverfahrens die Ausweisung verlangt. Die Mieterausweisung und die 373

<sup>654</sup> Siehe ROHRER, MRA 2016, 6.

<sup>655</sup> Vgl. dazu die Ausführungen in Rz. 361 ff. zum liquiden Sachverhalt und Rz. 367 ff. zur klaren Rechtslage.

<sup>656</sup> Gl.M. Komm. ZPO-GASSER/RICKLI, Art. 257 N 11, denen zufolge der Sachverhalt in den Fällen von Art. 266g OR in der Regel nicht liquid sein dürfte.

<sup>657</sup> TANNER, ZZZ 2010, 285 u. 310; ZK-HIGI, Art. 266g N 30.

<sup>658</sup> Vgl. Rz. 368 f.

<sup>659</sup> Comm. CPC-BOHNET, Art. 257 N 13.

<sup>660</sup> So auch KOLLER, ZBJV 11/2016, 827; ZPO Komm.-SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, Art. 257 N 38a, die ausführen, dass derartige Parallelverfahren in der Praxis häufig vorkommen.

## 5. Teil: Das Summarverfahren

---

Kündigungsanfechtung können (sofern das Schlichtungsverfahren noch hängig ist) diesfalls gemäss Art. 125 lit. c ZPO vereinigt werden.<sup>661</sup>

- 374 Vor Inkrafttreten der ZPO sah Art. 274g Abs. 1 aOR vor, dass die für die Ausweisung zuständige Behörde, wenn der Mieter eine ausserordentliche Kündigung anfocht und ein Ausweisungsverfahren hängig war, auch über die Wirkung der Kündigung zu entscheiden hatte. Die Konstellation, in der das Ausweisungsverfahren zum Zeitpunkt der Kündigungsanfechtung bereits hängig ist, ist nur schwer vorstellbar.<sup>662</sup> In aller Regel dürfte der Mieter innerhalb der dreissigtägigen Verwirkungsfrist (Art. 273 Abs. 1 OR) die Kündigung angefochten haben, bevor der Vermieter das Ausweisungsbegehren gestellt hat. Entgegen dem unklaren Wortlaut von Art. 274g Abs. 1 aOR galt diese Bestimmung jedoch auch für jene Fälle, in denen ein Ausweisungsbegehren während eines hängigen Kündigungsanfechtungsverfahrens gestellt wurde.<sup>663</sup>
- 375 Nach Inkrafttreten der ZPO ist das Bundesgericht in seiner mietrechtlichen Rechtsprechung wiederholt zumindest implizit davon ausgegangen, dass über ein Ausweisungsbegehren im summarischen Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen auch dann entschieden werden darf, wenn die vorangehende ausserordentliche Kündigung wegen Zahlungsrückstands (Art. 257d OR) von der Mieterschaft angefochten und das resultierende mietrechtliche Verfahren noch nicht rechtskräftig erledigt wurde.<sup>664</sup> Das Bundesgericht hat diese Frage in BGE 141 III 262 explizit bejahend beantwortet. Ein Begehren um Ausweisung eines Mieters im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO sei grundsätzlich auch dann zulässig, wenn der Mieter die vorangehende Kündigung gerichtlich angefochten habe und dieses Verfahren hängig sei.<sup>665</sup> Dieser Rechtsprechung des Bundesgerichts lässt sich entnehmen, dass mangels Identität des Streitgegenstands ein Kündigungsanfechtungsverfahren des Mieters im Verhältnis zu einem Ausweisungsverfahren des Vermieters keine Rechtshängigkeit i.S.v. Art. 64 Abs. 1 lit. a ZPO zu begründen vermag.<sup>666</sup>

---

<sup>661</sup> Kuko ZPO-JENT-SØRENSEN, Art. 257 N 18; so auch OGer ZH PF110018 vom 1. Juli 2011, E. II.4; vgl. ferner OGer ZH PF150001 vom 10. Februar 2015, E. 2.3 in fine.

<sup>662</sup> So führt auch das Bundesgericht in BGE 117 II 554 E. 2c S. 558 aus, dass der Fall selten ist, in dem die Kündigungsanfechtung dem Ausweisungsbegehren folgt.

<sup>663</sup> BGE 117 II 554 E. 2 S. 556 ff.

<sup>664</sup> So BGE 141 III 262 E. 3.2 S. 263 m.H.a. BGer 4A\_252/2014 vom 28. Mai 2014, E. 3 u. 4, BGer 4A\_265/2013 vom 8. Juli 2013, E. 6, sowie BGer 4A\_187/2012 vom 10. Mai 2012, E. 3.

<sup>665</sup> BGE 141 III 262 E. 3.3 S. 265; BGer 4A\_295/2017 vom 25. April 2018, E. 3.3.1.

<sup>666</sup> So BOHNET, Newsletter septembre 2015, Ziff. III; KOLLER, ZBJV 11/2016, 827; ZPO Komm.-SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, Art. 257 N 38a.

Das Bundesgericht begründete diesen Entscheid einerseits in Berufung auf die kantonale Rechtsprechung<sup>667</sup> und überwiegende Lehre<sup>668</sup>, andererseits mit der Entstehungsgeschichte von Art. 257 ZPO.<sup>669</sup> In den parlamentarischen Beratungen zur schweizerischen Zivilprozessordnung war die Kompetenzattraktion Gegenstand intensiver Debatten. Es wurde insbesondere moniert, unberechtigte Kündigungsanfechtungen könnten die Ausweisung in die Länge ziehen, wenn eine dem Art. 274g aOR entsprechende Regelung nicht übernommen würde. Diese Befürchtungen vermochten sich allerdings nicht durchzusetzen. Die Koordinationsregelung von Kündigungsanfechtung und Ausweisung mittels Kompetenzattraktion beim Ausweisungsrichter wurde letztlich ersatzlos aufgehoben. Begründet wurde dies damit, das summarische Verfahren in der Variante nach Art. 257 ZPO – und nur in dieser – reiche für die Gewährung von raschem Rechtsschutz in Ausweisungssachen aus. Es wurde deshalb als überflüssig erachtet, die Bestimmung von Art. 274g aOR in die ZPO aufzunehmen.<sup>670</sup> Gemäss Bundesgericht ging das Parlament dabei davon aus, im Ausweisungsverfahren nach Art. 257 ZPO könne vorfrageweise über die Gültigkeit der Kündigung entschieden werden, weshalb – in liquiden Fällen – mittels Gutheissung des klägerischen Begehrens eine Verzögerung der Ausweisung durch Abwarten des mietrechtlichen Kündigungsschutzverfahrens vermieden werde. Soweit die Gültigkeit der Kündigung demzufolge im Ausweisungsverfahren als Vorfrage zu beurteilen ist, beziehen sich gemäss Bundesgericht die Voraussetzungen von Art. 257 Abs. 1 ZPO auch darauf.<sup>671</sup>

Diese Rechtsprechung ist zu begrüssen, da andernfalls das Institut der Summarausweisung letztlich ausgehebelt worden wäre. Der Mieter hätte mit einem aussichtslosen Kündigungsanfechtungsverfahren die Möglichkeit des Vermieters untergraben können, diesen auf raschem Wege auszuweisen. Allerdings ist das Summarverfahren von seiner Natur her fehleranfälliger als das

<sup>667</sup> OGer ZH PF110018 vom 1. Juli 2011, E. II.1-8.

<sup>668</sup> Etwa BISANG, MRA 2010, 113 f.; SPICHTIN, Rechtsschutz, Rz. 296; Kuko ZPO-JENT-SØRENSEN, Art. 257 N 18; TANNER, ZZZ 2010, 315 f.; Komm. ZPO-GASSER/RICKLI, Art. 257 N 11; differenzierend LCHAT, Procédure, 168 f., der zwar ausführt, dass kein „klarer Fall“ vorliege, wenn der Mieter parallel zur Summarexmission die Schlichtungsbehörde angerufen habe. Allerdings blieben jene Fälle vorbehalten, in denen die Kündigungsanfechtung keine Erfolgchance hätte und eine missbräuchliche Verfahrenseinleitung darstelle; a.A. THANET, mp 2009, 195 f.

<sup>669</sup> BGE 141 III 262 E. 3.2 S. 263 ff.

<sup>670</sup> Vgl. dazu die parlamentarischen Debatten in AmtlBull StR 2007, 517 u. 519 ff., AmtlBull NR 2008, 947 u. 949 ff., AmtlBull StR 2008, 726 f. u. 729, sowie AmtlBull NR 2008, 1627 ff.; BGE 141 III 262 E. 3.2 S. 264; BGE 139 III 38 E. 2.5.1 ff. S. 41 ff.; ausführlich zum Gesetzgebungsprozess BISANG, MRA 2010, 111 ff.; a.A. ZPO Komm.-SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, Art. 257 N 38a, die de lege ferenda für eine Wiedereinführung einer Art. 274g aOR nachgebildeten Bestimmung plädieren.

<sup>671</sup> BGE 141 III 262 E. 3.2 S. 264 f.; BGer 4A\_39/2018 vom 6. Juni 2018, E. 2.2.

vereinfachte Verfahren.<sup>672</sup> Dem trägt das Bundesgericht insofern Rechnung, als es hohe Anforderungen an die Liquidität der Sach- und Rechtslage stellt.<sup>673</sup> In der vorliegenden Konstellation – so das Bundesgericht in BGE 141 III 262 – ist zugunsten des Mieters zu beachten, dass im summarischen Verfahren grundsätzlich die Verhandlungsmaxime gilt. In dem für den Kündigungsschutz vorgesehenen vereinfachten Verfahren ist der Sachverhalt hingegen im Rahmen des sozialen Untersuchungsgrundsatzes (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO i.V.m. Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO) von Amtes wegen festzustellen. Damit das vom Gesetzgeber durch diese Bestimmungen verfolgte Ziel nicht via Art. 257 ZPO unterlaufen werden kann, ist der Rechtsschutz in klaren Fällen nur zu gewähren, wenn keine Zweifel an der Vollständigkeit der Sachverhaltsdarstellung bestehen und die Kündigung gestützt darauf als klar berechtigt erscheint.<sup>674</sup>

- 378 Ungeklärt gelassen hat das Bundesgericht das Schicksal des eingeleiteten Schlichtungsverfahrens. Meiner Ansicht nach ist dieses zu sistieren.<sup>675</sup> Gemäss Art. 126 Abs. 1 ZPO kann ein Verfahren namentlich dann sistiert werden, wenn der Entscheid (in casu des Kündigungsanfechtungsverfahrens) vom Ausgang eines anderen Verfahrens (konkret des Summarverfahrens) abhängig ist. Kommt der Summarrichter zum Schluss, dass die Ausweisung des Mieters zu gewähren ist, so hat die Schlichtungsbehörde den sistierten Fall abzuschreiben.<sup>676</sup> Erfolgt hingegen ein Nichteintretensentscheid, so wird das Anfechtungsverfahren wieder aufgenommen.<sup>677</sup>

### D. Auslösen der Kündigungssperrfrist?

- 379 Kann der Rechtsschutz in klaren Fällen nicht gewährt werden, so tritt das Gericht nicht auf das Gesuch ein (Art. 257 Abs. 3 ZPO). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann ein negativer Entscheid ausschliesslich in Form eines Nichteintretens ergehen. Eine Abweisung ist nicht möglich. Dies

---

<sup>672</sup> KOLLER, ZBJV 11/2016, 827 f.

<sup>673</sup> KOLLER, ZBJV 11/2016, 828, u. KOLLER, ZBJV 11/2013, 883, m.H.a. BGE 138 III 123, in dem der Rechtsschutz in klaren Fällen verweigert wurde.

<sup>674</sup> BGE 141 III 262 nicht publ. E. 4.2.2; BGE 142 III 515 E. 2.2.4 S. 518; BGer 4A\_265/2013 vom 8. Juli 2013, E. 6; BGer 4A\_7/2012 vom 3. April 2012, E. 2.5; KOLLER, ZBJV 11/2016, 828.

<sup>675</sup> Gl.M. BAECKERT, ZZZ 2013, 143; Komm. ZPO-GASSER/RICKLI, Art. 257 N 11; SPICHTIN, Rechtsschutz, Rz. 296; ZPO Komm.-SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, Art. 257 N 38a; so gemäss ROHRER, MRA 2016, 8, die Praxis im Kanton Zürich (m.H.a. HGer ZH HE140253 vom 16. September 2014, E. 3.2); wohl auch PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 1036.

<sup>676</sup> BAECKERT, ZZZ 2013, 143; Komm. ZPO-GASSER/RICKLI, Art. 257 N 11; ZPO Komm.-SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, Art. 257 N 38a.

