

## **ANSPRÜCHE VON MIETERN UND VERMIETERN BEI STÖRUNGEN DURCH BENACHBARTE MIETER**

*Bei der Wohn- und Geschäftsraummiete kann es zu Störungen von Mietern (und Vermietern) durch Nachbarn kommen, die nicht Grundeigentümer sind, sondern Mieter eines anderen Grundeigentümers. Diese Störungen können etwa durch einen Gewerbebetrieb, durch Umbauten oder durch übermässigen Lärm zu Nachtzeiten und an Sonntagen erfolgen. Behandelt werden die Ansprüche (i) des gestörten Mieters gegenüber seinem eigenen Vermieter, gegenüber dem benachbarten Mieter und gegenüber dessen Vermieter sowie (ii) des Vermieters des gestörten Mieters gegenüber dem benachbarten Mieter und gegenüber dessen Vermieter.*

von PD Dr. Peter Reetz, Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, WENGER PLATTNER Rechtsanwälte, Küsnacht/Zürich

### **I. EINFÜHRUNG/FRAGESTELLUNG/EINGRENZUNG DES THEMAS**

- 1 Immissionen verschiedenster Art prägen unseren Alltag und werden teilweise gar nicht mehr im Einzelnen wahrgenommen. So gehört es etwa zur Normalität einer Stadt, dass das Strassenbild von Baustellen geprägt ist und der (immer stärker zunehmende) Verkehr ist kaum mehr wegzudenken. Gerade aber das nachbarschaftliche Verhältnis ist geprägt von gegenseitigen Einwirkungen in die eigene räumliche Sphäre, von denen es in der Regel kein Entrinnen gibt, die aber den (subjektiven) Toleranzbereich überschreiten und daher als störend empfunden werden. Der folgende **Einstiegsfall** soll die Problematik verdeutlichen:

*Ein Mieter (Mieter 1) fühlt sich durch ein Bauvorhaben in benachbarten Geschäftsmieträumlichkeiten gestört. Das (nach Auffassung des Mieters 1 lästige Immissionen verursachende) Bauvorhaben führt aber nicht der benachbarte Grundeigentümer selbst aus, sondern dessen Mieter (Mieter 2), der einen umfangreichen Mieterausbau tätigt. Dagegen will sich der durch Baulärm, Staub, Schmutz und die mit dem Bauvorhaben einhergehenden Zugangshindernisse gestörte (benachbarte) Mieter 1 auf rechtlichem Weg wehren.*

- 2 Die Frage, **welche Rechtsbehelfe** dem Mieter 1 aufgrund von Immissionen des Mieters 2 (Mieter des benachbarten Grundstücks) offen stehen und welche Ansprüche die übrigen Beteiligten, d.h. die beiden Vermieter/Grundeigentümer gel-

tend machen können, ist Gegenstand dieses Beitrages; darauf wird nach einigen terminologischen Erläuterungen (II., Rz. 4 ff.) eingegangen.

- 3 Nur am Rande zur Sprache kommt in diesem Beitrag die Thematik von **Immissionen durch die öffentliche Hand** (vgl. Rz. 12). Es ist daher an dieser Stelle auf die folgende Literatur zu verweisen: ANDREAS BRUNNER, Störungen der Mieterinnen und Mieter durch Immissionen, insbesondere Bau- und Verkehrslärm (zivil- und öffentlichrechtliche Rechtsbehelfe und deren Durchsetzung), in mp 3/00, S. 97–118; DANIEL GEBHARDT, Abwehrrechte und Entschädigungen bei Baustellen, in URP 2002, S. 387 ff.; TOBIAS JAAG, Öffentliches Entschädigungsrecht: Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen verschiedener Formen öffentlichrechtlicher Entschädigungen, in ZBl 1997, S. 145 ff.

## II. TERMINOLOGIE

### 1. Immissionen

#### a. Definition

- 4 Immissionsrechtliche Fragestellungen und Probleme können nicht nur im Bereich von **nachbarrechtlichen und mietrechtlichen Verhältnissen** auftreten; vielmehr sind sie ebenso im **Umweltrecht und im Enteignungsrecht** anzutreffen. Dementsprechend gibt es keine einheitliche Definition für den Begriff der Immissionen, da dieser je nach Rechtsgebiet variieren kann. Im Allgemeinen lässt sich aber sagen, dass Immissionen in etwa mit (subjektiv regelmässig als störend empfundenen) "Einwirkungen" gleichgesetzt werden können, während die einzelnen Rechtsgebiete selbst festlegen, welche Arten von Einwirkungen von ihrem jeweils eigenen Immissionsbegriff umfasst sind. Im vorliegenden Beitrag sind der sachen- und der mietrechtliche Immissionsbegriff von Relevanz, welche wie folgt umschrieben werden können:

- 5 Der Begriff der **Immissionen im Sinne des Sachenrechts** ist in Art. 684 ZGB geregelt. Nach dieser Bestimmung ist unter Einwirkungen alles zu verstehen, "was sich als eine nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge unwillkürliche Folge eines mit der *Benutzung eines anderen Grundstückes* adäquat kausal zusammenhängenden *menschlichen Verhaltens* auf dem betroffenen Grundstück auswirkt" (BK-MEIER-HAYOZ, N 67 zu Art. 684 ZGB; Kursivdruck hinzugefügt). Nicht

erfasst von Art. 684 ZGB werden dagegen die direkten Einwirkungen, welche in die Substanz des betroffenen Grundstückes eingreifen; diese beurteilen sich vielmehr nach besonderen gesetzlichen (z.B. Art. 694–696 ZGB) oder rechtsgeschäftlichen Bestimmungen oder dann aber nach Art. 641 Abs. 2 ZGB (SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Sachenrecht, 3. Auflage, Zürich 2009, N 962). Der sachenrechtliche Immissionsbegriff kann demnach kurz zusammengefasst "als indirekte Wirkung, welche die Ausübung des [Grund-]Eigentums auf ein Nachbargrundstück haben kann" (BGE 122 II 349 ff. E. 4b; 121 II 317 E. 4b; SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, a.a.O., N 949), verstanden werden. Vgl. zum nachbarrechtlichen Immissionsbegriff auch **Art. 684 Abs. 2 neuZGB** (noch nicht in Kraft), wo die in der Praxis wichtigsten Immissionsfälle illustrativ aufgelistet werden und wo es wie folgt heisst [Kursivdruck hinzugefügt]: "Verboten sind insbesondere alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen durch *Luftverunreinigung, üblen Geruch, Lärm, Schall, Erschütterung, Strahlung oder durch den Entzug von Besonnung oder Tageslicht.*"

- 6 Demgegenüber gibt es im **Mietrecht keine Legaldefinition des Immissionsbegriffes**. Nachdem das Bundesgericht unter dem alten Mietrecht noch die im Sachenrecht geltenden (vorstehend genannten) Grundsätze angewendet hat, besteht heute keine klare höchstrichterliche Rechtsprechung (mehr), vgl. Rz. 17 ff. Dagegen geht die heute herrschende Lehre davon aus, dass es für die Beurteilung einer mietrechtlich relevanten Immission grundsätzlich auf das *Vertragsverhältnis* ankomme. Für die Einzelheiten ist an dieser Stelle auf die Ausführungen unter Rz. 17 ff. zu verweisen.

b. *Arten*

- 7 (i) Von **positiven Immissionen** spricht man bei Einwirkungen, welche (unerwünschte) Zuführungen von festen Objekten, flüssigen oder gasförmigen Stoffen beinhalten (z.B. Staub- und Raucheinwirkungen) oder bei anderen unerwünschten Formen von Energieübertragung auf das Nachbargrundstück (etwa Lärm und Erschütterungen; vgl. BGE 126 III 456).
- 8 Um (ii) **negative Immissionen** handelt es sich, wenn dem Nachbargrundstück die Zuführung von Stoffen, Passanten vor einem Ladengeschäft (BGE 114 II 235 f.; 91 II 100 ff.; 83 II 375) und von Energien (Licht, Luft, Wind) verunmöglicht wird oder wenn ideelle Eindrücke (z.B. Aussicht) durch den Nachbarn behindert werden. Dies bedeutet, dass stets negative Immissionen vorliegen, wenn (an

sich erwünschte) Einwirkungen vom Nachbarn ferngehalten oder ihm entzogen werden.

