

MietRecht Aktuell

MRA

3/2009

Redaktionskommission

Hans Bättig
Raoul Futterlieb
Genoveva Lahmadi-Sutter
Beat Rohrer

Sekretariat/Abonnemente, Einzelnummern

MRA Verlag Zeitschrift MietRecht Aktuell
Postfach 1173
8032 Zürich
Tel. 043 268 57 58
Fax 043 286 57 60

Abonnementspreis: Fr. 108.–/Jahr (inkl. MWSt)

Einzelnummer: Fr. 30.– (inkl. MWSt + Versand)

Gestaltung

Markus Holliger, Basel

Satz und Druck

Reinhardt Druck, Basel

Inhaltsverzeichnis

Aufsatz Seite

Tüchen bei der Vermietung von Lagerräumen 77
Pièges de la location de halles de dépôt
Aufsatz von lic. iur. Christian Ruf, Zürich

Kündigung/Erstreckung
Kündigung wegen Eigenbedarfs und Lärms; Beweislast 84
Congé en cas de besoins propres du bailleur et de bruit; fardeau de la preuve
Urteil des Bundesgerichts 4A_583/2009 vom 23. März 2009 (Originaltext französisch, ins Deutsche übertragen durch den Kommentator)
Kommentiert von Martin Sohm, Küsnacht

Kündigung wegen Zahlungsrückstandes nach Art. 257d OR: Klarheit der Abmahnung 95
Congé pour cause de demeure selon art. 257d CO: Avertissement clair
Urteil des Bundesgerichts 4A_296/2008 vom 29. Juli 2008 (Originaltext französisch, ins Deutsche übertragen durch die Kommentatorin)
Kommentiert von lic. iur. Monika Sommer, Zürich

Verfahren/Weitere Fragen

Verrechnungsanspruch für Entschädigung des Mehrwertes wegen baulicher Änderungen durch den Mieter, Schadensminderungspflicht des Vermieters bei vorzeitiger Kündigung 103

Droit à la compensation pour l'indemnité de plus-value suite à des travaux de modification effectués par le locataire – Devoir du bailleur de réduire son dommage en cas de résiliation anticipée
Urteil des Bundesgerichts (4A_84/2007) vom 22. Februar 2008
Kommentiert von Dr. Raymond Bisang, Zürich

Keine Mieterstreckung auf unbestimmte Zeit 111
Pas de prolongation du bail de durée indéterminée
Urteil des Bundesgerichts 4A_318/2008 vom 11. November 2008 (Originaltext französisch, ins Deutsche übertragen durch den Kommentator)
Kommentiert von Dr. Thomas Wetzel, Küsnacht

Kündigung wegen Eigenbedarfs und Lärms; Beweislast

Congé en cas de besoins propres du bailleur et de bruit; fardeau de la preuve

Die Beweislast für die Missbräuchlichkeit einer Kündigung trägt der Kündigungsempfänger – Die kündigende Partei muss den Kündigungsgrund indes glaubhaft machen. Eine Kündigung wegen Umständen, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bekannt waren oder schon seit langer Zeit hingenommen wurden, stellt widersprüchliches Verhalten dar und ist daher nicht zu schützen

Le fardeau de la preuve concernant l'abus du congé incombe au destinataire – Néanmoins la partie prononçant le congé doit établir avec vraisemblance la raison du congé – Le congé motivé par circonstances qui étaient connues lors de la conclusion du contrat de bail ou qui ont été tolérées depuis longtemps, doit être considéré comme complètement contradictoire et ne peut donc être protégé

Urteil des Bundesgerichts 4A_583/2009 vom 23. März 2009 (Originaltext französisch, ins Deutsche übertragen durch den Kommentator)

Kommentiert von Martin Sohm, Küsnacht

1. Sachverhalt

Mit Mietvertrag vom 30. Oktober 1996 vermietete A. (nachfolgend: der Vermieter) der Y. SA (nachfolgend: die Mieterin) per 1. November 1996 Geschäftsräume in der Liegenschaft «Quai V.» in der Stadt K. zum Betrieb eines Restaurants (nachfolgend: «Mietobjekt I») unter der Firma «R». Das Mietverhältnis war unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Jahr erstmals per 30. Juni 2005 und nachher alle fünf Jahre kündbar. Seit 1. März 1999 betrug der Mietzins Fr. 1900.– im Monat.

Mit einem zweiten Mietvertrag vom 1. Juli 1999 vermietete der Vermieter der Mieterin in der hinter dem Restaurant gelegenen Liegenschaft «rue W.» per 1. Juli 1999 einen weiteren Geschäftsraum (nachfolgend «Mietobjekt II»). Dieses Mietverhältnis wurde für eine Mindestdauer von einem Jahr abgeschlossen und verlängerte sich jeweils automatisch um ein weiteres Jahr, sofern es durch keine der Parteien unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten gekündigt wurde. Der Mietzins betrug Fr. 350.– zuzüglich diverser Nebenkosten.