<sup>677</sup> ROHRER, MRA 2016, 8.

gilt nicht nur dann, wenn die Voraussetzungen von Art. 257 ZPO nicht erfüllt sind, der Sachverhalt somit nicht liquid (lit. a) oder die Rechtslage nicht klar (lit. b) ist, sondern auch, wenn das Gericht zum Schluss gelangt, der Anspruch des Gesuchstellers bestehe klarerweise nicht.<sup>678</sup>

Aufgrund dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung steht meines Erachtens fest, dass die dreijährige Kündigungssperrfrist i.S.v. Art. 271a Abs. 1 lit. e Ziff. 1 OR (Unterliegen zu einem erheblichen Teil) nicht ausgelöst wird. Hierfür bedarf es einer materiellen Beurteilung der Streitigkeit, das bloss prozessuale Nichteintreten reicht nicht aus.<sup>679</sup> Folgt man dieser Auffassung, so sieht sich der Mieter beim Nichteintretensentscheid mit einem erneuten Ausweisungsverfahren konfrontiert, diesmal im ordentlichen Prozess (vereinfachtes Verfahren mit vorgängiger Schlichtung).<sup>680</sup> Das ist meiner Ansicht nach vertretbar, da die Klageobliegenheit beim Vermieter liegt und der Mieter weiterhin seine Einwendungen vorbringen kann. Der Vermieter wird wohl nicht unüberlegt die Ausweisung ausserhalb des Summarverfahrens durchzusetzen versuchen.<sup>681</sup> Würde man von der Zulässigkeit eines Abweisungsentscheids und der damit einhergehenden Auslösung der dreijährigen Kündigungssperrfrist ausgehen, so wäre Folgendes zu bedenken: Gemäss Art. 271a Abs. 3 lit. b und f OR kann eine laufende Kündigungssperrfrist durchbrochen werden, wenn aufgrund Zahlungsverzugs oder Konkurs des Mieters gekün-

<sup>678</sup> BGE 140 III 315 E. 5.1 ff. S. 317 ff.; gl.M. MAAG, MRA 1/2015, 41 f.; KOUMBARAKIS, MRA 2015, 175; ZPO Komm.-SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, Art. 257 N 38; BK ZPO-GÜNGERICH, Art. 257 N 21; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 21 Rz. 58; BACHOFNER, MRA 2017, 63 ff., der zufolge jedoch die Auffassung vertretbar ist, dass der Vermieter, der nach einem Nichteintretensentscheid sein Ausweisungsbegehren nicht innert Monatsfrist gemäss Art. 63 Abs. 1 ZPO bei der Schlichtungsbehörde einreicht, durch dieses Verhalten die Sperrfrist i.S.v. Art. 271a Abs. 1 lit. e Ziff. 3 OR (allenfalls analog) auslöst; siehe auch Praxisfestlegung OGer BE vom 26. August 2016, Ziff. 2.4; kritisch KOLLER, ZBJV 1/2016, 56 ff.; a.A. BAECKERT, ZZZ 2013, 140 f.; HOHL, § 28 Rz. 1679 f.; Handkomm. ZPO-KOSLAR, Art. 257 N 18; SPICHTIN, Jusletter 2016, Rz. 20 ff.

<sup>679</sup> Gl.M. BACHOFNER, MRA 2017, 63; ZK-HIGI, Art. 271a N 276; vgl. jedoch die Ausführungen zur Streitwertberechnung bei der Summarexmission in Rz. 382 ff., bei der das Bundesgericht die Sperrfrist mitberücksichtigt, wenn die Gültigkeit der Kündigung im Streit liegt.

<sup>680</sup> Vgl. zur massgeblichen Verfahrensart bei der Ausweisung ausserhalb des Summariums Rz. 233 f.

<sup>681</sup> A.A. KOLLER, ZBJV 1/2016, 57 f., der ausführt, dass es höchst fragwürdig sei, dem Vermieter relativ risikoarm zu ermöglichen, das „Abwehrverhalten“ des Mieters zu testen. Das Bundesgericht hätte – so KOLLER – dem bis zu einem gewissen Grad entgegenwirken können, wenn es (in BGE 140 III 315) anders entschieden und so den Vermieter wenigstens mit dem Risiko einer Prozessniederlage mit materieller Rechtskraftwirkung belastet hätte (denn ein solcher Entscheid mit materieller Rechtskraftwirkung müsste ja eine Kündigungssperrfrist i.S.v. Art. 271a Abs. 1 lit. e OR auslösen).

digt wird. Die meisten Summarexmissionen stützen sich auf solche Kündigungen. Insofern hätte die Auslösung der Kündigungssperrfrist *prima vista* keine derart gravierende Tragweite für den Vermieter, da er bei der nächsten erfolglosen Zahlungsaufforderung oder Aufforderung zur Leistung einer Sicherheit wieder kündigen könnte. Problematisch wäre für ihn allerdings, dass er wiederum die Fristen i.S.v. Art. 257d OR und Art. 266h OR wahren müsste. In diesem Zeitraum würde er sich einer erheblichen Gefahr von (weiteren) Mietzinsausfällen aussetzen.

### **E. Streitwertberechnung**

#### *a. Brutto- oder Nettomietzins?*

- 381 Zunächst gilt zu klären, ob bei der Streitwertberechnung der Netto- oder der Bruttomietzins massgebend ist. Das Bundesgericht stellt zu Recht auf den Bruttomietzins ab.<sup>682</sup> Der Mieter macht während dem Ausweisungsprozess nicht nur von den „rohen“ Wohn- oder Geschäftsräumlichkeiten Gebrauch. Er bezieht weiterhin beispielsweise Warmwasser oder lässt das Mietobjekt beheizen. Ein Blick auf die Streitwertberechnung ausserhalb des Summarverfahrens zeigt ausserdem, dass – zumindest nach der hier vertretenen Ansicht – auch im Kündigungsanfechtungs- sowie Erstreckungsverfahren der Bruttomietzins massgebend ist.<sup>683</sup> Eine Gleichstellung rechtfertigt sich, da bei diesen Streitigkeiten, wie letztlich auch bei der Ausweisung, der Verbleib des Mieters im Mietobjekt strittig ist. Das Abstellen auf den Bruttomietzins hat somit auch den Vorzug, dass bei der Summarausweisung, der Kündigungsanfechtung sowie der Erstreckung diesbezüglich Einheitlichkeit besteht.

#### *b. Massgeblicher Zeitraum gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung*

- 382 Was den für die Streitwertberechnung massgeblichen Zeitraum anbelangt, so stellt das Bundesgericht im Ausweisungsverfahren auf die Einwendungen des Mieters ab. Wie sogleich zu sehen sein wird, differenziert es danach, ob bloss die Ausweisung im Streit liegt oder ob vom Mieter auch die Gültigkeit der

---

<sup>682</sup> BGer 4A\_72/2007 vom 22. August 2007, E. 2.2; BGer 4A\_266/2007 vom 26. September 2007, E. 2.2.2; so auch Praxisfestlegung OGer BE vom 26. August 2016, Ziff. 2.5 i.V.m. Ziff. 1.3; gl.M. BACHOFNER, MRA 2017, 56.

<sup>683</sup> Vgl. die Ausführungen in Rz. 49 zur Streitwertberechnung im Kündigungsanfechtungsverfahren und Rz. 55 zum Erstreckungsverfahren.

Kündigung oder die Voraussetzungen des Rechtsschutzes in klaren Fällen bestritten werden.<sup>684</sup>

Ist das Verfahren auf die Ausweisung selbst beschränkt, so entspricht der Streitwert dem durch die Verzögerung mutmasslich entstehenden Schaden bzw. dem in der betreffenden Zeit hypothetisch anfallenden Miet- oder Gebrauchswert.<sup>685</sup> 383

Liegt im entsprechenden Verfahren die Gültigkeit der Kündigung im Streit, so bestimmt sich der Streitwert beim unbefristeten Mietverhältnis anhand der Miete, „die für diejenige Dauer geschuldet ist, während welcher der Mietvertrag unter der Annahme, dass die Kündigung zu Recht angefochten wurde, zwingend weiter bestehen würde, bevor eine neue Kündigung ausgesprochen werden könnte“.<sup>686</sup> Dabei berücksichtigt das Bundesgericht die dreijährige Kündigungssperrfrist von Art. 271a Abs. 1 lit. e OR.<sup>687</sup> 384

Anders verhält es sich gemäss Bundesgericht wiederum, falls die Voraussetzungen des Rechtsschutzes in klaren Fällen bestritten sind. Als Streitwert ist diesfalls der durch die Verzögerung mutmasslich entstehende Schaden zu betrachten, wenn die Voraussetzungen einer Ausweisung im Verfahren nach Art. 257 ZPO verneint werden. Dieser Schaden besteht im hypothetisch anfallenden bzw. entgangenen Mietwert für die Zeit, bis voraussichtlich ein Ausweisungsentscheid ausserhalb des Summarverfahrens ergehen könnte.<sup>688</sup> Die effektive Verfahrensdauer lässt sich dabei nur selten sicher voraussagen, weshalb diese zu schätzen ist.<sup>689</sup> Das Bundesgericht bestätigte in BGer 4D\_79/2015 sowie BGer 4A\_449/2014 die von den kantonalen Instanzen vorgenommene Streitwertberechnung, die auf Grundlage einer mutmasslichen 385

<sup>684</sup> BACHOFNER, MRA 2017, 56 f.; vgl. zur Streitwertberechnung bei der Summarexmission den nach Abschluss des Manuskripts ergangenen BGer 4A\_565/2017 vom 11. Juli 2018.

<sup>685</sup> BGer 5A\_645/2011 vom 17. November 2011, E. 1.1; BGE 133 III 539 nicht publ. E. 2.3; vgl. weiterführend BACHOFNER, MRA 2017, 57, der zufolge das Bundesgericht diese Methode etwa dann anwandte, wenn über die Gültigkeit der Kündigung bereits ein rechtskräftiger Entscheid vorlag oder die Vollstreckung eines Ausweisungsentscheids zu beurteilen war; DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 121.

<sup>686</sup> BGer 4A\_12/2010 vom 25. Februar 2010, E. 1, m.H.a. BGer 4A\_516/2007 vom 6. März 2008, E. 1.1, sowie BGE 119 II 147 E. 1 S. 149.

<sup>687</sup> BGer 4A\_12/2010 vom 25. Februar 2010, E. 1; BGer 4A\_148/2008 vom 18. April 2008, E. 1; dazu einlässlich BACHOFNER, MRA 2017, 57 f.; so auch MÜLLER/HOFSTETTER, Rz. 14.21; DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 120.

<sup>688</sup> BGer 4D\_79/2015 vom 22. Januar 2016, E. 1; BGer 4A\_152/2015 vom 8. Juni 2015, E. 1.2; BGer 4A\_449/2014 vom 19. November 2014, E. 2.1; BACHOFNER, MRA 2017, 58; DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 122.

<sup>689</sup> MÜLLER/HOFSTETTER, Rz. 14.20.

## 5. Teil: Das Summarverfahren

---

Verfahrensdauer von sechs Monaten erfolgte.<sup>690</sup> In BGer 4A\_152/2015 legte das Bundesgericht der Streitwertberechnung hingegen eine voraussichtliche Verfahrensdauer von „erheblich über zehn Monaten“ zugrunde.<sup>691</sup>

### c. *Stellungnahme und Berechnungsvorschlag*

- 386 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Streitwertberechnung bei der Summarexmission ist aus zwei Gründen problematisch. Zunächst ergeben sich Schwierigkeiten daraus, dass das Bundesgericht auf die Einwendungen der Gegenpartei abstellt. Im bundesgerichtlichen Verfahren mag dies keine Probleme ergeben, da die im kantonalen Verfahren vorgebrachten Einwendungen zum Zeitpunkt der Beschwerde i.S.v. Art. 72 ff. BGG bekannt sind. Im erstinstanzlichen Prozess zeigt sich jedoch ein anderes Bild. Der Streitwert wird grundsätzlich mit der Rechtshängigkeit bzw. der Einreichung des Gesuchs festgelegt. Der Gesuchsteller und das erstinstanzliche Gericht können zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung allerdings nicht wissen, was die gesuchsgegnerische Partei einwenden wird.<sup>692</sup> Reicht der Mieter keine Stellungnahme zum Gesuch ein, so ist die Kündigungssperrfrist nicht zu berücksichtigen. Diese ist hingegen laut Bundesgericht zu beachten, wenn der Mieter die Gültigkeit der Kündigung beanstandet. Der Gesuchsteller kann den Streitwert aufgrund dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht mit Bestimmtheit festlegen. Dabei ist für ihn insbesondere in Handelsgerichtskantonen die Bestimmung des Streitwerts von zentraler Bedeutung, da die sachliche Zuständigkeit davon abhängt. Insofern ist das Abhängigmachen von (potenziellen) Einwendungen des Gesuchsgegners heikel und stellt die gesuchstellende Partei und die erstinstanzlichen Gerichte vor erhebliche Schwierigkeiten.<sup>693</sup>
- 387 Dies leitet über zum folgenden Punkt: Das Bundesgericht berücksichtigt bei der Streitwertberechnung die Kündigungssperrfrist nach Art. 271a Abs. 1 lit. e OR, wenn die Gültigkeit der Kündigung strittig ist – dies obwohl gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Rechtsschutz in klaren Fällen kein Abweisungs-, sondern nur ein Nichteintretensentscheid ergehen kann. Ein solcher Nichteintretensentscheid i.S.v. Art. 257 Abs. 3 ZPO vermag meiner Ansicht nach die Kündigungssperrfrist nicht auszulösen, weshalb sie auch nicht bei der Streitwertberechnung zu beachten ist.<sup>694</sup>

---

<sup>690</sup> BGer 4D\_79/2015 vom 22. Januar 2016, E. 1; BGer 4A\_449/2014 vom 19. November 2014, E. 2.1.

<sup>691</sup> BGer 4A\_152/2015 vom 8. Juni 2015, E. 1.2.

<sup>692</sup> BACHOFNER, MRA 2017, 61.

<sup>693</sup> BACHOFNER, MRA 2017, 61 f.

<sup>694</sup> Gl.M. ROHRER, MRA 2016, 8; BACHOFNER, MRA 2017, 65; vgl. die Ausführungen in Rz. 379 f.