- 9 Nach der bisherigen Bundesgerichtspraxis und der überwiegenden Lehrmeinung (BSK-HONSELL/VOGT/GEISER, N 181 zu Art. 684 ZGB) wurden die negativen Immissionen nicht als Einwirkungen im Sinne von Art. 684 ZGB qualifiziert, sondern dem in Art. 686 und 688 ZGB vorbehaltenen kantonalen Recht unterstellt. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat lediglich bei negativen Immissionen zufolge einer Bautätigkeit (Behinderung des Zuganges von Passanten und Kunden zu Ladengeschäften) einen *Schadenersatzanspruch* gewährt; dies unter der Voraussetzung, dass die (unvermeidbaren) Einwirkungen übermässig sind und die Schädigung beträchtlich ist (BGE 114 II 230 ff.; vgl. dazu Art. 679a neuZGB, noch nicht in Kraft). Im Grundsatzentscheid BGE 126 III 452 ff. ist diese Rechtsprechung dahingehend geändert worden, dass **Art. 684 ZGB auch negative Immissionen wie beispielsweise Lichtentzug und Schattenwurf umfasst** (ebenso bzw. diese Praxis kodifizierend: Art. 684 Abs. 2 neuZGB, noch nicht in Kraft). Das Bundesgericht hat seinen Entscheid damit begründet, dass Sinn und Zweck des Gesetzes dafür sprechen, dass negative Immissionen genau gleich wie positive Immissionen von Art. 684 ZGB erfasst werden und zudem Lichtentzug und Schattenwurf ebenso lästig sein können wie die in Art. 684 Abs. 2 ZGB beispielhaften erwähnten Immissionen. Ein neuerer unpublizierter Bundesgerichtsentscheid hat sogar festgestellt, dass der Entzug einer schönen Seesicht durch eine meterhohe "mauerähnliche" Thujahecke, auch wenn sie den einschlägigen (kantonalen) Abstandsvorschriften entspricht, dennoch unter den Immissionsschutz nach Art. 684 ZGB fällt (BGer. 5A\_415/2008).
- 10 Zu (iii) den **materiellen Immissionen** gehören die in Art. 684 Abs. 2 ZGB beispielhaft aufgezählten Einwirkungen durch Rauch, Russ, lästige Dünste, Lärm oder Erschütterungen, die allgemein *physischer bzw. körperlicher Art* sind. Auch das Eindringen von Personen von der einen auf eine andere Liegenschaft ist zu den materiellen Immissionen zu zählen, wie bspw. das Betreten eines Nachbargrundstücks durch drogenspritzende Drogenabhängige und -händler (BGE 119 II 415 ff.; BSK-HONSELL/VOGT/GEISER, N 27 zu Art. 684 ZGB).
- 11 Bei (iv) **ideellen Immissionen** handelt es sich um Zustände oder Handlungen, welche das *seelische Empfinden der Nachbarn verletzen und unangenehme psychische Eindrücke* – wie beispielsweise Ekel, Abscheu oder Angst – *erwecken* (BGE 108 Ia 144). Dies bedeutet, dass diese Einwirkungen im Gegensatz zu den materiellen Immissionen nicht physischer Art und damit nicht "greifbar" sind.

Das Bundesgericht hat etwa die folgenden Fälle als unzulässige ideelle Immission qualifiziert: Betrieb eines Schlachthauses in der Nachbarschaft (BGE 84 II 85), Betrieb eines Erotik-Etablissements in einer Stockwerkeigentumseinheit (BGer. 5C.81/1999 vom 1.7.1999 = Pra 1999 Nr. 189, 981 ff.) oder bspw. das Aufstellen einer auffällig skurrilen Eisenplastik (Metzler-Statue) auf dem Terrassenrand (BGer. 5C.218/1990).

- 12 Als (v) **vermeidbare Immissionen** gelten – in Abgrenzung zu den unvermeidbaren Immissionen – diejenigen Einwirkungen, die abwendbar sind wie beispielsweise Lärm aus einer Wohnung (welcher regelmässig ohne besondere Anstrengungen reduziert werden kann). Dies bedeutet, dass diese Immissionen durch alternative Lösungen verhindert werden können. Dagegen sind (vi) die **unvermeidbaren Immissionen** zu denjenigen Einwirkungen zu zählen, bei denen zwar alle notwendigen und (auch finanziell) zumutbaren Massnahmen durch den Verursacher getroffen wurden, eine (gewisse) Immission indes trotzdem nicht vermieden werden kann, was typischerweise bei Bauvorhaben der Fall ist (da etwa ohne Beanspruchung von – Lärm verursachenden – Baumaschinen grössere Bauvorhaben schlicht nicht verwirklicht werden könnten). Im *Nachbarrecht* spielt es dabei für die jeweiligen Rechtsbehelfe grundsätzlich keine Rolle, ob eine bestimmte Immission vermeidbar war oder nicht (einen Ausnahmetatbestand dazu bilden indes die Baustellenimmissionen, vgl. dazu Rz. 55 f.). Dagegen setzen bestimmte Mängelrechte im *Mietrecht* voraus, dass der Mangel, d.h. die Immission, durch den Vermieter überhaupt beseitigbar und die Immission damit vermeidbar ist (vgl. dazu auch nachstehende Rz. 30 f.). Die Unterscheidung von vermeidbaren und nicht vermeidbaren Immissionen hat aber insbesondere dort ihre Relevanz, wo es sich um eine **Störung durch ein öffentliches Werk** handelt: Sofern es sich im konkreten Fall um *unvermeidbare Immissionen* handelt, die vom Enteignungsrecht erfasst sind, ist der Enteignungsrichter zur Beurteilung eines Anspruches auf Entschädigung für die Enteignung von nachbarrechtlichen Abwehransprüchen (Art. 5 Abs. 1 EntG) zuständig; die nachbarrechtlichen Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadenersatzansprüche gemäss Art. 679 ZGB stehen diesfalls (da übermässige, unvermeidbare, von einem öffentlichen Werk ausgehende Immissionen zu dulden sind) nicht zur Verfügung (BGer. 5P.232/2006 E. 3.2). Sind die Immissionen dagegen *vermeidbar*, hat sich der gestörte Nachbar mangels öffentlichem Interesse an einer Duldungspflicht an den Zivilrichter zu wenden.

- 13 Die *Immissionen sind in der Praxis regelmässig von einer gewissen Dauer* (beispielsweise Industrielärm), da die (Grund-)Eigentumsüberschreitung meistens auf einen dauernden Zustand oder eine periodische Erscheinung auf dem Grundstück, von welchem die Immissionen herrühren, zurückzuführen ist und da in der Regel nur eine gewisse Kontinuität zu einer (rechtlich relevanten) Beeinträchtigung des Nachbarn führt (bspw. Entzug von Sonne durch Schattenwurf von Bäumen, vgl. BK-MEIER-HAYOZ, N 92 zu Art. 679 ZGB). Allerdings können in eher seltenen Fällen auch kurzfristige, ja sogar (vii) **einmalige übermässige Einwirkungen**, so z.B. das Entweichen von giftigen Gasen, die Voraussetzungen von Art. 679 i.V.m. 684 ZGB oder von mietrechtlichen Rechtsbehelfen (insb. Mietzinsherabsetzungsanspruch nach Art. 259d OR) erfüllen.