Im Zeitpunkt der Unterzeichnung dieser Mietverträge betrieb die Mieterin bereits auf einer Terrasse (auf öffentlichem Grund; vgl. dazu BGE 4A.252/2007), welche

an den Eingangsbereich der Liegenschaft «Quai V.» angrenzte, einen Restaurantbetrieb. Dieser Restaurantbetrieb war von April bis Oktober abends bis um 24.00 Uhr geöffnet. Anfang 2001 reichte die Mieterin bei den zuständigen Behörden ein Gesuch um Vergrößerung des Restaurantbetriebs auf der Terrasse ein.

Mit Entscheid vom 15. Mai 2001 erteilte die Vorsteherin des Volkswirtschaftsdepartements des Kantons Waadt die beantragte Bewilligung mit der Auflage, dass der Restaurantbetrieb auf der Terrasse fortan unter der Woche um 22.30 Uhr und am Wochenende um 23.30 Uhr geschlossen werden musste. Die Bedienung der Kundschaft musste 15 Minuten vor Schliessung eingestellt werden. Gegen diese Auflagen ergriff die Mieterin Rechtsmittel. Am 16. April 2002 wurde der Mieterin durch die zuständige Behörde die Bewilligung zum ganzjährigen Restaurantbetrieb auf der Terrasse erteilt.

Im März 2002 zog X., Sohn des Vermieters, in eine Wohnung in der ersten Etage der Liegenschaft «Quai V.» ein; diese Wohnung befand sich direkt über den von der Mieterin gemieteten Räumlichkeiten. Ab diesem Zeitpunkt wurden sämtliche die Liegenschaft betreffenden wichtigen Entscheide durch X. getroffen.

Am 5. Juli 2002 kündigte der Vermieter die zwei Mietverträge betreffend die Mietobjekte I und II auf den 30. Juni 2003 bzw. 30. Juni 2005 (nachfolgend «Kündigungen»). Der Vermieter begründete die Kündigungen mit den Immissionen aus dem Betrieb des Restaurants, welchen die Bewohner der Liegenschaft «Quai V.» ausgesetzt waren. Gleichzeitig machte er Eigenbedarf für ein Familienmitglied geltend.

Mit Schreiben vom 10. Juli 2002 forderte der Vermieter die Mieterin auf, die fortwährenden Immissionen zu unterlassen. Die von X. am 25. Juli 2002 verständigte Stadtpolizei konnte keine von der fraglichen Terrasse herrührende Lärmbelästigung feststellen.

Mit einem zwischen dem 14. und dem 17. Oktober 2002 unterzeichneten Schreiben beschwerten sich zwölf Personen, darunter der Vermieter und X., beim «Service vaudois de l'environnement et de l'énergie» über Immissionen aus dem Restaurant der Mieterin. Mit Ausnahme des Vermieters und seines Sohnes X. war keiner der Unterzeichner in den Liegenschaften «Quai V.» resp. «rue W.» wohnhaft.

Im Sommer 2002 ernannte der zuständige Friedensrichter auf Begehren von X. einen Experten, um die von der durch die Mieterin betriebenen Terrasse ausgehenden Lärmimmissionen festzustellen. Im Rahmen dieser vorsorglichen Beweisführung legte der Experte in seinem Bericht vom 5. Oktober 2002 und in seinem Zusatzbericht vom 19. Juli 2003 dar, dass die Wohnung von X. von Lärmimmissionen betroffen sei, welche den bestehenden Hintergrundlärm um 20 dB überschreiten könnten. Diese Immissionen würden sowohl von der Terrasse als auch vom Restaurant (aufgrund geöffneter Fenster) herrühren.

Der Service de l'environnement et de l'énergie (nachfolgend der Service) teilte X. mit Schreiben vom 6. Mai 2003 mit, soweit Geruchsimmissionen in dessen Wohn-

nung feststellbar seien, könnten diese nicht als übermässig bezeichnet werden. Der Service rief dabei in Erinnerung, wer in einer Stadt wohnen wolle, müsse eine gewisse Toleranz hinsichtlich der gesellschaftlichen Aktivitäten aufbringen, die sich dort abspielten.

Die Kündigungen wurden von der Mieterin bei der zuständigen Schlichtungsbehörde angefochten. Mit Entscheid vom 13. Februar 2003 erklärte die Schlichtungsbehörde die Kündigungen für gültig und gewährte der Mieterin eine einmalige Erstreckung der Mietverhältnisse für die Mietobjekte I und II bis zum 30. Juni 2006.

Am 13. März 2003 beantragte die Mieterin beim zuständigen Mietgericht die Aufhebung der Kündigungen und eventualiter eine Erstreckung der fraglichen Mietverhältnisse um sechs Jahre.

Nachdem der Vermieter am 17. März 2003 das Mietverhältnis betreffend das Mietobjekt II in Anwendung von Art. 257f Abs. 3 OR ausserordentlich per 30. April 2003 gekündigt hatte, focht die Mieterin auch diese Kündigung bei der Schlichtungsbehörde an, welche sie mit Entscheid vom 17. Juli 2003 als gültig erklärte und erneut eine einmalige Erstreckung des Mietvertrages bis zum 30. Juni 2006 gewährte.