Nach dem Gesagten gestaltet sich die Streitwertberechnung meines Erachtens wie folgt: Als Berechnungsgrundlage gilt der Bruttomietzins, und unabhängig von den Einwendungen des Gesuchsgegners ist die Dauer der Kündigungssperrfrist nicht mitzuberechnen. Hingegen muss die mutmassliche Verfahrensdauer beachtet werden. Diese entspricht jener Zeitspanne, bis ausserhalb des Summarverfahrens voraussichtlich ein Ausweisungsentscheid ergehen könnte. Hierfür kann keine allgemeingültige Dauer festgelegt werden, sondern es ist von Kanton zu Kanton auf die dortige Praxis abzustellen. Im Kanton Bern etwa bemisst sich der Streitwert gemäss obergerichtlicher Praxisfestlegung nach dem Bruttomietzins während der voraussichtlichen Dauer des Summarverfahrens zuzüglich des nach einem (unterstellten) Nicht-eintretensentscheid zu durchlaufenden ordentlichen Prozesses. Dabei ist von einer mutmasslichen Verfahrensdauer von acht Monaten auszugehen, welche sich aus dem zweimonatigen Summarverfahren und dem sechsmonatigen erstinstanzlichen Verfahren inklusive vorangegangener Schlichtung zusammensetzt.<sup>695</sup> 388

## II. Vorsorgliche Massnahmen

### 1. Einleitung

Vor Inkrafttreten der ZPO sah Art. 274f Abs. 2 aOR vor, dass der Richter für die Dauer des Verfahrens vorsorgliche Massnahmen treffen kann.<sup>696</sup> Die Möglichkeit solcher Massnahmen war auf die Wohn- und Geschäftsraummiete begrenzt (die Art. 274d aOR bis Art. 274f aOR fanden nur Anwendung auf das Verfahren bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen). Die ZPO normiert die vorsorglichen Massnahmen in Art. 261 ff. ZPO, ohne zwischen den unterschiedlichen Mietverhältnissen zu differenzieren. 389

Macht die gesuchstellende Partei glaubhaft, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihr daraus ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht, so trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen (Art. 261 Abs. 1 ZPO). Weiter vorausgesetzt wird – ohne dass Art. 261 ZPO dies explizit erwähnt – eine zeitli- 390

<sup>695</sup> Praxisfestlegung OGer BE vom 26. August 2016, Ziff. 2.5 i.V.m. Ziff. 1.3; vgl. MÜLLER/HOFSTETTER, Rz. 14.20, zur Praxis im Kanton Zürich (Audienzrichteramt des Bezirksgerichts Zürich und Obergericht Zürich). Gemäss zürcherischer Praxis wird die mutmassliche Dauer des Vollzugs ebenfalls hinzugerechnet – dies im Unterschied zur bernischen, die eine separate Streitwertberechnung für das Vollstreckungsverfahren vorsieht.

<sup>696</sup> Zum alten Recht ausführlich BYRDE, mp 3/2006, 157 ff., sowie BYRDE, mp 4/2006, 231 ff.

che Dringlichkeit sowie die Verhältnismässigkeit der Massnahme.<sup>697</sup> Da es sich hierbei um ein Summarverfahren handelt, entfällt gemäss Art. 198 lit. a ZPO ein Schlichtungsversuch. Ist die Klage in der Hauptsache noch nicht rechtshängig, so setzt das Gericht der gesuchstellenden Partei eine Frist zur Einreichung der Klage, mit der Androhung, die angeordnete Massnahme falle bei ungenutztem Ablauf der Frist ohne Weiteres dahin (Art. 263 ZPO).

- 391 Gemäss Art. 13 ZPO ist – soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt – für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zwingend das Gericht am Ort zuständig, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist oder die Massnahme vollstreckt werden soll. Bei mietrechtlichen Streitigkeiten liegt der Gerichtsstand der Hauptsache (Art. 13 lit. a ZPO) am Ort der gelegenen Sache (Art. 33 ZPO). Im Mietrecht wird es sich beim Gerichtsstand des Vollstreckungsorts (Art. 13 lit. b ZPO) in aller Regel ebenfalls um den Ort der gelegenen Sache handeln.<sup>698</sup>

## 2. Anwendungsfälle

- 392 Vorsorgliche Massnahmen sind in mietrechtlichen Angelegenheiten durchaus denkbar, allerdings hat dieses Institut in den letzten Jahren, zumindest in der Deutschschweizer Mietrechtspraxis, eher wenig Beachtung gefunden.<sup>699</sup> Grundsätzlich kann jede gerichtliche Anordnung, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden, Inhalt einer vorsorglichen Massnahme sein (Art. 262 ZPO).<sup>700</sup> Insofern wird im Folgenden nicht auf sämtliche mögliche vorsorgliche Massnahmen eingegangen, sondern das Hauptaugenmerk liegt bei solchen Fällen, in denen sie – nach der hier vertretenen Ansicht – ausgeschlossen sind.<sup>701</sup>

---

<sup>697</sup> Siehe dazu ausführlich etwa ZPO Komm.-HUBER, Art. 261 N 17 ff., sowie BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 20 ff.

<sup>698</sup> FRESE/KOBEL, mp 2016, 92 f.

<sup>699</sup> So FRESE/KOBEL, mp 2016, 89, gestützt auf eine Umfrage bei erstinstanzlichen Gerichten der meisten deutsch- und französischsprachigen Kantone; **a.A.** – aber noch vor Inkrafttreten der ZPO – BYRDE, mp 3/2006, 158, der zufolge die praktische Bedeutung solcher Massnahmen im Mietrecht beträchtlich ist.

<sup>700</sup> FRESE/KOBEL, mp 2016, 95.

<sup>701</sup> Vgl. die ausführlichen Auflistungen von vorsorglichen Massnahmen im Mietrecht in CPra-CPC-BOHNET, Art. 261/262 N 7, PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 1004 f., u. LCHAT, Procédure, 178 ff.; vgl. die eingehende Auseinandersetzung mit der Thematik von BYRDE, mp 3/2006, 157 ff., u. BYRDE, mp 4/2006, 231 ff., sowie FRESE/KOBEL, mp 2016, 87 ff.

Was die Ausweisung des Mieters anbelangt, so ist diese laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung und einem Teil der Lehre im Summarverfahren nur auf dem Weg des Rechtsschutzes in klaren Fällen möglich.<sup>702</sup> Diese Auffassung müsste zur Konsequenz haben, dass die Ausweisung mittels vorsorglicher Massnahmen nicht zulässig ist. Explizit wurde dies jedoch nicht festgehalten.<sup>703</sup> Nach GÜNGERICH und HEINZMANN kann die Ausweisung hingegen auch mittels vorsorglicher Massnahmen gemäss Art. 261 ff. ZPO verlangt werden.<sup>704</sup> Letztere Auffassung ist abzulehnen. So stellt sich zunächst die Frage, worin eine vorsorgliche Massnahme i.S.v. Art. 261 ff. ZPO überhaupt bestehen sollte. Der Mieter kann wohl kaum vorsorglich aus der Wohn- oder Geschäftsräumlichkeit verwiesen werden. Dieser müsste sich ein anderes Mietobjekt suchen, obwohl ein Entscheid in der Sache noch nicht gefällt wurde. Verneint das Gericht in der Hauptsache das Vorliegen eines Ausweisungsgrunds, so könnte der Mieter in das Mietobjekt zurückkehren. Dies zeigt auf, dass die vorsorglichen Massnahmen nicht auf die Ausweisung der Mieterschaft zugeschnitten sind.<sup>705</sup> Problematisch ist ein weiterer Punkt. Art. 261 ZPO verlangt die blosse Glaubhaftmachung des Anspruchs, im Rechtsschutz in klaren Fällen ist hingegen der volle Beweis zu erbringen.<sup>706</sup> Der Mieter könnte – wenn man von der Zulässigkeit einer vorsorglichen Ausweisung ausgehen würde – basierend auf einer blossen Glaubhaftmachung der Ansprüche vorsorglich aus dem Mietobjekt verwiesen werden. In Anbetracht der Konsequenzen wäre ein solch gesenktes Beweismass untragbar. Schliesslich stehen dem Vermieter mit dem Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 257 ZPO) sowie der Ausweisung im ordentlichen Prozess (Schlichtung und anschlies-

<sup>702</sup> BGE 139 III 38 E. 2.1 ff. S. 39 ff., insb. E. 2.4 S. 41 in fine, in dem das Bundesgericht festgehalten hat, dass sich aus der Entstehungsgeschichte der ZPO eindeutig der spezifische Wille des Gesetzgebers ergebe, die Erwirkung einer Mieterausweisung in einem summarischen Verfahren einzig beim Vorliegen eines klaren Falls nach Massgabe von Art. 248 lit. b ZPO i.V.m. Art. 257 ZPO zu ermöglichen; KOLLER, ZBJV 2014, 959; ZPO Komm.-SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, Art. 257 N 38.

<sup>703</sup> So merkt PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 1029, an, dass die Auffassung, nach der die Ausweisung auch mittels vorsorglicher Massnahme erfolgen könne, im Lichte von BGE 139 III 38 *fraglich* sei; implizit KOLLER, ZBJV 2014, 959, dem zufolge eine Summarexmission ausschliesslich unter den Voraussetzungen von Art. 257 ZPO zuzulassen ist.

<sup>704</sup> BK ZPO-GÜNGERICH, Art. 257 N 28; HEINZMANN, BR 2017, 77; gl.M. ZPO Komm.-HUBER, Art. 262 N 19; FRESE/KOBEL, mp 2016, 120 f.; BAECKERT, ZZZ 2013, 144; nach DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile, Rz. 389, kann die Ausweisung des Mieters ausnahmsweise dann mittels vorsorglicher Massnahmen durchgesetzt werden, wenn dieser androht, dem Mietobjekt Schäden zuzuführen.

<sup>705</sup> Siehe Mietrecht für die Praxis/BRÜLLHARDT/PÜNTENER, 151 Rz. 5.28.4.1 Fn. 353, sowie PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 1029 Fn. 1361, denen zufolge das Vorgehen angesichts der Prosequierungslast von Art. 263 ZPO in eine Sackgasse führt und mit dem Wesen der Ausweisung nicht vereinbar ist.

<sup>706</sup> Vgl. dazu Rz. 328.

## 5. Teil: Das Summarverfahren

---

sendes vereinfachtes Verfahren) genügend Möglichkeiten zur Verfügung, um den Mieter aus dem Mietobjekt zu verweisen.

- 394 Ebenfalls ausgeschlossen sind vorsorgliche Massnahmen, die auf die Zahlung des Mietzinses oder von Heiz- und Warmwasserkosten abzielen. Gleiches gilt für die Bezahlung von Schadenersatz (etwa für eine unerlaubte Besetzung oder Schäden am Mietobjekt) oder eine Mietzinsrückforderung. Gemäss Art. 262 lit. e ZPO ist die Verpflichtung zur vorläufigen Zahlung eines Geldbetrags mittels vorsorglicher Massnahmen nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen zulässig. Im Mietrecht ist eine gesetzliche Grundlage nicht ersichtlich, welche die vorläufige Zuspicherung eines Geldbetrags vorsehen würde.<sup>707</sup>
- 395 Wichtiger Anwendungsfall für vorsorgliche Massnahmen im Mietrecht dürfte in der Praxis derjenige sein, in dem der Vermieter ein Mietobjekt nicht zum vereinbarten Zeitpunkt übergibt (Art. 258 OR). Der Mieter kann beim Gericht – ohne zuvor ein Schlichtungsverfahren durchlaufen zu müssen – die notwendigen vorsorglichen Massnahmen beantragen, wie beispielsweise ein Verbot der Vermietung an einen Dritten.<sup>708</sup>
- 396 In der Praxis dürften Gerichte vorsorgliche Massnahmen häufig auch bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit Mängeln am Mietobjekt (Art. 259a ff. OR) treffen. So ist insbesondere an die Beseitigung von Mängeln i.S.v. Art. 259b OR zu denken, bei denen der Mietzinshinterlegungsprozess (Art. 259g ff. OR) zu langwierig erscheint. Als Beispiel sei etwa jener Fall erwähnt, in dem der Vermieter ein Problem bei der Beheizung der Räume nicht behebt.<sup>709</sup> Ausgeschlossen ist allerdings die vorsorgliche Zahlung von Schadenersatz wegen Mängeln (Art. 259e OR).<sup>710</sup>
- 397 Weiter kann eine vorsorgliche Massnahme gegen den Mieter angeordnet werden, der sich ohne vertragliche Berechtigung weigert, dem Vermieter zwecks Instandhaltung Zutritt zu geben oder die gemieteten Räumlichkeiten Kauf- oder Mietinteressenten zu zeigen (Art. 257h Abs. 2 OR).<sup>711</sup> Gemäss

---

<sup>707</sup> FRESE/KOBEL, mp 2016, 95 u. 103 f., nach denen der Gläubiger diesfalls auf die Bestimmungen des SchKG betreffend die sichernden Massnahmen bei der Vollstreckung von Geldforderungen zu verweisen ist; so auch BYRDE, mp 3/2006, 162, u. BYRDE, mp 4/2006, 238, die ausführt, dass in der Praxis nichtsdestotrotz solche Anträge gestellt würden.

<sup>708</sup> FRESE/KOBEL, mp 2016, 97 ff., m.w.A.; LACHAT, Procédure, 179; KORAK-DISLER, Rz. 11; BYRDE, mp 3/2006, 161; CPra-CPC-BOHNET, Art. 261/262 N 7.

<sup>709</sup> Ausführlich zu den vorsorglichen Massnahmen bei Mängeln BYRDE, mp 4/2006, 247 ff., sowie FRESE/KOBEL, mp 2016, 109 ff.

<sup>710</sup> Vgl. dazu die Ausführungen in Rz. 394.

<sup>711</sup> BYRDE, mp 4/2006, 244 ff.; FRESE/KOBEL, mp 2016, 108 f.; BE-ZPO Komm.-LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 326 N 8c; PÜNTENER, Zivilprozessrecht, Rz. 1000 u. 1004; BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 24.