## 2. Nachbar

- 14 Nachbar im Sinne von Art. 684 ZGB "ist jeder Eigentümer oder Besitzer eines Grundstücks in näherer oder weiterer Entfernung, das von einer Immission, verursacht durch eine bestimmte Grundstücksnutzung, betroffen wird" (BGE 109 II 304; HEINZ REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. Aufl., Bern 2007, N 1105; BSK-HONSELL/VOGT/GEISER, N 20 zu Art. 684; BK-MEIER-HAYOZ, N 184 zu Art. 684 ZGB). Daraus ergibt sich, dass der **Begriff Nachbar weit ausgelegt** wird: So sind Nachbarn nach Art. 684 ZGB nicht nur Eigentümer von Grundstücken, die gemäss Grundbuch (vgl. Art. 942 Abs. 2 ZGB) aneinander grenzen, sondern es *genügt schon die räumliche Betroffenheit einer Person* (BGE 121 II 317). Als Nachbarn sind aber auch Stockwerkeigentümer zu betrachten, da die jeweiligen Miteigentumsanteile der gesamten Liegenschaft gemäss Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB und Art. 943 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB als Grundstücke bezeichnet werden und nach Lehre und Rechtsprechung als nachbarschaftliche Grundstücke gemäss Art. 679 ZGB gelten.
- 15 Insbesondere beim Anspruch nach Art. 679 i.V.m. 684 ZGB spielt der **Begriff des Nachbarn** eine zentrale Rolle. Indes ist dieser Begriff auch im **Mietrecht** bei Art. 257f OR zu beachten (vgl. Art. 257f Abs. 2 OR, wo die – den Mietvertrag ergänzende – Pflicht des Mieters einer unbeweglichen Sache zur Rücksichtnahme auf Hausbewohner und Nachbarn statuiert wird).

### III. DIE ANSPRÜCHE DES GESTÖRTEN MIETERS GEGEN SEINEN VERMIETER

#### 1. Zentrale Anspruchsgrundlage: Mängelrechte nach Mietrecht (Art. 258 OR und Art. 259a ff. OR)

##### a. Übersicht

16 Soweit das Mietobjekt einen immissionsbedingten Mangel aufweist (vgl. dazu sogleich Rz. 17 ff.), stehen dem Mieter gegenüber seinem Vermieter die – auch bei den "übrigen" Mängeln bestehenden – **Rechte nach Art. 258 OR oder Art. 259a ff. OR** zur Verfügung (die Anwendbarkeit von Art. 258 OR oder Art. 259a ff. OR bestimmt sich danach, zu welchem Zeitpunkt die Mängel auftreten, wie sich aus den Marginalien der entsprechenden Bestimmungen [vor Art. 258 OR und Art. 259 OR] ergibt). Der Mieter hat danach zunächst den *Mangel (im Sinne einer Obliegenheit) anzuzeigen* und kann sich schliesslich auf ein bestimmtes Mängelrecht oder (kumulativ) mehrere Mängelrechte berufen. Bei Immissionen steht dabei in der **Praxis die Mietzinsherabsetzung nach Art. 259d OR im Vordergrund**.

##### b. Der immissionsbedingte Mangel

17 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass (längst) nicht jede (unerwünschte) Immission per se auch einen Mangel im Sinne des Mietrechts darstellt. Bei der Frage, welche Kriterien zur Beurteilung eines immissionsbedingten Mangels (im Sinne des Mietrechts) heranzuziehen sind, sind sich **Lehre und Rechtsprechung nicht einig**. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist dabei nicht einheitlich: Gelegentlich werden die Grundsätze des Nachbarrechts (in Fortführung der zum alten Mietrecht entwickelten Rechtsprechung, wonach die Prinzipien von Art. 679 und Art. 684 ZGB analog anzuwenden sind, BGer. vom 24. September 1985 in Semjud 108/1986, S. 195 ff.) auch im Mietrecht analog angewendet (BGer. 5C.117/2005, unklar: BGer. 4C.219/2005). Dies hat dann zur Folge, dass auch im Mietrecht insbesondere die Kriterien (i) Schädlichkeit, (ii) Lage, (iii) Beschaffenheit der Grundstücke und (iv) Ortsgebrauch massgebend sind (BGer. 5A\_415/2008). In anderen Fällen hat indes das Bundesgericht auch davon abgesehen, die nachbarrechtlichen Grundsätze im Mietrecht analog anzuwenden (BGer. 4C.377/2004).

- 18 Indes **lehnt die überwiegende Lehre eine analoge Anwendung des Nachbarrechts im Rahmen der mietrechtlichen Beurteilung von Immissionen ab**: Zu Recht weist die Lehre daraufhin, dass in einem *Mietverhältnis die Toleranzgrenzen der (zulässigen) Immissionen individuell (vertraglich) geregelt werden* (allenfalls auch stillschweigend), weshalb primär der (allenfalls durch normative Vertragsauslegung objektivierte) *Parteiwille zu beachten* ist. So können (bei entsprechender Vereinbarung) zur Bestimmung der Mangelhaftigkeit des Mietobjektes selbst äusserst sensible Lärmtoleranzen massgebend sein (etwa wenn vertraglich ein ausgeprägtes Ruhebedürfnis abgesichert wurde), während im *Nachbarrecht eben gerade keine vertragliche Grundlagen bestehen*, weshalb dort dem Gericht ein grosser Ermessensspielraum eingeräumt wird und sich teilweise ganz andere Kriterien finden, die im Mietverhältnis gerade nicht massgebend sind. Verallgemeinernd könne daher ein Zusammenhang zwischen einem immissionsbedingten Mangel (gemäss Mietrecht) und der Übermässigkeit einer Immission (gemäss Nachbarrecht) nicht hergestellt werden. Es sei vielmehr in concreto zu beurteilen, ob eine bestimmte Immission unter den Mangelbegriff nach Art. 256 Abs. 1 OR bzw. Art. 258 OR und Art. 259a ff. OR fällt, d.h. nicht dem vorausgesetzten Gebrauch des Mietobjektes entspricht bzw. – anders ausgedrückt – ob der Mieter durch die Immissionen im vertragsgemässen Gebrauch (gemäss Mietvertrag) gestört wird (Art. 259a Abs. 1 OR). Unter dem vorausgesetzten Gebrauch ist demnach der Gebrauch bzw. die Nutzung des Mietobjektes zu verstehen, welche der Mieter gemäss den (vertraglichen) Vereinbarungen mit dem Vermieter und den Umständen voraussetzen bzw. erwarten darf (BGer. 4C.168/2001; ZK-HIGI, N 13 ff. zu Art. 256 OR und N 43 zu Art. 258 OR; vgl. auch BSK-WEBER/ZIHLMANN, N 1 zu Art. 258 OR und BERNARD CORBOZ, Les défauts de la chose louée, SJ 101/1979, S. 129 ff. [S. 131 f.]).
- 19 In erster Linie wird daher im Mietrecht – im Unterschied zum Nachbarrecht – (i) der **Mietvertrag** (bzw. der darin verkörperte Parteiwille) **Aufschluss zu geben haben**, welches Mass an Immissionsfreiheit (speziell) vereinbart worden ist. Den Parteien steht es (im Rahmen von Art. 19 OR) frei, persönliche Umstände des Mieters, wie bspw. Geschäftstätigkeit zu Hause, besondere Lärmsensibilität, Bedürfnis nach Aussicht etc. bezüglich des vom Vermieter geschuldeten Zustandes des Mietobjektes zu berücksichtigen. Erst wenn die Parteien hinsichtlich der Immissionstoleranz keine (spezielle, konkrete) Regelung getroffen haben, wird sich diese (ii) aus dem "**vorausgesetzten Gebrauch**" ergeben. Mit anderen Worten muss dann gefragt werden, ob die (nach dem Mietvertrag vorausgesetzte) Gebrauchstauglichkeit des Mietobjektes durch eine strittige Immission beein-