Am 29. Juli 2003 beantragte die Mieterin beim zuständigen Mietgericht die Aufhebung dieser ausserordentlichen Kündigung, eventualiter eine Erstreckung des fraglichen Mietverhältnisses um sechs Jahre.

Am 5. August 2003 vereinigte der Präsident des Mietgerichts die zwei Prozesse zwecks gemeinsamer Beweisaufnahme und Urteil.

Am 6. Mai 2004 erwarb X. durch Schenkung das Eigentum an den Liegenschaften seines Vaters und trat in Anwendung von Art. 261 OR in die fraglichen Mietverhältnisse ein. Im mietgerichtlichen Verfahren machte X. einen Eigenbedarf an den Mietobjekten I und II geltend, mit der Begründung, die fraglichen Räumlichkeiten würden von ihm für eine Zweigniederlassung seines in Lausanne betriebenen Beratungsbüros benötigt.

Mit Urteil vom 8. April 2005 hob das Mietgericht die Kündigungen vom 5. Juli 2002 bezüglich der Mietobjekte I und II auf und erklärte die ausserordentliche Kündigung vom 17. März 2003 für unwirksam. Das Mietgericht führte in seinem Entscheid aus, X. habe beim Einzug in seine Wohnung in der Liegenschaft «Quai V.» mit den aus dem Betrieb des Restaurants resultierenden Immissionen rechnen müssen. Andererseits habe X. den behaupteten Eigenbedarf an den vermieteten Räumen nicht beweisen können. Bezüglich der ausserordentlichen Kündigung vom 17. März 2003 kam das Mietgericht zum Schluss, dass die Voraussetzungen für eine Kündigung nach Art. 257f Abs. 3 OR nicht gegeben waren.

Die von X. beim zuständigen Obergericht gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde wurde mit Urteil vom 28. März 2007 abgewiesen.

Auf Beschwerde von X. hin hob das Bundesgericht mit Urteil 4A.252/2007 vom 15. November 2007 das Urteil des Obergerichts vom 28. März 2007 auf und wies den Fall zur neuen Beurteilung an die kantonale Instanz zurück. Das Bundesgericht kam zum Schluss, über den Streitgegenstand könne – angesichts der ungenügenden Sachverhaltsabklärungen durch das Mietgericht – nicht entschieden werden.

Im Sinne der Erwägungen des Bundesgerichts gestattete das Obergericht X. die Einreichung zweier neuer Beweismittel: Beim ersten Beweismittel handelte es sich um einen Entscheid des kantonalen Verwaltungsgerichts vom 28. Oktober 2005. Darin bestätigte das Verwaltungsgericht, dass die Terrasse des Restaurants sonntags und donnerstags bis um 23.00 Uhr sowie freitags und samstags bis um 24.00 Uhr geöffnet sein dürfte. Auch wenn X. von erheblichen Immissionen bis 23.00 Uhr betroffen sei, so sei diese Situation jedenfalls zumutbar, da seine Wohnung einen Aufenthaltsraum enthalte, der im hinteren Teil des Gebäudes in einem ruhigen Bereich liege. Beim zweiten Beweismittel handelte es sich um ein Schreiben des kantonalen «Service de l'environnement et de l'énergie» vom 1. September 2006. Dieses besagte, dass die Entlüftung der fraglichen Räumlichkeiten aufgrund ihrer Nähe zu den Fenstern der von X. bewohnten Wohnung unzureichend sei. Jedoch erleide letzterer keine übermässigen Geruchsimmissionen.

Mit Entscheid vom 17. September 2008 wies das Obergericht die von X. erhobene Beschwerde gegen das Urteil des Mietgerichts vom 8. April 2005 ein zweites Mal ab und bestätigte den erstinstanzlichen Entscheid. Das Obergericht hielt fest, dass die behaupteten Immissionen, auf welche sich X. berief, blosser Vorwand für die Kündigung der Mietverhältnisse gewesen seien. Die damit begründeten Kündigungen seien daher entgegen Treu und Glauben ausgesprochen worden. Das Obergericht kam ausserdem zum Schluss, dass der von X. geltend gemachte Eigenbedarf weder bewiesen noch glaubhaft gemacht worden war.

X. (in den Erwägungen der Beschwerdeführer) erhob gegen diesen Entscheid beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen und verlangte die Feststellung der Gültigkeit seiner Kündigungen und die Ausweisung der Mieterin (in den Erwägungen die Beschwerdegegenerin). Das Bundesgericht weist diese Beschwerde ab.

2. Aus den Erwägungen

«1.–3. (Prozessuales)

4. Der Beschwerdeführer behauptet, die Vorinstanz habe Bundesrecht verletzt, indem sie von ihm den strikten Beweis – und nicht bloss die Glaubhaftmachung – seines Eigenbedarfs gefordert habe. Dadurch habe sie Beweisforderungen gestellt, welche mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht vereinbar seien. Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bestehenden Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines bestehenden Eigenbedarfs erfüllt. Um seine Vorbringen zu untermauern, stützt er sich auf die Erklärungen seines Vaters sowie auf zwei Zeugenaussagen, woraus er einige Auszüge beibringt.