## II. Vorsorgliche Massnahmen

---

BYRDE handelt es sich um einen klassischen Anwendungsfall, der zu einer ausgiebigen Kasuistik geführt hat.<sup>712</sup>

Eine vorsorgliche Massnahme kann auch in Betracht kommen bei einer Verletzung vertraglich vereinbarter Betriebs- bzw. Bewirtschaftungspflichten durch einen Geschäftsmieter in einem Warenhaus (z.B. wenn der Mieter den Laden vor den Öffnungszeiten schliesst oder das Sortiment ändert oder einengt).<sup>713</sup> 398

---

<sup>712</sup> BYRDE, mp 4/2006, 244.

<sup>713</sup> FRESE/KOBEL, mp 2016, 100 f.; KOUMBARAKIS, Schlichtungsverfahren in Mietsachen, 131; BYRDE, mp 4/2006, 244.



## 6. Teil: Ausblick: Revision der ZPO

### I. Einleitung

Die Schweizerische Zivilprozessordnung hat sich seit Inkrafttreten am 1. Januar 2011 im praktischen Alltag der Gerichte, der Anwälte sowie der Rechtsunterworfenen etabliert. Um sie weiter zu verbessern, bestrebt der Gesetzgeber nun, festgestellte Schwachpunkte durch entsprechende Anpassungen zu beseitigen.<sup>714</sup> Bis zum jetzigen Zeitpunkt liegt lediglich ein Vorentwurf vor. Ein Blick auf den Vorentwurf zur ZPO, den bundesrätlichen Entwurf und die letztlich inkraftgetretene Fassung zeigt, dass im Gesetzgebungsprozess weitreichende Änderungen vorgenommen wurden. Dies dürfte auch bei der Revision der Fall sein. In welcher Form sie schliesslich in Kraft treten wird, lässt sich somit nicht voraussagen. Die punktuelle Revision zeitigt auch Auswirkungen auf das Mietverfahren, worauf im Folgenden einzugehen ist.

399

### II. Auswirkungen auf das Mietverfahren

#### 1. Handelsgericht

Art. 6 Abs. 2 Bst. c sowie Abs. 3, 6 und 7

400

<sup>2</sup> Eine Streitigkeit gilt als handelsrechtlich, wenn:

- c. die Parteien als Rechtseinheit im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind.

<sup>3</sup> Ist nur die beklagte Partei als Rechtseinheit im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen, sind aber die übrigen Voraussetzungen erfüllt, so kann die klagende Partei zwischen dem Handelsgericht und dem ordentlichen Gericht wählen. Handelt es sich um eine Streitigkeit aus Arbeitsverhältnis, nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz vom 6. Oktober 1989, aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen oder aus landwirtschaftlicher Pacht, so ist nur das ordentliche Gericht zuständig.

---

<sup>714</sup> Bericht Revision ZPO, 2; vgl. eingehend zu den Revisionsarbeiten WEBER, PraxiZ 2018, 97 ff.

## 6. Teil: Ausblick: Revision der ZPO

---

<sup>6</sup> *Werden mehrere Personen gemeinsam beklagt und ist das Handelsgericht nur für einzelne Klagen zuständig, so ist das ordentliche Gericht zuständig.*

<sup>7</sup> *Die Zuständigkeit des Handelsgerichts ist ausgeschlossen für Streitigkeiten, die im vereinfachten Verfahren zu beurteilen sind.*

- 401 Nach geltendem Recht hat die klagende Partei gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO die Wahl, die Klage beim Handelsgericht oder beim ordentlichen Gericht einzureichen, wenn nur die beklagte Partei im Handelsregister eingetragen ist. Dies gilt auch bei mietrechtlichen Angelegenheiten. Der Vorentwurf zur Revision sieht vor, dass in solchen Konstellationen bei der Wohn- und Geschäftsraummieta nur das ordentliche Gericht zuständig sein kann. Das Klägerwahlrecht soll diesfalls somit entfallen. Es handelt sich dabei gemäss erläuterndem Bericht zum Vorentwurf um Streitigkeiten, die im Grunde nicht handelsrechtlich sind und für die oft auch besondere Spruchkörper bestehen und besondere Verfahrensregeln gelten. Zudem bestünden in der Praxis trotz zahlreicher Bundesgerichtsentscheide Unklarheiten und Unstimmigkeiten.<sup>715</sup>
- 402 Tatsächlich ergeben sich bei der Abgrenzung zwischen der Zuständigkeit des Handelsgerichts und jener der ordentlichen Gerichte bzw. Mietgerichte Schwierigkeiten.<sup>716</sup> Diese werden jedoch nicht allein dadurch beseitigt, indem das Klägerwahlrecht von Art. 6 Abs. 3 ZPO bei der Wohn- und Geschäftsraummieta aufgehoben wird. Abgrenzungsfragen können sich auch dann ergeben, wenn beide Parteien im Handelsregister eingetragen sind.<sup>717</sup> Zudem drängt sich meiner Ansicht nach eine entsprechende Anpassung von Art. 6 Abs. 3 ZPO nicht auf. Die Konstellation von Art. 6 Abs. 3 ZPO bzw. Art. 6 Abs. 3 VE-Revision dürfte in aller Regel dann eintreten, wenn die Vermieterschaft die beklagte Partei ist. Hat der Mieter wie nach geltendem Recht die Wahl zwischen ordentlichem Gericht und Handelsgericht, so dürfte dieser bereits aus Kostengründen den Weg via Schlichtungsbehörde und ordentlichem Gericht (bzw. Mietgericht) einschlagen. Es ist an dieser Stelle schliesslich zu bedenken, dass der Mieter gemäss Konzeption des Vorentwurfs ohnehin nach Art. 198 Abs. 2 VE-Revision ein Wahlrecht zwischen Schlichtungsbehörde und Handelsgericht hat.<sup>718</sup>
- 403 Auffällig ist weiter, dass Art. 243 Abs. 3 ZPO (Ausschluss des vereinfachten Verfahrens vor Handelsgericht) in Art. 6 Abs. 7 VE-Revision verschoben werden soll. Ob sich dies aufdrängt, ist fraglich. Insbesondere entsteht auch

---

<sup>715</sup> Bericht Revision ZPO, 27 ff.

<sup>716</sup> Vgl. die Ausführungen in Rz. 318 ff.

<sup>717</sup> Vgl. hierzu das in Rz. 320 aufgeführte Beispiel. In diesem Fall wäre das Handelsgericht trotz Art. 6 Abs. 3 VE-Revision wohl zuständig, da beide Parteien im Handelsregister eingetragen sind.

<sup>718</sup> Vgl. hierzu Rz. 410 f.

eine Inkohärenz, da der Ausschluss des vereinfachten Verfahrens bei Streitigkeiten nach Art. 5 ZPO in Art. 243 Abs. 3 ZPO verbleiben soll.

## 2. Objektive Klagenhäufung

Art. 90 Klagenhäufung

404

<sup>1</sup> Die klagende Partei kann mehrere Ansprüche gegen dieselbe Partei in einer Klage vereinen, sofern:

- a. das gleiche Gericht dafür sachlich zuständig ist; und
- b. die Ansprüche in einem sachlichen Zusammenhang stehen.

<sup>2</sup> Die Klagenhäufung ist ausgeschlossen, wenn für einzelne Ansprüche das summarische oder ein besonderes familienrechtliches Verfahren anwendbar ist.

<sup>3</sup> Sind einzelne Ansprüche aufgrund ihrer Natur im vereinfachten Verfahren zu beurteilen, so gilt für diese Artikel 247 sinngemäss; dies gilt auch, wenn mehrere Ansprüche zusammen im ordentlichen Verfahren beurteilt werden.

Der Vorentwurf zur Revision sieht bei der objektiven Klagenhäufung zahlreiche Anpassungen vor. So soll die Voraussetzung der gleichen Verfahrensart (Art. 90 lit. b ZPO) durch das Erfordernis eines sachlichen Zusammenhangs der geltend gemachten Ansprüche ersetzt werden (Art. 90 Abs. 1 lit. b VE-Revision), was weitreichende Auswirkungen mit sich bringt. Für das Mietverfahren ist weiter Art. 90 Abs. 3 VE-Revision von Bedeutung. Sind einzelne Ansprüche aufgrund ihrer Natur dem vereinfachten Verfahren zugeordnet (gemeint sind damit Streitigkeiten i.S.v. Art. 243 Abs. 2 ZPO), so gilt für diese Art. 247 ZPO (Feststellung des Sachverhalts) sinngemäss.<sup>719</sup> Dies ist auch dann der Fall, wenn mehrere Ansprüche zusammen im ordentlichen Verfahren zu beurteilen sind.

405

Meiner Ansicht nach ist eine objektive Klagenhäufung de lege lata unter anderem zulässig, wenn streitwertabhängige Rechtsbegehren miteinander verbunden werden, eines mit einem Streitwert von bis zu Fr. 30 000.–, eines mit darüber liegendem Streitwert. Bei beiden Rechtsbegehren greift diesfalls das ordentliche Verfahren. Auf das streitwertabhängige Rechtsbegehren, für das aufgrund des Streitwerts eigentlich das vereinfachte Verfahren unter Geltung der sozialen Untersuchungsmaxime massgebend wäre (Art. 243 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ZPO), gelangt im ordentlichen Prozess meines Erachtens die Verhandlungsmaxime zur Anwendung. Streitigkeiten i.S.v. Art. 243 Abs. 1 ZPO unterliegen nicht aufgrund ihrer Natur dem ver-

406

---

<sup>719</sup> Bericht Revision ZPO, 49.

einfachten Verfahren, weshalb Art. 247 ZPO auch nicht sinngemäss anzuwenden ist.<sup>720</sup> Diese Auffassung teilt im Ergebnis auch der Vorentwurf (Art. 90 Abs. 3 VE-Revision e contrario).

- 407 Anders verhält es sich meiner Ansicht nach bei der Verbindung von streitwertabhängigen mit streitwertunabhängigen Rechtsbegehren. Unproblematisch ist jener Fall, in dem Mieter oder Vermieter neben einem Rechtsbegehren i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO ein streitwertabhängiges Rechtsbegehren bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000.– erheben. Zur Anwendung gelangt das vereinfachte Verfahren. Wird neben einem Rechtsbegehren, das den Kernbereich des Mietrechts tangiert, ein streitwertabhängiges Rechtsbegehren mit einem Streitwert von über Fr. 30 000.– geltend gemacht, so ist eine objektive Klagenhäufung allerdings unzulässig. Die Ansprüche müssen diesfalls einzeln im vereinfachten respektive ordentlichen Verfahren durchgesetzt werden.<sup>721</sup> Der Vorentwurf schlägt bei letzterer Konstellation einen anderen Weg ein. Wird ein Rechtsbegehren i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO mit einem streitwertabhängigen von über Fr. 30 000.– verbunden, so greift das ordentliche Verfahren für beide Rechtsbegehren. Dabei findet die soziale Untersuchungsmaxime sinngemäss auf das Rechtsbegehren i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO Anwendung.<sup>722</sup> Problematisch ist hierbei, dass im gleichen Prozess zwei unterschiedliche Maximen zum Zuge kommen, der soziale Untersuchungsgrundsatz gestützt auf Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO und der Verhandlungsgrundsatz. Meines Erachtens sollten im gleichen Verfahren jedoch nicht unterschiedliche Maximen massgebend sein.<sup>723</sup> Weiter ist zu bedenken, dass es sich beim Kernbereich des Mietrechts um besonders schützenswerte Materien handelt. Zwar trägt der Vorentwurf diesem Umstand Rechnung, indem im ordentlichen Verfahren auf das Rechtsbegehren i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO die soziale Untersuchungsmaxime zur Anwendung gelangen soll (Art. 90 Abs. 3 VE-Revision). Der Mieter verliert dadurch allerdings die Möglichkeit der vereinfachten Klageeinreichung (Art. 244 ZPO) für das besonders sensible Rechtsbegehren. Durch die sinngemässe Anwendung des Art. 247 ZPO müsste das Gericht nach meinem Dafürhalten konsequenterweise auch neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung berücksichtigen können (Art. 229 Abs. 3 ZPO).

---

<sup>720</sup> Vgl. zum Ganzen die Ausführungen in Rz. 271 ff.

<sup>721</sup> Vgl. zum Ganzen Rz. 278 ff.

<sup>722</sup> Bericht Revision ZPO, 49.

<sup>723</sup> Vgl. Rz. 276.

### 3. Verfahren der Wiederherstellung

Art. 149 Verfahren der Wiederherstellung 408

*Das Gericht gibt der Gegenpartei Gelegenheit zur Stellungnahme und entscheidet endgültig, es sei denn, die Verweigerung der Wiederherstellung hat den definitiven Rechtsverlust zur Folge.*

Gemäss Art. 149 ZPO entscheidet das Gericht endgültig über das Wiederherstellungsgesuch. Die mit Art. 149 VE-Revision beabsichtigte Präzisierung nimmt die hierzu ergangene bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 139 III 478) in die Norm auf.<sup>724</sup> Die Zulässigkeit eines Rechtsmittels ist zu begründen. Sie sollte – wie gemäss Konzeption des Vorentwurfs und wohl auch gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung – auf jene Fälle beschränkt sein, bei denen Verwirkungsfristen zu wahren sind.<sup>725</sup> 409

### 4. Ausnahmen vom Schlichtungsobligatorium

Art. 198 Abs. 1 Bst. f und i sowie Abs. 2 410

<sup>1</sup> Das Schlichtungsverfahren entfällt:

- f. bei Streitigkeiten, für die nach Artikel 7 dieses Gesetzes eine einzige kantonale Instanz zuständig ist;
- i. bei Klagen vor dem Bundespatentgericht.