trächtig wird. Die Gebrauchstauglichkeit ergibt sich in erster Linie aus den für die (konkrete) Miete immanenten Kriterien wie bspw. Wohn-, Schlaf-, Privatsphären- oder Arbeitstauglichkeit (d.h. die typischerweise bei einer Mietwohnung stillschweigend mitverstandenen Teilnutzungen oder Gebrauchssituationen). Es werden aber in Lehre und Rechtsprechung auch weitere – teilweise aus dem Nachbarrecht entwickelte – Kriterien wie bspw. (iii) **Lage und Beschaffenheit des Mietobjektes**, (iv) **Höhe des Mietzinses** (BGer. 4C.81/1997, 4C.368/2004; kontrovers dagegen die Lehre: vgl. MATTHIAS TSCHUDI, Mietrechtliche Probleme bei Immissionen als Folge von Umgebungsveränderungen, Diss. Freiburg 2005, S. 68 ff.; BSK-WEBER N 4 zu Art. 256 OR), (v) **Umgebung**, (vi) **Ortsgebrauch** usw. herangezogen, um den (mietvertraglich) vorausgesetzten Gebrauch zu bestimmen (womit allenfalls auch Kriterien eine Rolle spielen können, die ihrer Natur nach im Nachbarrecht fassen). Zurückkommend auf den eingangs (vgl. Rz. 1) erwähnten Fall ist daher die nachbarschaftliche Grossbaustelle, die zu Erschütterungen und Lärm in der Mietwohnung führt und daher ein *mit dem Wohnen einhergehendes minimales Bedürfnis an Ruhe und an privatem Dasein nicht mehr gewährleistet* (da etwa das Verweilen auf dem Gartensitzplatz aufgrund des Lärms und der Staubpartikel nicht oder nur zeitweise möglich ist), regelmässig nicht mehr mit dem vorausgesetzten Gebrauch des Mietobjektes vereinbar. Demgegenüber sind *Strassen- und Eisenbahnlärm, Kindergeschrei oder das wöchentliche Rasenmähen des Nachbarn als in Kauf zunehmende Alltagsgeräusche zu qualifizieren* und stellen keinen Mangel dar. Überdies gilt: *Nicht jede Lärmbelästigung und nicht jeder Verlust an Wohnkomfort bewirkt unbedingt einen Mangel* (BGer. 4A\_43/2009). Hierfür sind zusätzliche Unannehmlichkeiten gefordert, die eine übliche Toleranzschwelle überschreiten, bspw. besonders lärmige Nachbarn, ein besonderes störender Zeitpunkt der Immission usw. (BGer. 4C.368/2004).

- 20 Kritischer sind jene Fälle zu beurteilen, bei welchen es um einen **bestimmten Standortvorteil** (bspw. Ruhe, Aussicht und Verkehrsfreiheit) geht, der den Mieter auch dazu veranlasst hat, einen höheren Mietzins zu bezahlen. *Häufig wird ein infolge Immissionen (bloss) verminderter Standortvorteil den vorausgesetzten Gebrauch des Mietobjektes nicht stören*, weshalb sich der Mieter diesfalls nicht auf die Mängelrechte berufen kann. Es ist den Parteien (d.h. hier dem Mieter) daher zu empfehlen, solche Standortvorteile vertraglich abzusichern und zum (vertraglich) geschuldeten Zustand des Mietobjektes zu erheben. Gegenteilig dürfte die Frage indes dann beantwortet und *Mängelrechte dürften dann gewährt werden*, wenn sich gemietete Geschäftsräumlichkeiten an einer besonders

attraktiven Passantenlage befinden oder etwa dann, wenn eine besonders schöne Aussicht in schwerwiegender Weise eingeschränkt wird oder wenn das Nachbargrundstück aufgrund einer besonderen Nutzungsart auf die Aussicht angewiesen ist wie bspw. bei einem Hotelbetrieb (sinngemäss auch BGer. 5A\_415/2008).

- 21 Zu beachten ist, dass zwischen den *speziell (im Mietvertrag) vereinbarten Immissionstoleranzen einerseits und der schlichten Gebrauchstauglichkeit andererseits* bei **Mietverhältnissen über Wohn- oder Geschäftsräume** ein *wesentlicher Unterschied besteht*, soweit es um die Mängelrechte geht: (Speziell vereinbarte) Immissionstoleranzen kommen infolge der Vertragsautonomie zustande und daher kann die Haftung des Vermieters für den Fall, dass die vereinbarte (zugesicherte) Immissionsfreiheit später aus irgend einem Grund gestört werden sollte, wegbedungen werden (womit zwar der Vertrag verletzt wäre, indes keine oder nur eine eingeschränkte Haftung besteht – letzteres etwa, wenn die Schadenersatzpflicht des Vermieters auf einen bestimmten Betrag limitiert wird). Demgegenüber kann die *Haftung für Immissionen, welche die vorausgesetzte Gebrauchstauglichkeit für Wohn- oder Geschäftsräume stören, nicht wegbedungen werden*, da es sich hierbei um zwingendes Recht handelt (Art. 256 Abs. 2 lit. b OR; MATTHIAS TSCHUDI, Tagungsbeitrag Mietrechtspraxis 2008; ausführlich: SVIT-Kommentar, N 1 zu Art. 259d OR).

*c. Die einzelnen Rechtsbehelfe des Mieters*

- 22 Im Folgenden werden die sich aus dem Mietrecht ergebenden, immissionsbedingten Mängelrechte des Mieters zunächst allgemein erläutert und alsdann anhand einiger Spezialkonstellationen verdeutlicht:

*aa) Herabsetzungsanspruch des Mieters nach Art. 259d OR*

- 23 Grundsätzlich stehen dem Mieter sämtliche Mängelrechte zu, wobei von diesem Grundsatz je nach Mangel Abweichungen möglich sind (vgl. Rz. 30 f.). Dabei kommt dem **Herabsetzungsanspruch nach Art. 259d OR** in der Praxis die grösste Bedeutung zu, weshalb er nachstehend auch eingehender behandelt wird. Der Herabsetzungsanspruch dient dabei im Ergebnis zur *Wiederherstellung des Gleichgewichtes zwischen den vertraglichen Leistungen* (nämlich Gebrauchsüberlassungspflicht einerseits und Mietzinszahlungspflicht andererseits). Voraussetzung des Herabsetzungsanspruches – wie im Übrigen auch aller anderen Mängelrechte – ist, dass der Mieter den Mangel dem Vermieter anzeigt, sofern der Vermieter davon nicht bereits anderweitig Kenntnis erhalten hat; eine ei-

gentliche Mängelrüge, wie sie aus dem Kauf- und Werkvertragsrecht bekannt ist, ist nicht erforderlich (Kommentar von HANS BÄTTIG zu BGer. 4C.11/2006, in MRA 1/07, S. 40). Immerhin genügt es aber nach der hier vertretenen Auffassung nicht, dass der Vermieter lediglich Kenntnis einer benachbarten Baustelle hat. Vielmehr ist erforderlich, dass der Vermieter darüber informiert ist, dass "die Bauarbeiten Immissionen verursachen, die über das vom Mieter [gemäss konkretem Vertrag] zu tolerierende Ausmass hinausgehen" (Urteil des Mietgerichts Zürich vom 10. November 1999, in MRA 2/2000, S. 286).

- 24 Der **Mieter trägt hinsichtlich des Mangels, der Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit und des Kausalzusammenhanges zwischen Mangel und Beeinträchtigung, die Substantiierungs- und Beweislast**. Der Mieter wird sich daher nicht auf das Vorbringen der Behauptung beschränken können, dass er sich wegen Immissionen der benachbarten Baustelle gestört fühlt. Trotz Geltung der sozialen Untersuchungsmaxime (Art. 274d Abs. 3 OR; nach neuer Schweizerischer Zivilprozessordnung gilt diese indes – bezüglich der hier interessierenden Thematik – nur noch bei einem Streitwert bis CHF 30'000, soweit es nicht um die Hinterlegung eines Mietzinses geht, wo die soziale Untersuchungsmaxime nach wie vor unbeschränkt anwendbar ist, vgl. Art. 247 Abs. 2 lit. a und lit. b Ziff. 1 CH-ZPO) *genügt daher die Aufzählung einzelner Mängel oder der pauschale Verweis auf Korrespondenz (generell Schriftstücke) nicht zu einer gehörigen Substantiierung* (BGer. 4C.11/2006). Umfang bzw. Ausmass der Substantiierungspflicht beurteilt sich dabei ab dem 1. Januar 2011 nur noch nach dem einschlägigen Bundesrecht (Art. 221 Abs. 1 lit. d CH-ZPO und Art. 222 Abs. 2 CH-ZPO). Dabei müssen Tatsachenbehauptungen so konkret formuliert werden, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 127 III 368, 117 II 113). Der Mieter muss demnach darlegen können, *wie und in welchem Ausmass sich ein ganz bestimmter immissionsbedingter Mangel konkret auf die vorausgesetzte Gebrauchstauglichkeit auswirkt*. So wäre im Einstiegsfall aus Sicht des Mieters etwa die folgende Substantiierung denkbar:

*"Während des Tages sind im (auf den Hinterhof gerichteten) Zimmer Gespräche zwischen 7 Uhr und 12 Uhr sowie zwischen 13 Uhr und 17 Uhr aufgrund der Bauarbeiten und der Zufahrt verschiedener Lastwagen praktisch unmöglich. Der Balkon konnte infolge der Bauarbeiten im letzten Monat an insgesamt 7 Tagen (nämlich am ..., ..., ... etc.) nicht benutzt werden und musste danach jeweils während einer Stunde mit [Angabe der erforderlichen Putzmittel bzw. chemischen Substanzen] gereinigt werden."*

- 25 Im Übrigen gilt das zur Substantiierungspflicht des Mieters Gesagte grundsätzlich auch für die Bestreitung des Vermieters; **auch diese soll entsprechend substantiiert sein** (vgl. Rz. 24).
- 26 **Lärm einer benachbarten Baustelle** berechtigt schliesslich nach (nicht ganz) herrschender Ansicht selbst dann zu einer *Mietzinsreduktion* (d.h. zur *Herabsetzung i.S.v. Art. 259d OR*), wenn die *Immissionen nicht vermeidbar* waren (wie dies bei Baulärm meistens der Fall ist) und daher auch kein Beseitigungsanspruch des Mieters (vgl. dazu: Art. 259b f. OR) besteht. Für den Herabsetzungsanspruch kommt es denn auch nicht darauf an, ob die Immissionsquelle im Einflussbereich des Vermieters liegt oder nicht (BGer. 4A\_43/2009, 4C.377/2004, 4C.527/1996, Urteil des Mietgerichts Bülach vom 24.9.2001, in mp 1/02, S. 29 ff.; BSK-WEBER, N 1 zu Art. 259d OR; LACHAT/ROY, Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl., Zürich 2009, S. 172; SVIT-Kommentar, N 10 zu Art. 259d OR; ablehnend: Urteil des Mietgerichts Bülach vom 26.03.2003 (!), in mp 4/03, S. 181; PETER HIGI in BR 2002, S. 152–156, welcher allenfalls eine Herabsetzung des Mietzinses nach Art. 270a OR zulässt; kritisch auch: HANS-JAKOB STUDER, in MRA 3/05, S. 101 ff.).
- 27 Nach ständiger Rechtsprechung und der herrschenden Lehre ist bei der Herabsetzung des Mietzinses (ebenso wie etwa im Werkvertragsrecht) nach der sog. **relativen Methode** vorzugehen: Danach ist der *objektive Wert des mängelfreien Mietobjektes mit dem objektiven Wert zu vergleichen*, den das Mietobjekt mit einem bestimmten Mangel aufweist; im entsprechenden prozentualen Ausmass ist sodann der Mietzins (jedoch ohne Berücksichtigung der Nebenkosten) herabzusetzen.
- 28 Der **Umfang bzw. das Ausmass der konkreten** (nach der relativen Methode, vgl. Rz. 27, vorzunehmenden) **Herabsetzung** bestimmt sich alleine nach objektiven Kriterien, insbesondere nach *Art und Lage des Mietobjektes* (Wohn- oder Geschäftsräumlichkeiten, Standort etc.), *Art und Ausmass des Mangels* und – eng damit verbunden – nach dem vorausgesetzten Gebrauch. *Persönliche Umstände in der Person des Mieters werden demgegenüber* grundsätzlich – d.h. soweit sie nicht in den Mietvertrag Eingang gefunden haben – *nicht berücksichtigt* (Urteil des Mietgerichts Bülach vom 24.9.2001, in mp 1/02, S. 29 ff.). Indes kann die konkrete Berechnung teilweise recht schwierig sein und hat nach Billigkeitsregeln (vgl. Art. 4 ZGB) zu erfolgen (LACHAT/ROY, a.a.O., S. 174), insbesondere, wenn es sich um einen lärmbedingten Mangel einer Mietwohnung handelt, wodurch grundsätzlich die gesamte Wohnung in ihrer Benutzung beeinträchtigt,

aber nicht geradezu unbenutzbar wird. Billigkeitsentscheide unterer Instanzen haben dabei in der Regel zur Folge, dass Oberinstanzen nur (eher) zurückhaltend eingreifen. Aus der Rechtsprechung sind unter anderem die folgenden Beispiele bekannt:

- Konstante Fluglärmbelastung, welche gewöhnliche Tätigkeiten wie Fernsehen, Radiohören und Telefonieren schwer beeinträchtigte; konzentriertes Arbeiten war gar unmöglich (Mietgericht Bülach vom 24. 9.2001, in mp 1/02, S. 29 ff.): Reduktion von 30%.
- Zunehmender Eisenbahnlärm, der auch nach dem Einbau von Schallschutzfenstern das übliche Toleranzmass überschritt. Zimmer, die gegen die Geleise gerichtet sind, konnten zum Schlafen nicht benutzt werden (Appellationsgericht in Mietsachen des Kantons Genf vom 6.9.2004, in mp 1/05, S. 42 ff.): Reduktion von 15% und 5% nach Einbau der Schallschutzfenster.
- Ein "Brettertunnel" sowie ein Krangestell und eine Baumulde einer benachbarten Baustelle beeinträchtigten eine ansprechende Präsentation der offerierten Waren (Appellationsgericht Basel-Stadt vom 6.11.2001, in mp 2/03, S. 71 ff.): Reduktion von 20%.
- Baulärm von 2 Baustellen beeinträchtigten – auch in städtischen Verhältnissen – das konzentrierte und präzise Arbeiten eines Augenarztes (BGer. 4C.377/2004, in mp 4/05, S. 246 ff.): Durchschnittliche Reduktion von 37%.
- Die Arbeiten eines Stellenvermittlungsbüros, welches hauptsächlich Gespräche mit Arbeitssuchenden führt, wurden während 14 Monaten praktisch verunmöglicht, so dass die Mitarbeiter der Stellenvermittlung ihre Kundentreffen ausserhalb, etwa in Restaurants oder Hotelhallen des Quartiers, abhalten mussten (BGer. 4C.219/2005, in mp 2/06, S. 128 ff.): Reduktion von 60%.
- 14 Monate anhaltender Baulärm einer grösseren Siedlung verunmöglichte es der benachbarten Mieterin, länger als bis 7.00 Uhr zu schlafen sowie die Wohnung als privaten Rückzugsort zu nützen. Radiohören, Telefonieren und Arbeiten waren durch den – auch bei geschlossenen Fenstern hörbaren – Baulärm massiv beeinträchtigt (Mietgericht Meilen vom 20.3.2008, in mp 3/08, S. 181 ff.): Reduktion von 20%.

- 29 In **prozessualer Hinsicht** ist zu beachten, dass der Mieter seinen (allfälligen) Mietzinsherabsetzungsanspruch mittels verschiedener Möglichkeiten durchsetzen kann: So kann der Forderungsanspruch vor der Schlichtungsbehörde (Art. 197 ff. CH-ZPO i.V.m. Art. 33 CH-ZPO) – und zwar auch noch *nach* der Behebung des Mangels – (i.S. eines Rückforderungsanspruchs) geltend gemacht werden. Diesfalls ist Folgendes zu beachten: (i) Sofern der *Streitwert die Grenze von CHF 2'000 nicht überschreitet, kann die Schlichtungsbehörde einen Entscheid fällen*, sofern die klagende Partei einen entsprechenden Antrag stellt (Art. 212 Abs. 1