4.1 Neben einer beispielhaften Aufzählung von Fällen, in denen eine Kündigung des Vermieters anfechtbar ist (Art. 271 a Abs. 1 OR), sieht das Gesetz in allgemeiner Weise vor, dass die von der einen oder anderen Vertragspartei ausgesprochene Kündigung anfechtbar ist, wenn sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst (Art. 271 Abs. 1 OR). Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ergibt sich der Schutz aus Art. 271 Abs. 1 OR gleichzeitig auch aus dem Vertrauensgrundsatz (Art. 2 Abs. 1 ZGB) und aus dem Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB), wobei sich in dieser Hinsicht eine klare Unterscheidung nicht treffen lässt (vgl. BGE 120 II 31 E. 4a, 120 II 105 E. 3a). Die typischen Fälle von Rechtsmissbrauch (fehlendes Interesse an der Ausübung eines Rechts, zweckwidrige Inanspruchnahme eines Rechtsinstituts, krasse Missverhältnisse der in Frage stehenden Interessen, schonungslose Ausübung eines Rechts, widersprüchliches Verhalten) rechtfertigen die Anfechtung einer Kündigung; in dieser Hinsicht ist es jedoch nicht notwendig, dass das Verhalten der kündigenden Partei im Lichte von Art. 2 Abs. 2 ZGB als offenbar rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren ist (BGE 120 II 105 E. 3 S. 108).

Eine Kündigung ist missbräuchlich, wenn sie nicht aus einem objektiven, ernstgemeinten und rechtlich schützenswerten Interesse erfolgt (Urteil 4C.61/2005 vom 27. Mai 2005 E. 4.1, in SJ 2006 I S. 34). Missbräuchlich ist somit die rein schikanöse Kündigung, deren Begründung offensichtlich nur ein Vorwand ist (BGE 120 II 31 E. 4a S. 32). Im Übrigen muss ein effektives Interesse des Vermieters an der fraglichen Kündigung bestehen (Urteil 4A.575/2008 vom 19. Februar 2009 E. 4.2).

Die Kündigung, welche mit dem Eigenbedarf des Vermieters oder seiner nahen Verwandten begründet wird, verletzt den Grundsatz von Treu und Glauben nicht (Entscheide 4C.41/2006 vom 9. Februar 2007 E. 2.1 und 4C.333/1997 vom 8. Mai 1998 E. 3b m.w.H.; David Lachat, *Le bail à loyer*, Lausanne 2008, S. 737 Ziff. 4.6).

Auch wenn die Beweislast für den Verstoss gegen Treu und Glauben dem Empfänger der Kündigung obliegt, muss gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts die kündigende Partei zur Wahrheitsfindung beitragen, indem sie alle in ihrem Besitz befindlichen Beweisstücke zur Verfügung stellt, die für die Prüfung des von ihr behaupteten Kündigungsgrunds nötig sind (BGE 120 II 105 E. 3c S. 111). Anders gesagt, hat der Kündigende den Kündigungsgrund zumindest glaubhaft zu machen (Urteile 4A.575/2008 vom 19. Februar 2009 E. 3.1 und 4A.345/2007 vom 8. Februar 2008 E. 2.4.3).

Die Vorinstanz prüfte das Vorhandensein des Eigenbedarfs, auf welchen sich der Beschwerdeführer berief, und würdigte in diesem Zusammenhang zwei Zeugenaussagen und die Erklärungen des Vaters des Beschwerdeführers. Unter Berücksichtigung der Beziehungen der Zeugen zum Beschwerdeführer sowie der widersprüchlichen Erklärungen des Vaters des Beschwerdeführers kam die Vorinstanz zum Schluss, die Würdigung dieser Beweismittel durch das Mietgericht, welches den Eigenbedarf verneint hatte, sei nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz folgerte daraus, dass der vom Vermieter behauptete Eigenbedarf weder bewiesen noch glaubhaft dargetan worden sei.

Im Beweisrecht muss zwischen der Anwendung der durch das Bundesrecht in Art. 8 ZGB geregelten Anforderungen an das Beweismass – strikter Beweis oder blosser Glaubhaftmachung – und der Frage unterschieden werden, ob die entsprechenden Anforderungen in einem konkreten Fall tatsächlich erfüllt sind, was eine Frage der Beweiswürdigung ist (BGE 130 III 321 E. 5 S. 327).

Die kantonalen Richter gingen davon aus, der Beschwerdeführer habe den Eigenbedarf an den der Beschwerdegegnerin vermieteten Räumen nicht glaubhaft gemacht. Die Rüge der Verletzung von Art. 8 ZGB ist somit unbegründet – vorausgesetzt, der Beschwerdeführer wollte sich darauf überhaupt berufen – nachdem die Vorinstanz zum Schluss kam, dass auch das geringste Beweismass – die Glaubhaftmachung – nicht erreicht war.