<sup>2</sup> Bei Streitigkeiten, für die nach den Artikeln 5 und 6 eine einzige kantonale Instanz zuständig ist, kann die klagende Partei durch Einreichung des Schlichtungsgesuchs bei der Schlichtungsbehörde die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens verlangen oder die Klage direkt beim Gericht einreichen.

Ist das Handelsgericht sachlich zuständig, so soll gemäss Vorentwurf der klagenden Partei ein Wahlrecht eingeräumt werden. Sie hat demnach die Wahl zwischen Gesuchseinreichung bei der Schlichtungsbehörde oder Klage beim Handelsgericht. Wird der Weg via Schlichtungsbehörde eingeschlagen und nach erfolglosem Verfahren eine Klagebewilligung erteilt, so ist für die 411

---

<sup>724</sup> Bericht Revision ZPO, 62; vgl. hierzu die Ausführungen in Rz. 151 ff.; siehe MAAG, MRA 3/2014, 140, dem zufolge – in Anbetracht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – eine präzise Formulierung von Art. 149 ZPO „de lege ferenda“ wünschenswert wäre.

<sup>725</sup> Vgl. Rz. 158.

## 6. Teil: Ausblick: Revision der ZPO

---

Klage das Handelsgericht zuständig.<sup>726</sup> Verlangt beispielsweise der im Handelsregister eingetragene Vermieter einer Geschäftsräumlichkeit ausstehende Mietzinse in der Höhe von Fr. 50 000.–, so kann er anstelle des Handelsgerichts zunächst die Schlichtungsbehörde anrufen.

### 5. Säumnis im Schlichtungsverfahren

412 Art. 206 Abs. 4

<sup>4</sup> Eine säumige Partei kann mit einer Ordnungsbusse bis zu 1 000 Franken bestraft werden.

413 In Art. 206 Abs. 4 VE-Revision soll die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 141 III 265) kodifiziert werden, der zufolge ein Verstoss gegen die grundsätzliche Teilnahmepflicht unabhängig von den Säumnisfolgen eine Bestrafung mit einer Ordnungsbusse nach Art. 128 ZPO zur Folge haben kann. Diese Regelung richtet sich gemäss erläuterndem Bericht zum Vorentwurf sowohl an die klagende als auch die beklagte Partei. Im Unterschied zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung und zu Art. 128 ZPO müssen keine besonderen qualifizierenden Umstände, wie die Störung des Geschäftsgangs oder gar eine bös- oder mutwillige Prozessführung, vorliegen.<sup>727</sup>

414 Die Möglichkeit der Auferlegung einer Ordnungsbusse im Schlichtungsverfahren ist zu begrüssen. Dies wie im Vorentwurf vorgesehen unabhängig davon, ob der Gesuchsteller oder der Gesuchsgegner säumig ist.<sup>728</sup> Allerdings muss die Ordnungsbusse meines Erachtens durch eine Störung des Geschäftsgangs oder eine bös- oder mutwillige Prozessführung gerechtfertigt sein.<sup>729</sup>

### 6. Urteilsvorschlag/Entscheidvorschlag

415 Art. 210 Abs. 1 Einleitungssatz und Bst. c

<sup>1</sup> Die Schlichtungsbehörde kann den Parteien einen Entscheidvorschlag unterbreiten in:

c. den übrigen vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 10 000 Franken.

---

<sup>726</sup> Bericht Revision ZPO, 67; vgl. zur heutigen Regelung Rz. 72.

<sup>727</sup> Bericht Revision ZPO, 67 f.

<sup>728</sup> Vgl. die Ausführungen in Rz. 160 ff.

<sup>729</sup> Vgl. hierzu Rz. 167 f.

Nach Konzeption des Vorentwurfs soll der Urteilsvorschlag gestärkt werden. Dies wird durch eine Erhöhung der Streitwertgrenze von Fr. 5 000.– auf Fr. 10 000.– (Art. 210 Abs. 1 lit. c ZPO bzw. Art. 210 Abs. 1 lit. c VE-Revision) bewirkt.<sup>730</sup> Dabei soll der Ausdruck „Entscheidungsvorschlag“ denjenigen des Urteilsvorschlags ersetzen, da die Terminologie „Urteilsvorschlag“ im Schlichtungsverfahren laut erläuterndem Bericht inkonsequent ist. Das führt zu Anpassungen in den Art. 202 Abs. 4 ZPO, Art. 203 Abs. 2 ZPO, Art. 205 Abs. 2 ZPO, Art. 210 Abs. 1 und 2 ZPO sowie Art. 211 Abs. 1, 3 und 4 ZPO. Dabei handelt es sich um rein terminologische Änderungen.<sup>731</sup> 416

Bei einem Grossteil der mietrechtlichen Angelegenheiten kann der Urteilsvorschlag streitwertunabhängig unterbreitet werden (Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO).<sup>732</sup> Die Erhöhung der Streitwertgrenze betrifft insbesondere Streitigkeiten im Zusammenhang mit ausstehenden Mietzinsen, der Herausgabe von Mietzinskautionen (Art. 257e Abs. 3 OR) sowie Streitigkeiten betreffend Schäden aus der Wohnungsabgabe oder Mängel am Mietobjekt, die ausserhalb eines Hinterlegungsverfahrens geltend gemacht werden.<sup>733</sup> 417

## 7. Widerklage

Art. 224 Abs. 1 und 2<sup>bis</sup> 418

<sup>1</sup> Die beklagte Partei kann in der Klageantwort Widerklage erheben, wenn der geltend gemachte Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht und nicht nur für die Widerklage das summarische oder ein besonderes familienrechtliches Verfahren anwendbar ist.

<sup>2bis</sup> Sind einzelne Ansprüche aufgrund ihrer Natur im vereinfachten Verfahren zu beurteilen, so gilt für diese Artikel 247 sinngemäss, auch wenn Klage und Widerklage im ordentlichen Verfahren beurteilt werden.

Gemäss erläuterndem Bericht hat sich gezeigt, dass – vergleichbar mit der objektiven Klagenhäufung laut Art. 90 ZPO – nach geltendem Recht die Zulässigkeit der Widerklage eingeschränkt ist. Grund dafür ist insbesondere die Voraussetzung der gleichen Verfahrensart.<sup>734</sup> Gemäss Vorentwurf zur Revision soll deshalb wie bei der Klagenhäufung die Voraussetzung der gleichen Verfahrensart gestrichen werden. Damit soll eine verfahrensartübergreifende Widerklage grundsätzlich möglich sein. Für den Fall einer verfahrensartüber-

<sup>730</sup> Bericht Revision ZPO, 69 f.

<sup>731</sup> Bericht Revision ZPO, 25.

<sup>732</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang die Ausführungen in Rz. 59.

<sup>733</sup> Vgl. die Ausführungen in Rz. 190.

<sup>734</sup> Bericht Revision ZPO, 70.

## 6. Teil: Ausblick: Revision der ZPO

---

greifenden Widerklage wird im neuen Art. 224 Abs. 2<sup>bis</sup> wie bei der Klagenhäufung angeordnet, dass für Ansprüche, die aufgrund ihrer Natur im vereinfachten Verfahren zu beurteilen sind (Art. 243 Abs. 2 ZPO), Art. 247 ZPO sinngemäss gilt. Dies soll auch dann gelten, wenn Haupt- und Widerklage zusammen im ordentlichen Verfahren beurteilt werden. Damit wird laut erläuterndem Bericht sichergestellt, dass für solche Ansprüche im Falle einer Widerklage die besonderen Erleichterungen gemäss Artikel 247 ZPO ebenfalls gelten.<sup>735</sup>

- 420 De lege lata ist bei der Widerklage meines Erachtens zu unterscheiden, ob diese streitwertabhängig (Art. 243 Abs. 1 ZPO) oder streitwertunabhängig (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO) dem vereinfachten Verfahren unterliegt. Ist für die Hauptklage das ordentliche Verfahren massgebend, so ist eine Widerklage in jenen Fällen zuzulassen, in denen das vereinfachte Verfahren streitwertabhängig gemäss Art. 243 Abs. 1 ZPO zur Anwendung gelangen würde. Solche Streitigkeiten sind nicht aufgrund einer besonders schützenswerten Materie dem vereinfachten Verfahren zugewiesen, sondern lediglich aufgrund des tiefen Streitwerts. Die widerklagende Partei kann meiner Ansicht nach diesfalls auf die soziale Untersuchungsmaxime (Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ZPO) verzichten. Diese Ansicht vertritt auch der Vorentwurf. Da Streitigkeiten gemäss Art. 243 Abs. 1 ZPO *nicht wegen ihrer Natur* dem vereinfachten Verfahren unterliegen, ist Art. 247 ZPO auch nicht sinngemäss anzuwenden (Art. 224 Abs. 2<sup>bis</sup> VE-Revision e contrario). Im ordentlichen Verfahren ist diesfalls sowohl bei der Haupt- als auch der Widerklage die Verhandlungsmaxime massgebend.<sup>736</sup>
- 421 Meines Erachtens sollte bei einer ordentlichen Hauptklage eine Widerklage hingegen dann ausgeschlossen sein, wenn Letztere im Zusammenhang mit dem Kernbereich des Mietrechts i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO steht. Die in Art. 224 Abs. 2<sup>bis</sup> VE-Revision vorgesehene Regelung ist problematisch, da im gleichen Prozess zwei unterschiedliche Maximen zur Anwendung gelangen – der soziale Untersuchungsgrundsatz gestützt auf Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO zum einen (Widerklage) und der Verhandlungsgrundsatz zum anderen (Hauptklage).<sup>737</sup>

---

<sup>735</sup> Bericht Revision ZPO, 70 f.

<sup>736</sup> Vgl. zum Ganzen die Ausführungen in Rz. 294 ff. und sinngemäss die Ausführungen zur objektiven Klagenhäufung in Rz. 270 ff. u. 406.

<sup>737</sup> Vgl. Rz. 294 ff. und sinngemäss Rz. 407.

---

### III. Fazit

Aus mietrechtlicher Perspektive bringt die Revision der ZPO zahlreiche Neuerungen mit sich. Einige der Anpassungen überzeugen wie dargelegt nicht vollends, wobei insbesondere an Art. 90 VE-Revision (objektive Klagenhäufung) sowie Art. 224 Abs. 1 und 2<sup>bis</sup> VE-Revision (Widerklage) zu denken ist. Bei anderen Änderungen stellt sich die Frage, ob diese überhaupt erforderlich sind (vgl. etwa Art. 6 Abs. 3 und 7 VE-Revision). Zu begrüßen ist hingegen, dass zentrale Regelungen – insbesondere Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO sowie Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO – unangetastet bleiben. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Begriff „Kündigungsschutz“ im Sinne dieser beiden Bestimmungen hat genügend Klarheit geschaffen, weshalb sich eine Anpassung nicht aufdrängt. Auch wenn aus mietrechtlicher Hinsicht nach wie vor einige Ungewissheiten bestehen, überzeugt das Mietverfahren nach Schweizerischer Zivilprozessordnung, da sowohl dem Sozialschutzcharakter des Wohn- und Geschäftsraummietrechts als auch prozessökonomischen Interessen gebührend Rechnung getragen wird. 422



## Abkürzungsverzeichnis

|                                |                                                                                                                                       |
|--------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| a (vor Gesetzes-<br>abkürzung) | alt (frühere Fassung des entsprechenden Gesetzes bzw.<br>der Norm)                                                                    |
| a.A.                           | anderer Auffassung                                                                                                                    |
| Abs.                           | Absatz                                                                                                                                |
| AG                             | Aktiengesellschaft                                                                                                                    |
| AJP                            | Aktuelle Juristische Praxis (Zürich)                                                                                                  |
| al.                            | alinéa                                                                                                                                |
| AmtlBull                       | Amtliches Bulletin                                                                                                                    |
| AppGer BS                      | Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt                                                                                           |
| Art.                           | Artikel                                                                                                                               |
| art.                           | article, articolo                                                                                                                     |
| ASI                            | Associazione svizzera inquilini, Federazione della Sviz-<br>zera italiana                                                             |
| ASLOCA                         | Association suisse des locataires, Fédération romande                                                                                 |
| ATF                            | Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral                                                                                       |
| Aufl.                          | Auflage                                                                                                                               |
| BBl                            | Bundesblatt                                                                                                                           |
| BGE                            | Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts (amtliche<br>Sammlung)                                                                   |
| BGer                           | Bundesgericht; nicht in der amtlichen Sammlung publi-<br>zierter Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts                         |
| BGG                            | Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsge-<br>setz, BGG) vom 17. Juni 2005, SR 173.110                                    |
| BK                             | Berner Kommentar                                                                                                                      |
| BR                             | Baurecht, Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen<br>(Zürich)                                                                       |
| BSK                            | Basler Kommentar                                                                                                                      |
| BV                             | Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossen-<br>schaft vom 18. April 1999, SR 101                                                |
| BWO                            | Bundesamt für Wohnungswesen                                                                                                           |
| bzw.                           | beziehungsweise                                                                                                                       |
| CAN                            | Zeitschrift für kantonale Rechtsprechung (Zürich)                                                                                     |
| CO                             | Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cin-<br>quième: Droit des obligations) du 30 mars 1911, SR 220                    |
|                                | Legge federale di complemento del Codice civile svizze-<br>ro (Libro quinto: Diritto delle obbligazioni) del 30 marzo<br>1911, SR 220 |