CH-ZPO). Einen derartigen (Entscheid-)Antrag kann dabei nach der hier vertretenen Auffassung auch die *widerklagende* Partei stellen (auch sie ist eine klagende Partei), wobei dies jedoch nur dann möglich ist, wenn der Klagebetrag nicht über CHF 2'000 liegt (vgl. Art. 94 Abs. 1 CH-ZPO, wonach sich der Streitwert nach dem höheren Rechtsbegehren bestimmt, i.V.m. Art. 212 Abs. 1 CH-ZPO) und wenn auch der Widerklagebetrag die Grenze von CHF 2'000 nicht überschreitet (Art. 212 Abs. 1 CH-ZPO i.V.m. Art. 94 Abs. 1 CH-ZPO). Diesfalls – d.h. bei einem (Entscheid-)Antrag des Widerklägers – hat sich allerdings der Entscheidung der Schlichtungsbehörde auf die Widerklage zu beschränken und darf nicht auch die (einen Streitwert von nicht mehr als CHF 2'000 aufweisende) Klage mitbeurteilen, da ein Entscheid der Schlichtungsbehörde nach Art. 212 Abs. 1 CH-ZPO nur bei einem Antrag der klagenden (hier also: der widerklagenden) Partei ergehen darf; ein solcher Antrag der widerklagenden Partei kann sich daher nicht auch auf die Hauptklage des Klägers beziehen, da diesem die Freiheit gewahrt bleiben muss, seine Hauptklage ohne materielle Rechtskraftwirkung zurückzuziehen (vgl. Art. 208 Abs. 2 CH-ZPO e contrario i.V.m. Art. 207 Abs. 1 lit. a CH-ZPO). (ii) Sofern der *Streitwert die Grenze von CHF 5'000 nicht überschreitet*, kann die Schlichtungsbehörde den Parteien einen Urteilsvorschlag unterbreiten (Art. 210 Abs. 1 lit. c CH-ZPO); tut sie dies, so kommen Art. 211 Abs. 1 CH-ZPO und Art. 211 Abs. 2 lit. b CH-ZPO i.V.m. Art. 209 Abs. 4 Satz 1 CH-ZPO (wo eine 30-tägige Klagefrist stipuliert wird) zur Anwendung. (iii) Liegt der *Streitwert über CHF 5'000* (oder unterbreitet die Schlichtungsbehörde den Parteien bei einem Streitwert über CHF 2'000 bis CHF 5'000 [von sich aus] keinen Urteilsvorschlag oder unterbreitet die Schlichtungsbehörde den Parteien bei einem Streitwert bis CHF 2'000 [von sich aus] keinen Urteilsvorschlag und stellt die klagende Partei auch keinen Entscheidantrag an die Schlichtungsbehörde), so muss der Mieter (von Wohn- und Geschäftsräumen) mangels Einigung innert 30 Tagen nach Zustellung der Klagebewilligung an das zuständige Gericht gelangen (Art. 209 Abs. 4 Satz 1 CH-ZPO; dies im Gegensatz zur allgemeinen Dreimonatsfrist nach Art. 209 Abs. 3 CH-ZPO). (iv) Im Zusammenhang mit dem Herabsetzungsanspruch des Mieters ist darauf hinzuweisen, dass der Mietzins auch hinterlegt werden kann (vgl. Art. 259g–i OR; dazu sogleich Rz. 30), wobei diesfalls spezielle Verfahrensbestimmungen gelten (Art. 210 Abs. 1 lit. b CH-ZPO, Art. 211 Abs. 1 CH-ZPO, Art. 211 Abs. 2 lit. a CH-ZPO, Art. 211 Abs. 3 CH-ZPO, Art. 243 Abs. 2 lit. c CH-ZPO, Art. 247 Abs. 2 lit. a CH-ZPO). Ferner kann der Mieter den Mietzins eigenmächtig herabsetzen (d.h. ohne Schlichtungs- bzw. Gerichtsverfahren die Mietzinszahlungen kürzen). Letzteres ist indes dem Mieter nicht zu empfeh-

len, da er diesfalls eine Kündigung infolge Zahlungsverzuges riskiert (Art. 257d OR).

bb) *Die weiteren Mängelrechte des Mieters*

- 30 (i) Sind die **Immissionen** (aus Sicht des Vermieters) **vermeidbar**, was *insbesondere dann der Fall ist, wenn dem Vermieter selbst ein vertraglicher oder gesetzlicher Beseitigungsanspruch gegenüber dem Emittenten resp. dessen Vermieter zusteht*, kann der Mieter vom Vermieter die **Beseitigung** des immissionsbedingten Mangels verlangen (Art. 259b OR). Dieser Anspruch besteht unabhängig davon, ob dem Mieter gegen den (Immissionen verursachenden) Nachbarn eigene Rechtsbehelfe, so z.B. nach Art. 679 ZGB und Art. 928 ZGB, zustehen (vgl. dazu nachfolgende Rz. 40 ff.). Wiederum ist der Vermieter erst dann verpflichtet, den Mangel zu beseitigen, wenn er davon *Kenntnis* hat (vgl. vorstehende Rz. 23). Hat der *Vermieter Kenntnis des Mangels erhalten, muss er diesen innert angemessener Frist beheben*. Dabei ist die Frist (analog zu Art. 107 OR) nach den gesamten Umständen, insbesondere der Schwere des Mangels, des Umfangs der erforderlichen Behebungsarbeiten und der Dringlichkeit der Behebung etc. (d.h. in Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Falles, vgl. Art. 4 ZGB) festzusetzen.
- 31 (ii) Wird der Mangel vom Vermieter nicht innert angemessener Frist behoben und wird dem Mieter (innert angemessener Frist) auch kein vollwertiges Ersatzobjekt angeboten (Art. 259c OR), so kann der Mieter auf **Ersatzvornahme** klagen – bei **mittleren (d.h. nicht schweren) Mängel ist der Mieter selbst auf Kosten des Vermieters zur Ersatzvornahme befugt** (Art. 259b lit. b OR) – oder bei einem **schweren Mangel fristlos kündigen** (Art. 259b lit. a OR), ohne dabei eine Kündigungsfrist oder einen Kündigungstermin beachten zu müssen. Ein *schwerer Mangel* liegt insbesondere bei wiederholten oder besonderes schweren Beeinträchtigungen vor, so etwa bei wiederholter Verschmutzung des Schaufensters eines Modegeschäfts durch die Benutzer einer benachbarten Bar (Appellationsgericht des Kantons Tessins, 1. März 2002, in mp 2/03, S. 64 ff.) oder wenn sich in der Nähe eines zu Ferienzwecken gemieteten Chalets eine grössere Baustelle befindet (BGer. vom 19.9.1995, in mp 1/96, S. 21).
- 32 (iii) Liegt ein immissionsbedingter Mangel an der Mietsache vor, so besteht ferner zur *Durchsetzung des Beseitigungsanspruchs* die Möglichkeit einer **Mietzinshinterlegung** (für künftig fällig werdende Mietzinse) bei der vom Kanton bezeichneten Stelle (Art. 259g OR), wobei diesfalls die (zahlreichen) Formalien

von Art. 259g OR (welche hier nicht weiter thematisiert werden) zu beachten sind. Der Mieter hat in der Folge eine *30-tägige Frist seit Fälligkeit des ersten hinterlegten Mietzinses* zu beachten, innert welcher er seine Ansprüche gegenüber dem Vermieter bei der Schlichtungsbehörde geltend zu machen hat (Art. 259h OR). Zu beachten ist, dass nach überwiegender Lehre und auch nach der Praxis des Bundesgerichts (BGer. 4A\_163/2007) eine *Mietzinshinterlegung nur dann zulässig ist, wenn ein Beseitigungsanspruch überhaupt besteht*, d.h. wenn der Vermieter in der Lage ist, den Mangel zu beheben, was bei unvermeidbaren Lärmimmissionen zufolge Umbauarbeiten auf dem benachbarten Grundstück wie auch bei Verkehrslärm (etwa Fluglärm) in der Regel gerade nicht der Fall ist. Es kann daher festgehalten werden, dass die *Ansprüche auf Beseitigung* (inkl. Rechte gemäss Rz. 31) *und Mietzinshinterlegung* (zum Ganzen: Rz. 30–32) *in Bezug auf Immissionen von benachbarten Grundstücken nur bei vermeidbaren Immissionen bestehen bzw. relevant sind*.