Der Beschwerdeführer hat es unterlassen, die Beweiswürdigung durch die Vorinstanz als unhalbtbar zu rügen. Die vom Beschwerdeführer vorgebrachten Rügen sind jedenfalls völlig ungeeignet, diesbezüglich irgendwelche Willkür (Art. 9 BV) darzutun. Jedenfalls ist nicht ersichtlich, worin die allfällige Willkür liegen könnte, wenn die Vorinstanz die voneinander abweichenden Erklärungen des Vaters des derzeitigen Vermieters sowie diejenigen der zwei Zeugen – wovon einer den Beschwerdeführer gut zu kennen erklärt und der andere ein Angestellter seiner Geschäftsleitung ist – mit Zurückhaltung würdigte.

Die Rügen werden abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

5. Der Beschwerdeführer macht zudem geltend, dass die strittigen Kündigungen aufgrund der Immissionen, die durch den Betrieb des Café-Restaurants der Beschwerdegegnerin verursacht wurden, gerechtfertigt seien. Der Beschwerdeführer schliesst bereits aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 28. Oktober 2005, in welchem es die Betriebszeiten der Pizzeria unter der Woche auf 23.00 Uhr beschränkte, dass der Vermieter übermässige Immissionen ausgesetzt war, welche die strittigen Kündigungen erlaubten. Während er dabei anzuerkennen scheint, dass die Vergrösserung der Terrasse für den Vermieter im Grundsatz vorhersehbar war, bestreitet er die Vorhersehbarkeit von übermässigen Immissionen aufgrund des Betriebes der Pizzeria mit offenen Fenstern (da Öffnungszeiten bis 24.00 Uhr erlaubt waren), aufgrund des Einbaus eines ungeeigneten Fussbodens durch die Beschwerdegegnerin sowie aufgrund des Einbaus einer Lüftung mit Abluftabführung an der Aussenwand.

Der Beschwerdeführer bringt etwas zusammengewürfelt weiter vor, sein Vater habe anlässlich des Abschlusses der Mietverträge um die später gerügten Immissionen nicht wissen können und es sei unerheblich, dass der Sohn des ursprünglichen Vermieters, und nicht dieser selbst, sich im Jahre 2002 in der Wohnung über dem Café-Restaurant eingerichtet habe. Sodann habe keine der Kündigung vorangehende Abmahnung gegenüber der Beschwerdegegnerin erfolgen müssen und es sei ohne Bedeutung, dass sich kein anderer Mieter des Hauses wegen der Beschwerdegegnerin beklagt habe.

5.1 Bei der Einteilung von missbräuchlichen Kündigungen auf Grundlage der typischen Fälle von Rechtsmissbrauch ist die heutige Lehre der Meinung, dass die Kündi-

gung wegen Umständen, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bekannt waren oder schon seit langer Zeit hingenommen wurden, widersprüchliches Verhalten darstellt (vgl. David Lachat, a.a.O., S. 735; SVIT-Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2008, N 37 zu Art. 271 OR; Roger Weber, Basler Kommentar, 4. Aufl., N 5 zu Art. 271/271a OR). Diese Ansicht überzeugt. Es ist in der Tat nicht ersichtlich, welchem schutzwürdigen Interesse eine Kündigung entsprechen könnte, die schlechthin ein Anwendungsfall des *venire contra factum proprium* darstellt; denn der Vermieter beruft sich in einem solchen Fall ja auf Umstände, von denen er im Zeitpunkt, in welchem er die Nutzung seiner Räumlichkeiten erlaubte, Kenntnis hatte.

5.2

5.2.1 Während der Rechtshängigkeit der Klage am Mietgericht erwarb der Beschwerdeführer am 6. Mai 2004 durch Schenkung das Eigentum an den Liegenschaften seines Vaters. In diesem Zeitpunkt gingen demnach die mit der Beschwerdeführerin am 30. Oktober 1996 und am 1. Juli 1999 abgeschlossenen Mietverträge mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten auf den Beschenkten (d. h. den Beschwerdeführer) über (vgl. Art. 261 Abs. 1 OR; BGE 127 III 273 E. 4c/aa).

5.2.2 Um die Begründetheit der erhobenen Rüge zu beurteilen, muss zunächst der zeitliche Ablauf einiger Tatsachen in Erinnerung gerufen werden:

Es wurde festgestellt (Art. 105 Abs. 1 BGG), dass der ursprüngliche Vermieter der Beschwerdeführerin am 30. Oktober 1996 Geschäftsräumlichkeiten zum Gebrauch eines Restaurants vermietete und dass die Beschwerdeführerin bereits zu dieser Zeit eine von April bis Oktober abends geöffnete Terrasse vor dem Gebäude betrieb, das an dasjenige angrenzt, in welchem die besagten Räume sich befinden. Der vormalige Vermieter wusste somit genau um den Gebrauch der von ihm vermieteten Räume. In diesem Zusammenhang ist es nach der Lebenserfahrung offensichtlich, dass der vormalige Vermieter wissen musste, dass die Anwesenheit von Kunden im Restaurant, die abends auf einer angrenzenden Terrasse Pizza essen, akustische Immissionen erzeugen konnte. Insbesondere muss dies für die gerade oberhalb der vermieteten Räume liegende Wohnung gelten.