## Abkürzungsverzeichnis

---

|            |                                                                                                                                                                                                 |
|------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Comm.      | Commentaire, Commentario                                                                                                                                                                        |
| CPC        | Code de procédure civile (CPC) du 19 décembre 2008, SR 272                                                                                                                                      |
| CPC-VD     | Codice di diritto processuale civile svizzero (Codice di procedura civile, CPC) del 19 dicembre 2008, SR 272<br>Code de procédure civile (CPC) du canton de Vaud du 14 décembre 1966, SG 270.11 |
| CPC-VS     | Code de procédure civile du canton du Valais du 24 mars 1998, SG 270.1                                                                                                                          |
| CPra       | Commentaire Pratique                                                                                                                                                                            |
| cpv.       | capoverso                                                                                                                                                                                       |
| d.h.       | das heisst                                                                                                                                                                                      |
| DJZ        | Demokratische Juristinnen und Juristen Zürich                                                                                                                                                   |
| E          | Entwurf                                                                                                                                                                                         |
| E.         | Erwägung                                                                                                                                                                                        |
| EG         | Einführungsgesetz                                                                                                                                                                               |
| EG ZPO-AG  | Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (EG ZPO) des Kantons Aargau vom 23. März 2010, SG 221.200                                                                             |
| EG ZPO-BL  | Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (EG ZPO) des Kantons Basel-Landschaft vom 23. September 2010, SG 221                                                                  |
| EG ZPO-SG  | Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (EG-ZPO) des Kantons St. Gallen vom 15. Juni 2010, SG 961.2                                                                           |
| EG ZSJ-BE  | Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung (EG ZSJ) des Kantons Bern vom 11. Juni 2009, SG 271.1                                      |
| etc.       | et cetera                                                                                                                                                                                       |
| f.         | folgende/r (Singular)                                                                                                                                                                           |
| ff.        | folgende (Plural)                                                                                                                                                                               |
| Fn.        | Fussnote                                                                                                                                                                                        |
| Fr.        | Schweizer Franken                                                                                                                                                                               |
| GebV OG-ZH | Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) des Kantons Zürich vom 8. September 2010, SG 211.11                                                                                               |
| GestG      | Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz, GestG) vom 24. März 2000                                                                                              |
| gl.M.      | gleicher Meinung                                                                                                                                                                                |
| GOG-ZG     | Gesetz über die Organisation der Zivil- und Strafrechtspflege (Gerichtsorganisationsgesetz, GOG) des Kantons Zug vom 26. August 2010, SG 161.1                                                  |

|          |                                                                                                                                                                                  |
|----------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| GOG-ZH   | Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG) des Kantons Zürich vom 10. Mai 2010, SG 211.1                                                |
| GSOG-BE  | Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG) des Kantons Bern vom 11. Juni 2009, SG 161.1                                                 |
| GVG-ZH   | Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976, SG 211.1                                                                                                         |
| HGer     | Handelsgericht (gefolgt von der amtlichen Abkürzung des Kantons)                                                                                                                 |
| Hrsg.    | Herausgeber                                                                                                                                                                      |
| insb.    | insbesondere                                                                                                                                                                     |
| i.S.v.   | im Sinne von                                                                                                                                                                     |
| i.V.m.   | in Verbindung mit                                                                                                                                                                |
| JG-FR    | Justizgesetz (JG) des Kantons Freiburg vom 31. Mai 2010, SG 130.1                                                                                                                |
| JusG-LU  | Gesetz über die Organisation der Gerichte und Behörden in Zivil-, Straf- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren (Justizgesetz, JusG) des Kantons Luzern vom 10. Mai 2010, SG 260 |
| KGer     | Kantonsgericht (gefolgt von der amtlichen Abkürzung des Kantons)                                                                                                                 |
| Komm.    | Kommentar                                                                                                                                                                        |
| Kuko     | Kurzkommentar                                                                                                                                                                    |
| LaCC-GE  | Loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile (LaCC) du canton de Genève du 11 octobre 2012, SG E 1 05                                     |
| LACPC-TI | Legge di applicazione del codice di diritto processuale civile svizzero (LACPC) del cantone Ticino del 24 giugno 2010, SG 3.3.2.1                                                |
| LCCBL-GE | Loi organisant la commission de conciliation en matière de baux et loyers (LCCBL) du canton de Genève du 28 novembre 2010, SG E 3 15                                             |
| LFors    | Loi fédérale sur les fors en matière civile (Loi sur les fors, LFors) du 24 mars 2000                                                                                            |
| LiCPC-JU | Loi d'introduction du Code de procédure civile suisse (LiCPC) du canton du Jura du 16 juin 2010, SG 271.1                                                                        |
| lit.     | litera                                                                                                                                                                           |
| LJB-VD   | Loi sur la juridiction en matière de bail (LJB) du canton de Vaud du 9 novembre 2010, SG 173.655                                                                                 |
| LOJ-GE   | Loi sur l'organisation judiciaire (LOJ) du canton de Genève du 26 septembre 2010, SG E 2 05                                                                                      |

## Abkürzungsverzeichnis

---

|                              |                                                                                                                                         |
|------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| LTG-TI                       | Legge sulla tariffa giudiziaria (LTG) del cantone Ticino del 30 novembre 2010, SG 3.1.1.5                                               |
| MGer                         | Mietgericht                                                                                                                             |
| m.H.a.                       | mit Hinweis auf                                                                                                                         |
| mp                           | mietrechtspraxis, Zeitschrift für schweizerisches Mietrecht (Zürich)                                                                    |
| MRA                          | MietRecht Aktuell (Zürich)                                                                                                              |
| MV                           | Mieterinnen- und Mieterverband Deutschschweiz                                                                                           |
| m.w.A.                       | mit weiteren Ausführungen                                                                                                               |
| N                            | Note                                                                                                                                    |
| NR                           | Nationalrat                                                                                                                             |
| Nr.                          | Nummer                                                                                                                                  |
| OG                           | Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz, OG) vom 16. Dezember 1943                          |
| OGer                         | Obergericht (gefolgt von der amtlichen Abkürzung des Kantons)                                                                           |
| OJN-NE                       | Loi d'organisation judiciaire neuchâteloise (OJN) du canton de Neuchâtel du 27 janvier 2010, SG 161.1                                   |
| OR                           | Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220 |
| plädoyer                     | plädoyer, Magazin für Recht und Politik (Zürich)                                                                                        |
| PraxiZ                       | Praxisinstitut für Zivilprozess und Zwangsvollstreckung (Zürich)                                                                        |
| PRG                          | Bundesgesetz über Pauschalreisen vom 18. Juni 1993, SR 944.3                                                                            |
| publ.                        | publiziert/e                                                                                                                            |
| RK                           | Kommission für Rechtsfragen                                                                                                             |
| Rz.                          | Randziffer                                                                                                                              |
| S.                           | Seite                                                                                                                                   |
| SchKG                        | Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 11. April 1889, SR 281.1                                                     |
| Schlichtungsstellengesetz-BS | Gesetz über die Staatliche Schlichtungsstelle für Mietstreitigkeiten (Schlichtungsstellengesetz) vom 8. Februar 1995, SG 215.400        |
| SG                           | Systematische Gesetzessammlung des jeweiligen Kantons                                                                                   |
| SJZ                          | Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)                                                                                                |
| SR                           | Systematische Sammlung des Bundesrechts                                                                                                 |
| StGB                         | Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0                                                                         |
| StR                          | Ständerat                                                                                                                               |

Abkürzungsverzeichnis

|        |                                                                                                                                                                                                |
|--------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| SVIT   | Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft (vormals Schweizerischer Verband der Immobilien-Treuhänder)                                                                                   |
| SZZP   | Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht (Basel)                                                                                                                                       |
| TBF-JU | Loi instituant le Tribunal des baux à loyer et à ferme du canton du Jura du 30 juin 1983, SG 182.35                                                                                            |
| u.     | und                                                                                                                                                                                            |
| VE     | Vorentwurf                                                                                                                                                                                     |
| VGG    | Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG) vom 17. Juni 2005, SR 173.32                                                                                   |
| vgl.   | vergleiche                                                                                                                                                                                     |
| VKD-AG | Dekret über die Verfahrenskosten (Verfahrenskostendekret, VKD) des Kantons Aargau vom 24. November 1987, SG 221.150                                                                            |
| VKD-BE | Dekret betreffend die Verfahrenskosten und die Verwaltungsgebühren der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (Verfahrenskostendekret, VKD) des Kantons Bern vom 24. März 2010, SG 161.12 |
| VMWG   | Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG) vom 9. Mai 1990, SR 221.213.11                                                                                        |
| WFG    | Bundesgesetz über die Förderung von preisgünstigem Wohnraum (Wohnraumförderungsgesetz, WFG) vom 21. März 2003, SR 842                                                                          |
| WFG-ZG | Gesetz über die Förderung von preisgünstigem Wohnraum (Wohnraumförderungsgesetz, WFG) des Kantons Zug vom 30. Januar 2003, SG 851.211                                                          |
| z.B.   | zum Beispiel                                                                                                                                                                                   |
| ZBJV   | Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)                                                                                                                                              |
| ZGB    | Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210                                                                                                                                  |
| Ziff.  | Ziffer                                                                                                                                                                                         |
| zit.   | zitiert                                                                                                                                                                                        |
| ZK     | Zürcher Kommentar                                                                                                                                                                              |
| ZMP    | Zürcher Mietrechtspraxis, Entscheide des Mietgerichts und der Schlichtungsbehörde Zürich (Zürich)                                                                                              |
| ZPG-SG | Zivilprozessgesetz des Kantons St. Gallen vom 20. Dezember 1990, SG 961.2                                                                                                                      |
| ZPO    | Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO), SR 272                                                                                                    |
| ZPO-AG | Zivilrechtspflegegesetz (Zivilprozessordnung, ZPO) des Kantons Aargau vom 18. Dezember 1984, SG 221.100                                                                                        |

## Abkürzungsverzeichnis

---

|        |                                                                                                             |
|--------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ZPO-BE | Gesetz über die Zivilprozessordnung (ZPO) des Kantons Bern vom 7. Juli 1918, SG 271.1                       |
| ZPO-BL | Gesetz betreffend die Zivilprozessordnung (ZPO) des Kantons Basel-Landschaft vom 21. September 1961, SG 221 |
| ZPO-LU | Gesetz über die Zivilprozessordnung des Kantons Luzern vom 27. Juni 1994, SG 260a                           |
| ZPO-NW | Gesetz über den Zivilprozess (Zivilprozessordnung) des Kantons Nidwalden vom 20. Oktober 1999, SG 262.1     |
| ZPO-TG | Gesetz über die Zivilrechtspflege (Zivilprozessordnung) des Kantons Thurgau vom 6. Juli 1988, SG 271        |
| ZPO-ZH | Gesetz über den Zivilprozess (Zivilprozessordnung) des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976, SG 271             |
| ZZZ    | Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (Zürich)                         |

## Literaturverzeichnis

- AELLEN NICOLE, Urteil des Bundesgerichts 4A\_476/2015 vom 11. Januar 2016, in: MRA 2017, 92 – 112 (zit. AELLEN, MRA 2017)
- ALBERTI ANDREA, Tutela giurisdizionale nei casi manifesti (art. 257 CPC), in: SZPP 2010, 101 – 116 (zit. ALBERTI, SZPP 2010)
- ARNOLD CHRISTIAN, Schlichtungsbehörde: Vom Schlichtungs- zum Entscheidungsverfahren, in: ZZZ 2011/2012, 286 – 291 (zit. ARNOLD, ZZZ 2011/2012)
- BACHOFNER EVA, Zur Streitwertberechnung der Mieterausweisung im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen – Löst ein gescheitertes Ausweisungsgesuch im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen eine Sperrfrist nach Art. 271a Abs. 1 lit. e OR aus?, in: MRA 2017, 55 – 67 (zit. BACHOFNER, MRA 2017)
- BAECKERT ANDREAS, Der Rechtsschutz in klaren Fällen – ausgewählte Fragen, in: ZZZ 2013, 140 – 144 (zit. BAECKERT, ZZZ 2013)
- BAKER & M<sup>C</sup>KENZIE (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Stämpflis Handkommentar, Bern 2010 (zit. Handkomm. ZPO-BEARBEITER)
- BAUMBERGER XAVER/HOBI PATRICK, Persönliche Erscheinungspflicht juristischer Personen anlässlich von Schlichtungsverhandlungen – Analyse der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 204 ZPO, in: Jusletter vom 19. Oktober 2015 (zit. BAUMBERGER/HOBI, Jusletter 2015)
- BERGER BERNHARD, Verfahren vor dem Handelsgericht: ausgewählte Fragen, praktische Hinweise, in: ZBJV 2012, 465 – 483 (zit. BERGER, ZBJV 2012)
- BERTI STEPHEN V., Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011
- BIERI LAURENT, Le risque de devoir payer des dépens pour la procédure de conciliation encourage-t-il les parties à accepter un arrangement?, in: Jusletter vom 9. März 2015 (zit. BIERI, Jusletter 2015)
- BISANG RAYMOND, Neue Zivilprozessordnung: Neuerungen im Schlichtungsverfahren bzw. Mietprozess unter besonderer Berücksichtigung der Ausweisung, in: MRA 2010, 101 – 115 (zit. BISANG, MRA 2010)