- 33 (iv) Ebenfalls steht dem Mieter gegenüber seinem Vermieter nach Massgabe von Art. 259e OR ein **Schadenersatzanspruch** zu. Für diesen gelten die üblichen Voraussetzungen; namentlich ist vorausgesetzt, dass dem *Mieter überhaupt ein Schaden entstanden ist*, so etwa, wenn ein Geschäftsmieter aufgrund des Lärms oder der Erschütterungen (welche von einem Nachbargrundstück ausgehen) seine Tätigkeit vorübergehend in einer anderen Liegenschaft ausüben muss. Vorausgesetzt wird im Weiteren (entsprechend Art. 97 Abs. 1 OR), dass der Vermieter nicht beweisen kann, dass ihn kein Verschulden trifft. Und wie bereits vorstehend mit Bezug auf den Beseitigungsanspruch (inkl. Rechte gemäss Rz. 31) und den Hinterlegungsanspruch festgehalten worden ist (zum Ganzen: Rz. 30–32), ist nach der hier vertretenen Auffassung auch ein Schadenersatzanspruch nur dann denkbar, wenn der Vermieter überhaupt die Möglichkeit hat, gegen den Störer bzw. gegen die Immissionen vorzugehen; wo dies nicht der Fall (und der Vermieter quasi "machtlos") ist, fehlt es bereits an der Vertragsverletzung des Vermieters und (umso mehr) auch an dessen Verschulden. Könnte der Vermieter gegen den Störer vorgehen, so kann ein Schadenersatzanspruch des Mieters nur dann gegeben sein, wenn es der Vermieter absichtlich oder fahrlässig unterlassen hat, gegen den Störer vorzugehen oder wenn dem Vermieter beim (nicht erfolgreichen) Vorgehen gegen den Störer Sorgfaltspflichtverletzungen und ein Verschulden vorzuwerfen sind.
- 34 Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass der mieterseitige Anspruch, der Vermieter habe einen **Rechtsstreit gemäss Art. 259f OR mit ei-**

**nem Dritten zu übernehmen, nicht auf die hier vorliegende Thematik anwendbar** ist. Dies deshalb nicht, da es sich beim Tatbestand von Art 259f OR um die Inanspruchnahme *eines Rechtes* (Eigentum oder beschränktes dingliches Recht) durch einen Dritten und nicht um eine tatsächliche Störung handelt. In- des ist denkbar, dass im Mietvertrag die Pflicht des Vermieters erwähnt wird, auf Verlangen des Mieters gegen Störungen durch Dritte vorzugehen, womit jedoch lediglich der Beseitigungsanspruch des Mieters (Rz. 30) konkretisiert wird.

d. *Sonderkonstellationen*

35 Welche Sonderkonstellationen gilt es besonders zu beachten?

36 (1) Denkbar wäre es, dass die im (Einstiegsfall gemäss Rz. 1 erwähnte) benach- barte **Baustelle bereits seit Beginn des Mietverhältnisses bestanden hat**, der Mieter mithin wusste (oder nach Treu und Glauben zumindest wissen muss- te), dass es während des Mietverhältnisses zu bestimmten Immissionen, insbe- sondere zu Lärm, Staub, Dreck oder einer Zutrittserschwerung, kommen wird. Die *Rechtsfolgen ergeben sich diesfalls aus Art. 258 OR*: Mithin kann der Mieter die Übernahme des Mietobjektes (vorerst) verweigern und es gelangen die Ver- zugsregeln von Art. 107 ff. OR zur Anwendung oder der Mieter übernimmt die Mietsache und kann die einschlägigen Mängelrechte nach Art. 259a ff. OR gel- tend machen.

37 Differenzierter ist der Fall zu betrachten, wenn die **Baustelle zwar noch nicht bestanden hat, der Mieter bei Vertragsabschluss aber vom anstehenden Bauvorhaben wusste** und er daher von einer künftigen Gebrauchsbeeinträchti- gung ausgehen musste. Inwiefern nun aus diesen (erst in der Zukunft auftreten- den) Immissionen auf einen Mangel der Mietsache in rechtlicher Hinsicht zu schliessen ist, muss in concreto wiederum durch Vertragsauslegung ermittelt werden, sofern kein übereinstimmender Parteiwille erstellt ist. Beispiele: (i) Hat sich etwa die Tatsache der späteren Immissionen in einem niedrigeren Mietzins ausgewirkt und wird im Mietvertrag selbst festgehalten, dass der Mieter Kenntnis möglicher Immissionen einer konkreten Baustelle hat, kann nicht von einem zu Mietzinsherabsetzungsansprüchen berechtigenden Mangel gesprochen werden. (ii) Hat der Mieter dagegen Kenntnis einer zukünftigen Baustelle, eines veränder- ten Abflugplanes, eines Eisenbahnprojektes usw., verständigen sich die Parteien darüber aber nicht im Mietvertrag, so ist anzunehmen, dass der Vermieter den zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehenden Zustand schuldet (BGer. 4C.39/2003, in MRA 5/03, S. 174 ff.).

- 38 (2) Bei der Miete von **Geschäftsräumlichkeiten** ist zu beachten, dass der *vorausgesetzte Gebrauch* (häufig unter dem Titel "Vertragszweck" des schriftlichen Mietvertrages) *durch die Parteien häufig viel individueller und präziser umschrieben wird als bei der Wohnungsmiete*: Persönliche Umstände beim Mieter einer Wohnung (Alter, häusliche Tätigkeit, Schichtarbeiter usw.) werden kaum je in den – für das Vorhandensein eines Mangels bedeutsamen – Vertragszweck einfließen. Demgegenüber wird der Mieter von Geschäftsräumlichkeiten häufig den in concreto gegebenen Vertragszweck genauer umschreiben wollen, was für die Beurteilung, ob ein Mangel vorliegt und in der Folge auch für die Bemessung einer allfälligen Mietzinsherabsetzung von erheblicher Bedeutung ist (und überdies auch der Einzelfallgerechtigkeit dient). Tendenziell führt die erhöhte Individualisierung der geschuldeten Gebrauchstauglichkeit bei Geschäftsräumlichkeiten dazu, dass *eher von einem Mangel auszugehen ist und der (Geschäfts-)Mieter mit weniger Beweisschwierigkeiten zu kämpfen* hat. Verursacht z.B. eine benachbarte Baustelle nur geringe Erschütterungen, wird dies den vorausgesetzten Gebrauch einer Mietwohnung (vorbehältlich einer expliziten anderweitigen Vereinbarung) nicht beeinträchtigen. Demgegenüber wird ein Mieter, der einen Mietvertrag über Geschäftsräumlichkeiten zwecks Uhrenfeinmechanik abschliesst, keinerlei Erschütterungen oder Vibrationen im Gebäude dulden müssen.
- 39 (3) Schliesslich fragt sich, ob dem **Mieter auch ein (Abwehr-)Anspruch aufgrund von Immissionen, die zwar keinen (mietrechtlich relevanten) Mangel verursachen, die aber trotzdem die Interessen des Mieters beeinträchtigen**, gegenüber seinem Vermieter zusteht. Die Lehre hat diese Thematik unter dem Stichwort "vertragliche Nebenpflichten des Vermieters" aufgegriffen und erachtet es unter dem Blickwinkel von Loyalität und dem Grundsatz von Treu und Glauben für *vertretbar, dass der Vermieter solche Immissionen zumindest dort abzuwehren hat, wo vermögensrechtliche Interessen des Mieters gestört werden*. Weiter soll der Vermieter nur dann verpflichtet sein, die Interessen seines Mieters zu schützen, wenn nur der Vermieter – nicht aber der Mieter selbst – die Möglichkeit besitzt, die Immissionen abzuwehren (TSCHUDI, a.a.O., S. 125 f.). Sind diese Voraussetzungen gegeben, so hat der Vermieter das ihm (im konkreten Fall) Zumutbare gegen Immissionen vorzukehren und der Mieter besitzt einen entsprechenden Realerfüllungsanspruch gegenüber dem Vermieter.

## 2. Anspruchsgrundlagen aus dem Sachenrecht?

- 40 Es fragt sich schliesslich, ob dem **gestörten Mieter gegenüber seinem Vermieter auch sachenrechtliche Ansprüche** zustehen. In Kürze: Weder das Nachbarrecht bzw. die Grundeigentümerhaftung gemäss Art. 679 ZGB noch die Eigentumsfreiheitsklage nach Art. 641 Abs. 2 ZGB sind vorliegend einschlägig. Auch das Besitzschutzrecht bzw. Art. 928 ZGB steht dem Mieter gegenüber seinem Vermieter nicht als Anspruchsgrundlage zur Verfügung, da der Vermieter nicht Verursacher der Immissionen ist und ihm diese in der Regel auch nicht zugeordnet werden können.