Durch Mietvertrag vom 1. Juli 1999 überliess der vormalige Vermieter der Beschwerdeführerin noch einen anderen Raum im hinteren Teil des Gebäudes, in welchem letztere ihr öffentliches Restaurant betreibt.

Am 24. Juli 2001 gewährte das kantonale Verwaltungsgericht einer durch die Beschwerdeführerin erhobenen Beschwerde gegen eine Entscheidung der zuständigen Verwaltungsbehörde aufschiebende Wirkung. Die angefochtene Entscheidung hatte die auf 24.00 Uhr tagtäglich festgelegte Schliessungszeit der Terrasse auf 22.30 Uhr unter der Woche und 23.30 Uhr am Wochenende beschränkt. Das Gericht begründete diesen Zwischenentscheid mit dem Hinweis, dass der Betrieb der Terrasse bis anhin zu keinerlei Beschwerden aus der Nachbarschaft Anlass gegeben habe. Da sich niemand darüber beschwert hatte, ist zu folgern, dass die Anwesenheit von Gästen, die abends verschiedene Gerichte und Getränke auf der Terrasse und im Innern des Restaurants konsumierten, keine als übermässig zu qualifizierenden Immissionen erzeugte.

Im März 2002 richtete sich der Beschwerdeführer in einer Wohnung ein, welche direkt über den Räumen liegt, in welchen die Klägerin seit 1996 ein Restaurant betreibt, dessen Terrasse bis 24.00 Uhr geöffnet war. Unter diesen Umständen ist nicht vorstellbar, dass der Beschwerdeführer davon ausging, diese Wohnung befände sich an einem ruhigen Ort.

Am 16. April 2002 erlaubte die Verwaltungsbehörde der Beschwerdeführerin, den Restaurantbetrieb auf der Terrasse ganzjährig (und nicht bloss von April bis Oktober) zu betreiben.

Während der drei ersten Monate nach Bezug der Wohnung erfolgte keine Beschwerde des Beschwerdeführers gegenüber der Beschwerdeführerin aufgrund von Geruchs- oder akustischen Immissionen. Auch von anderen Mietern im gleichen Gebäude gingen keine Klagen wegen Immissionen aus dem Geschäftsbetrieb der Beschwerdeführerin ein.

Am 5. Juli 2002 kündigte der ursprüngliche Vermieter die zwei Mietverträge mit der Beschwerdeführerin und machte dabei namentlich geltend, die Bewohner der Liegenschaft würden durch die aus dem Geschäftsbetrieb der Beschwerdeführerin resultierenden Immissionen beeinträchtigt.

Nun hatte aber, wie man sieht, vor diesem Datum niemand der Beschwerdeführerin vorgeworfen, übermässige Immissionen zu verursachen.

Dieser Ablauf der Tatsachen zeigt, dass sich der Beschwerdeführer im März 2002 bewusst in einer Wohnung einmietete, von der er aufgrund ihrer Lage oberhalb des Restaurants wissen musste, dass sie – vereinzelt auch am Abend – Lärmimmissionen ausgesetzt sein würde. Diese Immissionen sind zudem vom Verwaltungsgericht als zumutbar erachtet worden, weil die fragliche Wohnung einen Aufenthaltsraum umfasst, der in einem ruhigen Bereich auf der Hinterseite des Gebäudes liegt.

Soweit die strittigen Kündigungen mit den aus dem Restaurantbetrieb der Beschwerdeführerin resultierenden Immissionen begründet wurden, gründen sie folglich auf Tatsachen, welche dem vormaligen Vermieter im Zeitpunkt des Abschlusses der Mietverträge bekannt waren. Die Vorinstanz hat daher kein Bundesrecht verletzt, als es die strittigen Kündigungen vom 5. Juli 2002 im Lichte von Art. 271 Abs. 1 OR als missbräuchlich qualifizierte.

Der Einwand ist daher abzuweisen.

6. Der Beschwerdeführer scheint dem Mietgericht und implizit auch der Vorinstanz vorzuwerfen, durch die Feststellung, dass die ausserordentliche Kündigung vom 17. März 2003 wirkungslos war, Art. 271 Abs. 1 OR verletzt zu haben.

Dieser Einwand stösst ins Leere. Die Beschwerdeführerin hatte die Kündigungen des Vermieters vom 5. Juli 2002 am 13. März 2003 beim zuständigen Mietgericht angefochten. Die ausserordentliche Kündigung vom 17. März 2003 wurde damit während eines mit dem Mietverhältnis zusammenhängenden Gerichtsverfahrens

ausgesprochen. Die ausserordentliche Kündigung vom 17. März 2007 war daher im Sinne von Art. 271 Abs. 1 lit. d OR anfechtbar.