## Literaturverzeichnis

---

- BISANG RAYMOND, Urteil des Bundesgerichts 4A\_544/2010 vom 8. Dezember 2010, in: MRA 2011, 149 – 157 (zit. BISANG, MRA 2011)
- BLUMER MAJA, Gebrauchsüberlassungsverträge (Miete, Pacht), in: Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht – Besonderer Teil, Band VII/3, Basel 2012
- BOHNET FRANÇOIS, Das mietrechtliche Schlichtungsverfahren im schweizerischen Zivilprozess, in: SZPP 2010, 419 – 443 (zit. BOHNET, SZPP 2010)
- BOHNET FRANÇOIS, Dépens pour la phase de conciliation au stade du prononcé au fond, in: Newsletter mars 2015 (zit. BOHNET, Newsletter mars 2015)
- BOHNET FRANÇOIS, Le droit du bail en procédure civile suisse, in: Bohnet François/Wessner Pierre (Hrsg.), 16<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuenburg 2010, 1 – 64 (zit. BOHNET, 16<sup>e</sup> Séminaire)
- BOHNET FRANÇOIS, Procédure en annulation du congé et cas clair en expulsion, in: Newsletter septembre 2015 (zit. BOHNET, Newsletter septembre 2015)
- BOHNET FRANÇOIS/CARRON BLAISE/MONTINI MARINO (Hrsg.), Droit du bail à loyer et à ferme, Basel 2017 (zit. CPra-CO-BEARBEITER bzw. CPra-CPC-BEARBEITER)
- BOHNET FRANÇOIS/HALDY JACQUES/JEANDIN NICOLAS/SCHWEIZER PHILIPPE/TAPPY DENIS (Hrsg.), Code de procédure civile commenté, Basel 2011 (zit. Comm. CPC-BEARBEITER)
- BOHNET FRANÇOIS/JEANNIN PASCAL, Sanctions disciplinaires contre un intime faisant défaut à une audience de conciliation?, in: Newsletter août 2015 (zit. BOHNET/JEANNIN, Newsletter août 2015)
- BRÜLLHARDT BEAT, Inkohärenzen bei Kosten- und Verfahrensfragen vor der paritätischen Schlichtungsbehörde, in: mp 2017, 1 – 26 (zit. BRÜLLHARDT, mp 2017)
- BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/St. Gallen 2011 (zit. Dike Komm. ZPO-BEARBEITER, Art. N [1. Aufl.])
- BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Art. 1 – 196, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. Dike Komm. ZPO-BEARBEITER)
- BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Art. 197 – 408, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. Dike Komm. ZPO-BEARBEITER)

- BYRDE FABIENNE, Vorsorgliche Massnahmen im Mietrecht: Eine Untersuchung der neueren Rechtsprechung, in: mp 3/2006, 157 – 181 (zit. BYRDE, mp 3/2006)
- BYRDE FABIENNE, Vorsorgliche Massnahmen im Mietrecht: Eine Untersuchung der neueren Rechtsprechung (Fortsetzung), in: mp 4/2006, 231 – 271 (zit. BYRDE, mp 4/2006)
- COCCHI BRUNO/TREZZINI FRANCESCO/BERNASCONI GIORGIO A., Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero, 2011 Lugano (zit. CPC Comm.-BEARBEITER, Art., S. [1. Aufl.]
- CONOD PHILIPPE/BOHNET FRANÇOIS, Droit du bail – Fond et procédure, Basel/Neuenburg 2014 (zit. CONOD/BOHNET, Droit du bail)
- DIETSCHY PATRICIA, La proposition de jugement en droit du bail à loyer, in: ZZZ 2011/2012, 99 – 108 (zit. DIETSCHY, ZZZ 2011/2012)
- DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, Bail à loyer et procédure civile, Basel 2018 (zit. DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile)
- DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, Le bail d’habitation des concubins, Basel 2014 (zit. DIETSCHY-MARTENET, Bail des concubins)
- DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, Les colocataires de baux d’habitations ou de locaux commerciaux, in: Bohnet François/Carron Blaise (Hrsg.), 19<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Basel/Neuenburg 2016, 183 – 220 (zit. DIETSCHY-MARTENET, 19<sup>e</sup> Séminaire)
- DONZALLAZ YVES, Commentaire de la loi fédérale sur les fors en matière civile, Bern 2001 (zit. Comm. LFors-DONZALLAZ)
- EGLI RAINER, Rechtsschutz in klaren Fällen, in: Dolge Annette (Hrsg.), Zivilprozess – aktuell, PraxiZ 2013, Zürich/Basel/Genf 2013, 1 – 15 (zit. EGLI, PraxiZ 2013)
- ENGLER THOMAS, Das vereinfachte Verfahren im Zivilprozess, in: ZZZ 2016, 220 – 228 (zit. ENGLER, ZZZ 2016)
- FISCHER KARIN, Vom Friedensrichteramt zur Schlichtungsbehörde – Eine Institution im Spannungsfeld zwischen Tradition und Moderne; am Beispiel des Kantons Zürich, Dissertation Zürich 2008
- FRECH SIBYLLE, Die Schlichtungsbehörde – Eine Erfolgsgeschichte?, in: Anwaltsrevue 2015, 23 – 34 (zit. FRECH, Anwaltsrevue 2015)
- FRESE LUKAS/KOBEL MARCEL, Vorsorgliche Massnahmen im Mietrecht, in: mp 2016, 87 – 121 (zit. FRESE/KOBEL, mp 2016)

## Literaturverzeichnis

---

- GASSER DOMINIK/MÜLLER RAHEL/PIETSCH-KOJAN TAMARA, Ein Jahr Schweizerische ZPO – ein Erfahrungsbericht, in: *Anwaltsrevue* 2012, 8 – 15 (zit. GASSER/MÜLLER/PIETSCH-KOJAN, *Anwaltsrevue* 2012)
- GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, *Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar*, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014 (zit. Komm. ZPO-GASSER/RICKLI)
- GEHRI MYRIAM A./JENT-SØRENSEN INGRID/SARBACH MARTIN (Hrsg.), *ZPO, Kommentar*, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 2015 (zit. ZPO-BEARBEITER)
- GIAVARINI MARCO, BGE 142 III 690 vom 3. Oktober 2016, in: *MRA* 2017, 86 – 91 (zit. GIAVARINI, *MRA* 2017)
- GIAVARINI MARCO, Urteil des Bundesgerichts 4A\_104/2010 vom 8. Juni 2010 (BGE 136 III 431 ff.), in: *MRA* 2011, 48 – 58 (zit. GIAVARINI, *MRA* 2011)
- GIAVARINI MARCO, Urteil des Bundesgerichts 4A\_201/2014 vom 2. Dezember 2014 (BGE 140 III 398), in: *MRA* 2015, 142 – 152 (zit. GIAVARINI, *MRA* 2015)
- GRIEDER ALAIN, *Die Widerklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, Dissertation Basel 2016
- HAUSER ROBERT/SCHWERI ERHARD/LIEBER VIKTOR, *Kommentar zum zürcherischen Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess*, Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. GOG ZH-HAUSER/SCHWERI/LIEBER, § N [1. Aufl.])
- HAUSER ROBERT/SCHWERI ERHARD/LIEBER VIKTOR, *Kommentar zum zürcherischen Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess*, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2017 (zit. GOG ZH-HAUSER/SCHWERI/LIEBER)
- HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar)*, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Art. 1 – 149 ZPO, Bern 2012 (zit. BK ZPO-BEARBEITER)
- HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar)*, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Art. 150 – 352 ZPO und Art. 400 – 406 ZPO, Bern 2012 (zit. BK ZPO-BEARBEITER)
- HEDIGER BRUNO, *Mietrechtliche Entwicklungen unter der ZPO: Ein Erfahrungsbericht*, in: *mp* 2013, 1 – 14 (zit. HEDIGER, *mp* 2013)

- HEDIGER BRUNO, Zehn Stolpersteine im mietrechtlichen Verfahren nach der neuen Zivilprozessordnung, in: plädoyer 6/2012, 80 – 82 (zit. HEDIGER, plädoyer 6/2012)
- HEINZMANN MICHEL, L'expulsion du locataire: le bailleur à la croisée des procédures, in: BR 2017, 77 – 80 (zit. HEINZMANN, BR 2017)
- HEINZMANN MICHEL, Verfahrensüberschreitende Klagenhäufung?, in: SZZP 2012, 269 – 278 (zit. HEINZMANN, SZZP 2012)
- HERZOG JULIAN/KÄGI ADRIAN, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Mietvertragsrecht im Jahr 2015, in: Jusletter vom 13. März 2017 (zit. HERZOG/KÄGI, Jusletter 2017)
- HESS FRITZ, Grundsätze der Streitwertberechnung nach zürcherischem und Bundeszivilprozessrecht, Dissertation Zürich 1939
- HIGI PETER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Teilband V 2b: Die Miete, Erste Lieferung: Art. 253 – 265 OR, 3. Auflage, Zürich 1994 (zit. ZK-HIGI)
- HIGI PETER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Teilband V 2b: Die Miete, Zweite Lieferung: Art. 266 – 268b OR, 4. Auflage, Zürich 1995 (zit. ZK-HIGI)
- HIGI PETER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Teilband V 2b: Die Miete, Vierte Lieferung: Art. 271 – 274g OR, 4. Auflage, Zürich 1996 (zit. ZK-HIGI)
- HOFMANN DAVID/LÜSCHER CHRISTIAN, Le Code de procédure civile, 2. Auflage, Bern 2015
- HOHL FABIENNE, Procédure civile, Tome II: Compétence, délais, procédures et voies de recours, 2. Auflage, Bern 2010
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 6. Auflage, Basel 2015 (zit. BSK OR I-BEARBEITER)
- HRISTIĆ MARIANNE, Zwingende und teilzwingende Gerichtsstände des Gerichtsstandsgesetzes – Unter Einbezug des internationalen Verfahrensrechts, Dissertation Zürich 2002
- HULLIGER URBAN, Neuere Rechtsprechung zur Kündigung wegen Zahlungsverzugs, in: MRA 2012, 65 – 74 (zit. HULLIGER, MRA 2012)
- HULLIGER URBAN/MAAG ANDREAS, Zur sachlichen Zuständigkeit der Handelsgerichte in mietrechtlichen Streitigkeiten – ein Zwischenbericht, in: MRA 2014, 103 – 114 (zit. HULLIGER/MAAG, MRA 2014)

## Literaturverzeichnis

---

- INFANGER DOMINIK, Schwierigkeiten beim neuen Schlichtungsverfahren in Mietsachen, in: Dolge Annette (Hrsg.), Die neue ZPO, Erfahrungen – Unstimmigkeiten – Schwachstellen – Lösungen, PraxiZ 2012, Zürich/Basel/Genf 2012, 13 – 26 (zit. INFANGER, PraxiZ 2012)
- KAISER MARTIN, Rechtliche Schwierigkeiten bei der Beendigung des gemeinsamen Mietvertrages – Am Beispiel des Konkubinats, in: Jusletter vom 5. September 2016 (zit. KAISER, Jusletter 2016)
- KIENER REGINA, Richterliche Unabhängigkeit – Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Habilitation Bern 2001
- KOLLER THOMAS, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011, in: ZBJV 1/2013, 21 – 66 (zit. KOLLER, ZBJV 1/2013)
- KOLLER THOMAS, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2012, in: ZBJV 11/2013, 876 – 914 (zit. KOLLER, ZBJV 11/2013)
- KOLLER THOMAS, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2013, in: ZBJV 2014, 917 – 974 (zit. KOLLER, ZBJV 2014)
- KOLLER THOMAS, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2014, in: ZBJV 1/2016, 1 – 58 (zit. KOLLER, ZBJV 1/2016)
- KOLLER THOMAS, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2015, in: ZBJV 11/2016, 785 – 833 (zit. KOLLER, ZBJV 11/2016)
- KOLLER THOMAS, Nichtig, unwirksam, anfechtbar – eine einfache Trias im Kündigungsrecht bei der Wohn- und Geschäftsräummieta! Oder doch nicht? – oder einmal mehr «l’erreur (...) qui s’est glissée dans cet ar-rêt»?., in: Jusletter vom 14. August 2017 (zit. KOLLER, Jusletter 2017)
- KOLLER THOMAS, Zum Jahresabschluss 2014 ein weiser Entscheid des Bundesgerichts im Mietrecht, in: Jusletter 12. Januar 2015 (zit. KOLLER, Jusletter 2015)
- KOLLER THOMAS/STRIK MANFRED, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2016, in: ZBJV 2018, 208 – 268 (zit. KOLLER/STRIK, ZBJV 2018)
- KOLLER-TUMLER MARLIS, Das Schlichtungsverfahren im Kanton Bern, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Markus Alexander R./Rodriguez Rodrigo (Hrsg.), Das Schlichtungsverfahren nach ZPO – Praxis und Umsetzung des obligatorischen Schlichtungsverfahrens in ausgewählten Kantonen, Besonderheiten des Schlichtungsverfahrens im arbeits- und mietrechtlichen Kontext und besondere Entscheidverfahren, Bern 2016, 47 – 79
- KORAK-DISLER ANNINA, Streitigkeiten betreffend die Miete von Wohn- und Geschäftsräumen nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung insbe-