7. (Abweisung der Beschwerde, Kosten.)»

3. Kommentar

1. Glaubhaftmachung des Kündigungsgrundes durch die kündigende Partei

Nach der Grundnorm von Art. 271 Abs. 1 OR ist eine gegen Treu und Glauben verstossende Kündigung anfechtbar. Eine Kündigung ist missbräuchlich, wenn sie nicht aus einem objektiven, ernstgemeinten und rechtlich schützenswerten Interesse erfolgt (BGE 4C.61/2005 = MRA 3/05, S. 115 ff.). Die Kündigung des Vermieters ist ausserdem missbräuchlich, wenn einer der Tatbestände von Art. 271a OR erfüllt ist.

Aus Art. 8 ZGB folgt der Grundsatz, dass die Missbräuchlichkeit der Kündigung vom Kündigungsempfänger zu beweisen ist (SVIT-Kommentar, 3. Auflage 2008, Art. 271 N. 38 mit weiteren Verweisen). Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts muss die kündigende Partei indes – trotz dieser Beweislastverteilung – in Anwendung von Art. 274d Abs. 3 OR zur Wahrheitsfindung beitragen, indem sie alle in ihrem Besitz befindlichen Beweisstücke zur Verfügung stellt, die für die Prüfung des von ihr behaupteten Kündigungsgrundes nötig sind (BGE 120 II 105 E. 3c S. 111). Mit anderen Worten hat die kündigende Partei den Kündigungsgrund zumindest glaubhaft zu machen (Urteile 4A.575/2008 vom 19. Februar 2009 E. 3.1 und 4A.345/2007 vom 8. Februar 2008 E. 2.4.3).

Zur Glaubhaftmachung einer behaupteten Tatsache genügt es grundsätzlich, wenn aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen der fraglichen Tatsache spricht (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 5 zu § 10 und N 8 zu § 148). Gemäss Guldener genügt es, wenn für das Vorhandensein der behaupteten Tatsache eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht, auch wenn der Richter damit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 323 N 27). Nach Vogel/Spühler ist eine Behauptung dann glaubhaft gemacht, wenn der Richter von ihrer Wahrheit zwar nicht völlig überzeugt ist, sie aber überwiegend für wahr hält, obwohl nicht alle Zweifel beseitigt sind (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006, § 41 N 26). Ferner wird gefordert, es sei auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen und an die Glaubhaftigkeit ein umso strengerer Massstab anzulegen, je einfacher es für die behauptende Partei wäre, über das Glaubhaftmachen hinaus sogar den strikten Beweis zu führen (Kass.-Nr. 93/296 Z, Entscheid vom 3. Dezember 1993 i.S. K.c.K.-K. mit Verweis auf ZR 85 Nr. 80).

Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung – welche Zustimmung verdient – auch im kommentierten Entscheid bestätigt. Nach der vorliegend vertretenen Meinung dürfen indes an die Glaubhaftmachung des Kündigungsgrundes durch die

kündigende Partei keine zu hohen Anforderungen gestellt werden, zumal dies im Resultat zu einer unzulässigen Beweislastumkehr führen würde. Es muss damit genügen, dass aufgrund der von der kündigenden Partei vorgelegten Beweismittel für das Vorhandensein des behaupteten Kündigungsgrundes eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht. Weitergehende Anforderungen an die Glaubhaftmachung des Kündigungsgrundes verstossen gegen Art. 8 ZGB und den Grundsatz von Treu und Glauben.

2. Kündigung wegen Eigenbedarfs

Der Beschwerdeführer hat die Kündigungen u.a. mit Eigenbedarf begründet. Eigenbedarf war nach Auffassung der Vorinstanz, die sich auf eine Würdigung verschiedener Beweise (u.a. zwei vom Vermieter angerufene Zeugen) stützte, durch den Beschwerdeführer nicht einmal glaubhaft gemacht worden. Diese Beweiswürdigung durch die Vorinstanz entzog sich – unter Vorbehalt der Willkür (Art. 9 BV) – der Prüfung durch das Bundesgericht. Der Beschwerdeführer hat es unterlassen, vor Bundesgericht die Beweiswürdigung durch die Vorinstanz substantiiert als unhaltbar zu rügen.

3. Kündigung wegen Lärmimmissionen

Der zweite vom Beschwerdeführer angerufene Kündigungsgrund betraf Lärm- und Geruchsmissionen aus dem Geschäftsbetrieb der Mieterin. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang die in der Lehre vertretene Auffassung bestätigt, wonach eine Kündigung wegen Umständen, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bekannt waren oder schon seit langer Zeit hingenommen wurden, widersprüchliches Verhalten darstellt und daher nicht zu schützen ist (vgl. David Lachat, a.o., S. 735; SVIT-Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2008, N 37 zu Art. 271 OR; Roger Weber, Basler Kommentar, 4. Aufl., N 5 zu Art. 271/271a OR). Es kam im beurteilten Fall zum Schluss, die entsprechenden Immissionen seien der Vermieter-schaft bereits im Zeitpunkt des Abschlusses der Mietverträge bekannt gewesen. Die Vorinstanz habe daher kein Bundesrecht verletzt, als sie die strittigen Kündigungen im Lichte von Art. 271 Abs. 1 OR als missbräuchlich qualifiziert habe.