- sondere das Schlichtungsverfahren und das vereinfachte Verfahren, Dissertation Basel 2013
- KOUMBARAKIS ZINON, Das Schlichtungsverfahren in Mietsachen nach der neuen Zivilprozessordnung, in: Rohrer Beat (Hrsg.), Aktuelle Fragen zum Mietrecht, Zürich/Basel/Genf 2012, 117 – 160 (zit. KOUMBARAKIS, Schlichtungsverfahren in Mietsachen)
- KOUMBARAKIS ZINON, Urteil des Bundesgerichts 4A\_68/2014 vom 16. Juni 2014 (BGE 140 III 315), in: MRA 2015, 169 – 178 (zit. KOUMBARAKIS, MRA 2015)
- LACHAT DAVID, Le bail à loyer, Lausanne 2008 (zit. LACHAT, Bail à loyer)
- LACHAT DAVID, Procédure civile en matière de baux et loyers, Lausanne 2011 (zit. LACHAT, Procédure)
- LEISER TINA, Die paritätische Zusammensetzung der Schlichtungsbehörde Bern-Mittelland, in: Justice – Justiz – Giustizia vom 3. Dezember 2015 (zit. LEISER, Justice – Justiz – Giustizia 2015)
- LEUCH GEORG/MARBACH OMAR/KELLERHALS FRANZ/STERCHI MARTIN, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Auflage, Bern 2000 (zit. BE-ZPO Komm.-LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI)
- LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Bern 2016
- MAAG ANDREAS, Kündigungsschutz und Ausweisung – ausgewählte zivilprozessuale Aspekte, in: MRA 1/2014, 1 – 16 (zit. MAAG, MRA 1/2014)
- MAAG ANDREAS, Urteil des Bundesgerichts 4A\_137/2013 vom 7. November 2013, in: MRA 3/2014, 132 – 140 (zit. MAAG, MRA 3/2014)
- MAAG ANDREAS, Urteil des Bundesgerichts 4A\_588/2013 vom 15. April 2014, in: MRA 1/2015, 36 – 43 (zit. MAAG, MRA 1/2015)
- MAAG ANDREAS, Urteil des Bundesgerichts 4A\_530/2014 vom 17. April 2015 (BGE 141 III 159), in: MRA 3/2015, 153 – 168 (zit. MAAG, MRA 3/2015)
- MAAG ANDREAS, Urteil des Bundesgerichts 4A\_270/2015 vom 14. April 2016 (auszugsweise publiziert als BGE 142 III 278), in: MRA 2016, 156 – 165 (zit. MAAG, MRA 2016)
- MARKUS ALEXANDER R./HUBER-LEHMANN MELANIE, Zivilprozessuale Grundsätze der Sachverhaltsermittlung – Substantiierung und richterliche Fragepflicht, in: ZBJV 2018, 269 – 296 (zit. MARKUS/HUBER-LEHMANN, ZBJV 2018)

## Literaturverzeichnis

---

- MEYER CAROLINE B., Zur Sachlegitimation der Parteien im Mietprozess, in: MRA 2010, 47 – 59 (zit. MEYER, MRA 2010)
- MIETERINNEN- UND MIETERVERBAND DEUTSCHSCHWEIZ (Hrsg.), Mietrecht für die Praxis, 9. Auflage, Zürich 2016 (zit. Mietrecht für die Praxis/BEARBEITER)
- MILANI DOMINIK, Die vereinfachte Klage, in: ZZZ 2013, 3 – 14 (zit. MILANI, ZZZ 2013)
- MORDASINI-ROHNER CLAUDIA M., Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Dissertation Basel 2013
- MÜLLER JÜRIG P. (Hrsg.), Wohn- und Geschäftsraummiete – Beraten und Prozessieren im Immobiliarmietrecht, Basel 2016 (zit. MÜLLER/BEARBEITER)
- MÜLLER THOMAS/WIRTH MARKUS (Hrsg.), Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Zürich 2001 (zit. Komm. GestG-BEARBEITER)
- OBERHAMMER PAUL/DOMEJ TANJA/HAAS ULRICH (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. Auflage, Basel 2014 (zit. Kuko ZPO-BEARBEITER)
- PESENTI FRANCESCA, Gerichtskosten (insbesondere Festsetzung und Verteilung) nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) – Unter besonderer Berücksichtigung der kantonalen Gebührentarife, Dissertation Basel 2017
- PÜNTENER RICHARD, Das mietrechtliche Schlichtungsverfahren in der Zivilprozessordnung, in: mp 2011, 243 – 290 (zit. PÜNTENER, mp 2011)
- PÜNTENER RICHARD, Zivilprozessrecht für die Mietrechtspraxis, Basel 2016 (zit. PÜNTENER, Zivilprozessrecht)
- RAPOLD MANUELA/FERRARI-VISCA RETO, Die Widerklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: AJP 2013, 387 – 403 (zit. RAPOLD/FERRARI-VISCA, AJP 2013)
- RICKLI SAMUEL, Der Streitwert im schweizerischen Zivilprozessrecht, Dissertation Basel 2014
- ROBERTI ARISTIDE, Institut und Verfahren der Schlichtungsbehörde in Miet-sachen, Dissertation Zürich 1993
- ROHRER FLORIAN, Der Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO, in: MRA 2016, 3 – 12 (zit. ROHRER, MRA 2016)

- SCHMID HANS, Der gemeinsame Mietvertrag, in: SJZ 1991, 374 – 377 (zit. SCHMID, SJZ 1991)
- SCHMID JÖRG, Die gemeinsame Miete – Ausgewählte Fragen, in: AJP 2016, 31 – 41 (zit. SCHMID, AJP 2016)
- SCHMID MARTIN, Praktische Fragen zum Schlichtungsverfahren, in: ZZZ 2011/2012, 182 – 188 (zit. SCHMID, ZZZ 2011/2012)
- SCHRANK CLAUDE, Das Schlichtungsverfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Dissertation Basel 2015 (zit. SCHRANK, Schlichtungsverfahren)
- SCHRANK CLAUDE, Grundsatzfragen zum Schlichtungsverfahren – Kompetenzkompetenz, Beteiligung Dritter und Erscheinungspflicht des Geschworenen bei angekündigtem Nichterscheinen des Geschworenen?, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Markus Alexander R./Rodriguez Rodrigo (Hrsg.), Das Schlichtungsverfahren nach ZPO – Praxis und Umsetzung des obligatorischen Schlichtungsverfahrens in ausgewählten Kantonen, Besonderheiten des Schlichtungsverfahrens im arbeits- und mietrechtlichen Kontext und besondere Entscheidungsverfahren, Bern 2016, 1 – 18 (zit. SCHRANK, Grundsatzfragen)
- SCHULLER SIEGFRIED, Die Berechnung des Streitwertes – Grundsätze zivilprozessualer Streitwertberechnung im Bund und in den Kantonen, Dissertation Zürich 1974
- SCHWEIZERISCHER VERBAND DER IMMOBILIEN-TREUHÄNDER (Hrsg.), Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. SVIT-Komm.)
- SEILER BENEDIKT, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013
- ŞENEL TOYLAN, Das handelsgerichtliche Verfahren nach der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, Dissertation Basel 2011
- SPAHR CHRISTOPH, Zur Gültigkeitsdauer der Klagebewilligung, in: SJZ 2013, 273 – 281 (zit. SPAHR, SJZ 2013)
- SPICHTIN NICOLAS, Der Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO, Dissertation Basel 2012 (zit. SPICHTIN, Rechtsschutz)
- SPICHTIN NICOLAS, Der Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO – Echte Alternative oder Rohrkrepiere? – Eine Standortbestimmung zu ausgewählten Fragen, in: Jusletter vom 15. August 2016 (zit. SPICHTIN, Jusletter 2016)
- SPÜHLER KARL, Handelsgericht des Kantons Bern, 3. Mai 2013, HG 13 2, in: CAN 2013, 195 – 201 (zit. SPÜHLER, CAN 2013)

## Literaturverzeichnis

---

- SPÜHLER KARL/DOLGE ANNETTE/GEHRI MYRIAM, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9. Auflage, Bern 2010
- SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2013 (zit. BSK ZPO-BEARBEITER, Art. N [2. Aufl.]
- SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2017 (zit. BSK ZPO-BEARBEITER)
- STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1 – 158 SchKG, 2. Auflage, Basel 2010 (zit. BSK SchKG-BEARBEITER)
- STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht – Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013
- SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2017
- SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. ZPO Komm.-BEARBEITER)
- TANNER MARTIN, Die Ausweisung des Mieters im Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO unter besonderer Berücksichtigung der ausserordentlichen Kündigungen nach Art. 257d OR und Art. 257f OR, in: ZZZ 2010, 263 – 332 (zit. TANNER, ZZZ 2010)
- TAPPY DENIS/NOVIER MERCEDES, La procédure de conciliation et la médiation dans le Code de procédure civile suisse (art. 197 – 218 CPC), in: Bernasconi Giorgio A./Campello Fulvio (Hrsg.), Il Codice di diritto processuale civile svizzero, Lugano/Basel 2011, 81 – 146
- THANEI ANITA, Aktuelles zur Anfechtung der Kündigung des Mietvertrags, in: plädoyer 3/2015, 28 – 33 (zit. THANEI, plädoyer 3/2015)
- THANEI ANITA, Auswirkungen der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung auf die mietrechtlichen Verfahren, insbesondere auf das Schlichtungsverfahren, in: mp 2009, 179 – 209 (zit. THANEI, mp 2009)
- TREZZINI FRANCESCO/FORNARA STEFANO/COCCHI BRUNO/BERNASCONI GIORGIO A./CHIOCCHETTI FRANCESCA VERDA (Hrsg.), Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero, Volume 1, Parte

- prima: Disposizioni generali (Art. 1 – 196), II<sup>a</sup> edizione, Lugano 2017 (zit. CPC Comm.-BEARBEITER)
- TREZZINI FRANCESCO/FORNARA STEFANO/COCCHI BRUNO/BERNASCONI GIORGIO A./CHIOCCHETTI FRANCESCA VERDA (Hrsg.), Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero, Volume 2, Parte seconda: Disposizioni speciali (Art. 197 – 352), Parte terza: Arbitrato (Art. 353 – 399), Parte quarta: Disposizioni finali (Art. 400 – 408), II<sup>a</sup> edizione, Lugano 2017 (zit. CPC Comm.-BEARBEITER)
- VON HOLZEN CRISTINA, Die Streitgenossenschaft im schweizerischen Zivilprozess, Dissertation Basel 2006
- WEBER PHILIPP, Anpassung der ZPO – Überblick über die laufenden Revisionsarbeiten, in: Dolge Annette (Hrsg.), Updates und neueste Entwicklungen im schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht, PraxiZ 2018, Zürich/Basel/Genf 2018, 97 – 122 (zit. WEBER, PraxiZ 2018)
- WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, Dissertation Zürich 1993 (zit. WEBER, Der gemeinsame Mietvertrag)
- WEINGART DENISE/PENON ILIJA, Ungeklärte Fragen im Schlichtungsverfahren, in: ZBJV 2015, 465 – 505 (zit. WEINGART/PENON, ZBJV 2015)
- WEY RENATE, La consignation du loyer – Étude des art. 259g-i nOR, Dissertation Lausanne 1995
- WINTER PATRICK, Anträge an die Schlichtungsbehörde, in: mp 2013, 177 – 199 (zit. WINTER, mp 2013)
- WULLSCHLEGER PAOLA, Sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts, in: ZZZ 2016, 178 – 187 (zit. WULLSCHLEGER, ZZZ 2016)
- ZAHRADNIK PETER, Fragen im Zusammenhang mit der Anfechtung der Anfangsmiete und der Formularpflicht, in: mp 2014, 267 – 296 (zit. ZAHRADNIK, mp 2014)



## Materialien

- Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Juni 2003 (zit. Bericht VE-ZPO)
- Botschaft zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz, GestG) vom 18. November 1998, BBl 1999, 2829 ff. (zit. Botschaft GestG)
- Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7221 ff. (zit. Botschaft ZPO)
- Botschaft zur Volksinitiative «für Mieterschutz», zur Revision des Miet- und Pachtrechts im Obligationenrecht und zum Bundesgesetz über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechts) vom 27. März 1985, BBl 1985, 1389 ff. (zit. Botschaft Revision Miet- und Pachtrecht)
- Erläuternder Bericht zur Änderung der Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 2. März 2018 (zit. Bericht Revision ZPO)
- Medienmitteilung des Bundesamts für Wohnungswesen vom 29. September 2016, abrufbar unter <https://www.bwo.admin.ch/bwo/de/home/mietrecht/schlichtungsbehoerden/statistik-der-schlichtungsverfahren.html> (zit. Medienmitteilung BWO erstes Halbjahr 2016)
- Medienmitteilung des Bundesamts für Wohnungswesen vom 27. März 2017, abrufbar unter <https://www.bwo.admin.ch/bwo/de/home/mietrecht/schlichtungsbehoerden/statistik-der-schlichtungsverfahren.html> (zit. Medienmitteilung BWO zweites Halbjahr 2016)
- Medienmitteilung des Bundesamts für Wohnungswesen vom 24. Oktober 2017, abrufbar unter <https://www.bwo.admin.ch/bwo/de/home/mietrecht/schlichtungsbehoerden/statistik-der-schlichtungsverfahren.html> (zit. Medienmitteilung BWO erstes Halbjahr 2017)
- Medienmitteilung des Bundesamts für Wohnungswesen vom 22. März 2018, abrufbar unter <https://www.bwo.admin.ch/bwo/de/home/mietrecht/schlichtungsbehoerden/statistik-der-schlichtungsverfahren.html> (zit. Medienmitteilung BWO zweites Halbjahr 2017)
- Praxisfestlegung der Zivilabteilung des Obergerichts des Kantons Bern vom 26. August 2016 betreffend die Streitwertberechnung bei Exmissionsentscheiden (zit. Praxisfestlegung OGer BE vom 26. August 2016)

## Materialien

---

Protokolle der Sitzungen der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats  
(zit. Protokoll RK-NR)

Protokolle der Sitzungen der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats  
(zit. Protokoll RK-StR)

Wortprotokolle der nationalrätlichen Beratung zum Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Amtliches Bulletin Nationalrat (zit. Amtl-Bull NR)

Wortprotokolle der ständerätlichen Beratung zum Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Amtliches Bulletin Ständerat (zit. AmtlBull StR)

Zusammenstellung der Vernehmlassungen, Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 2004 (zit. Vernehmlassung VE-ZPO)