Aus dem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalt ergibt sich, dass die Mieterin bei Mietbeginn den Restaurantbetrieb auf der Terrasse bloss von April bis Oktober betrieben hat. Rund drei Jahre nach Mietbeginn nahm die Mieterin einen ganzjährigen Betrieb des Restaurants auf der Terrasse auf. Es ist davon auszugehen, dass mit dem ganzjährigen Betrieb des Restaurants auf der Terrasse die Lärmimmissionen – wenn auch nicht in unzumutbarem Mass – zugenommen haben. Die Verhältnisse haben sich damit seit Mietbeginn verändert und es kann mithin nicht ohne Weiteres angenommen werden, die tatsächlich im Zeitpunkt der Kündigung der Mietverhältnisse vorhandenen Immissionen seien bei Abschluss der Mietverträge bekannt gewesen. Wohl hat das Bundesgericht im Urteil 4A_43/2009 vom 1. April 2009 (ins Deutsche übertragen zur Publikation vorgehen in MRA 4/09) bezüglich der Umgebung der Mietsache erkannt, dass die Parteien eines Mietvertrages im Laufe der Zeit mit einer Veränderung rechnen müssen, weshalb eine Verschlechterung der Verhältnisse nicht ohne Weiteres einen Mangel darstelle. Mit Bezug auf eine ordentliche Kündigung verhält es sich indes

sen anders: Jede Partei kann eine Veränderung dieser Verhältnisse zum Anlass nehmen, das Mietverhältnis deswegen aufzulösen, solange diese Kündigung nicht aus anderen Gründen gegen Treu und Glauben im Sinne von Art. 271 OR verstösst oder die Immissionen bloss als vorgeschobener Kündigungsgrund erkannt werden.

Ferner ist die Aussage des Bundesgerichts problematisch, wonach sämtliche dem Vermieter im Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses bekannten, aus dem Geschäftsbetrieb eines Mieters resultierenden Immissionen einer künftigen ordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses entgegenstehen. Zu denken ist an Fälle, in denen im Laufe der Zeit die Interessen der Vermieterschaft und der übrigen Nutzer einer Liegenschaft ändern und sachliche und vernünftige Gründe für eine entsprechende Kündigung sprechen. So können die aus dem Betrieb einer Autowerkstätte resultierenden Immissionen – in einer Liegenschaft, in welcher sich im Laufe der Zeit zunehmend Dienstleistungsunternehmen wie etwa Arztpraxen, Anwaltskanzleien etc. einmieten – aufgrund der veränderten Verhältnisse als störend empfunden werden und daher eine ordentliche Kündigung des Mietvertrages mit dem Betreiber der Autowerkstätte rechtfertigen. Die apodiktische Aussage des Bundesgerichts und eines Teils der Lehre, wonach eine Kündigung nicht mit Tatsachen begründet werden könne, welche bei Mietvertragsabschluss bereits bekannt waren, kann daher nicht generell gelten. Wenn entsprechende (Lärm- und Geruchs-)Immissionen aus dem Geschäftsbetrieb eines Mieters durch die Vermieterschaft nicht bloss vorgeschoben werden (wofür im vorliegenden Fall allerdings wohl einiges spricht), dann stellen sie ein valables (und damit nicht missbräuchliches) Motiv für eine Kündigung dar; und zwar unabhängig davon, ob der Vermieter bei Vertragschluss Kenntnis von den Immissionen hatte bzw. die Immissionen im Kündigungszeitpunkt objektiv als unzumutbar zu qualifizieren sind (z.B. weil die einschlägigen öffentlich-rechtlichen Immissionsvorschriften nicht eingehalten werden) oder nicht.

4. Zulässigkeit der ausserordentlichen Kündigung

Problematisch ist auch die Auffassung des Bundesgerichts, die zweite vom Vermieter ausgesprochene – und mit Art. 257f OR begründete ausserordentliche Kündigung – sei schon deshalb anfechtbar, weil sie während eines hängigen Schlichtungsverfahrens ausgesprochen wurde. Art. 271a Abs. 3 Bst. c OR bestimmt ausdrücklich, dass eine auf 257f OR gestützte Kündigung auch während eines Schlichtungsverfahrens oder während der dadurch ausgelösten Sperrfrist zulässig ist. Die Vorinstanz hatte diese Kündigung denn auch nicht wegen Missbräuchlichkeit aufgehoben, sondern wegen ihrer Unwirksamkeit, was einleuchtet: Wenn die geltend gemachten Lärmimmissionen nicht unzumutbar waren, rechtfertigten sie auch keine ausserordentliche Kündigung. Die Argumentation des Bundesgerichts lässt sich demgegenüber nicht mit Art. 271a Abs. 3 Bst. c OR vereinbaren.