## IV. ANSPRÜCHE DES GESTÖRTEN MIETERS GEGENÜBER DEN ZUM NACHBARGRUNDSTÜCK GEHÖRIGEN PERSONEN (D.H. GEGENÜBER DEM STÖRENDEMIETER UND DESSEN VERMIETER)

### 1. Sachenrechtliche Anspruchsgrundlagen

- 41 Da der gestörte Mieter (selbstredend) nicht Eigentümer der Mietsache ist, kommen Ansprüche aus Art. 641 Abs. 2 ZGB zum vornherein nicht in Betracht. Es verbleiben jedoch einerseits **besitzesrechtliche** und andererseits **nachbarrechtliche Ansprüche**. Im Einzelnen:
- 42 Nach konstanter Rechtsprechung und herrschender Lehre fällt auch der (lediglich obligatorisch am Grundstück berechnete) Mieter unter den in Art. 684 ZGB und Art. 685 ZGB verwendeten Begriff des zu schützenden Nachbarn. Da Art. 679 ZGB die Verletzung von Art. 684 ZGB und Art. 685 ZGB sanktioniert, gilt der in diesen Bestimmungen umschriebene Begriff des Nachbarn auch für den Anwendungsbereich von Art. 679 ZGB, weshalb sich somit **auch der Mieter auf die nachfolgend in Rz. 47 ff. zu skizzierenden Rechtsbehelfe gemäss Art. 679 ZGB i.V.m. Art. 684 ZGB berufen kann** (BGE 119 II 415; BSK-REY, N 22 zu Art. 679 ZGB). Auch der **Besitzschutz** nach Art. 926 ff. ZGB steht dem gestörten Mieter, welcher unmittelbarer Besitzer eines Grundstücks ist, als Anspruchsgrundlage zur Verfügung; insbesondere ist ein *Vorgehen gemäss Art. 928 ZGB denkbar*. *Passivlegitimiert* ist in beiden Fällen (Ansprüche gemäss Art. 679 ZGB i.V.m. Art. 684 ZGB und Ansprüche gemäss Art. 928 ZGB) sowohl der störende Mieter des Nachbargrundstücks (Rz. 50) als auch – jedenfalls grundsätz-

lich (im Einzelnen: Rz. 47 ff.) – dessen Vermieter (Eigentümer des Nachbargrundstücks, vgl. BGE 104 II 15 E. 2).

- 43 Indes wird sich der gestörte Mieter in der **Praxis** kaum an andere Personen als an seinen Vermieter halten: Zunächst sprechen *materiell-rechtliche Gründe* dafür, dass sich der Mieter grundsätzlich an seinen Vermieter halten wird. Wie vorstehend erläutert (Rz. 18) ist es nämlich *nach mietrechtlichen Grundsätzen regelmässig wesentlich einfacher, eine unzulässige Immission geltend zu machen, als dies bei Anwendung nachbarrechtlicher Grundsätze, bei welchen dem Richter ein erhebliches Ermessen zusteht, der Fall ist* – die **Anforderungen für ein Vorgehen nach Mietrecht sind demgemäss in der Praxis tiefer als bei einem Vorgehen nach Nachbarrecht**. Ausserdem steht dem Mieter mit der Möglichkeit einer Mietzinshinterlegung (Art. 259g OR) ein effizientes Druckmittel zur Verfügung, um seinen Anspruch zeitnah durchzusetzen. Schliesslich existiert im Mietrecht zur Durchsetzung der Ansprüche von Bundesrechts wegen ein einfaches und rasches Verfahren (Art. 274d OR; vgl. auch Art. 243 ff. CH-ZPO).
- 44 **Art. 679 ZGB** kann indes dann **selbständige Bedeutung für den gestörten Mieter erlangen**, wenn sein Vermieter und Grundeigentümer mit dem Nachbarn vereinbart hat, gewisse übermässige Immissionen zu dulden. Der Anspruch des Mieters gegenüber seinem Vermieter auf Beseitigung der Immissionen nach Art. 259b OR würde dann ins Leere laufen, weil der Vermieter des gestörten Mieters diesfalls nicht gegen den Nachbarn vorgehen kann. Es gilt nun zu beachten, dass sich der gestörte Mieter eine vertragliche Vereinbarung zwischen seinem Vermieter und dem Nachbarn nicht entgegenhalten lassen muss, weshalb sein (eigenständiger) nachbarrechtlicher Anspruch durch eine derartige Vereinbarung nicht tangiert wird. Hat sich der Vermieter dagegen mittels einer *Dienstbarkeit* verpflichtet, bestimmte Immissionen des Nachbarn zu dulden, ist dies (aufgrund der dinglichen Wirkung) auch für den gestörten Mieter verbindlich und ein Vorgehen nach Art. 679 ZGB gegen den Nachbarn, welcher sich dinglich bzw. durch einen Eintrag im Grundbuch abgesichert hat, ist nicht möglich.
- 45 Wenn der Mieter sowohl gegen seinen Vermieter als auch gegenüber den zum benachbarten Grundstück gehörigen Störer vorgeht, fragt es sich, wie sich diese **miet- und nachbarrechtlichen Ansprüche zueinander verhalten**. Diese Thematik wird im Folgenden nicht weiter erläutert; indes gelten zwei Grundsätze: (i) Zunächst *bestehen die mietrechtlichen Mängelrechte*, im Speziellen der Herabsetzungsanspruch, *einerseits und die nachbarrechtlichen Ansprüche andererseits unabhängig voneinander* und die entsprechenden Voraussetzungen sind

je separat zu prüfen; es besteht sog. Anspruchskonkurrenz. (ii) Sodann kann ein *Schaden* – soweit ein solcher dem Mieter überhaupt entstanden ist (vgl. Rz. 33) – zwar zweimal (gegenüber dem Vermieter und gegenüber dem Nachbarn) geltend gemacht (und damit auch eingeklagt) werden. Ist der Schaden aber von einer Partei (Vermieter oder Nachbar) ersetzt worden, so ist die entsprechende Schadenersatzforderung des Mieters getilgt und damit erloschen; es gilt Art. 51 OR analog.

## 2. Weitere Anspruchsgrundlagen?

- 46 Diesbezüglich denkbar sind Ansprüche aus Art. 28 ff. ZGB (**Persönlichkeitsverletzung durch den Nachbarn**), Art. 41 OR (**unerlaubte Handlung durch den Nachbarn**) und Art. 58 OR (**Werkeigentümerhaftung des Nachbars**) sowie Ansprüche aus Art. 59a ff. USG (**Haftung des Nachbarn infolge Verletzung umweltschutzrechtlicher Vorschriften**).

## V. ANSPRÜCHE DES VERMIETERS DES GESTÖRTEN MIETERS GEGENÜBER DEN ZUM NACHBARGRUNDSTÜCK GEHÖRIGEN PERSONEN (D.H. GEGENÜBER DEM STÖRENDEN MIETER UND DESSEN VERMIETER)

### 1. Nachbarrechtliche Ansprüche gemäss Art. 679 ZGB i.V.m. Art. 684 ZGB

#### a. *Aktiv- und Passivlegitimation*

- 47 Die Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen **Voraussetzungen der Vermieter des gestörten Mieters sowohl gegen den benachbarten Grundeigentümer als auch gegen den benachbarten Mieter vorgehen kann**, ist umstritten. Dazu das Folgende:

- 48 **Grundsätzlich gilt der benachbarte Grundeigentümer als passivlegitimiert**, solange die *Immissionen nicht von einem Dritten verursacht werden, der das Grundstück ohne Zustimmung oder gegen den Willen des Grundeigentümers nutzt*, da diesfalls nicht (mehr) von einer Überschreitung des Eigentumsrechts (am Grundstück) gesprochen werden kann. Differenzierter zu betrachten ist dagegen die hier vorliegende Konstellation, in welcher die *Störung durch einen*

(benachbarten) *Mieter* (und nicht durch einen beliebigen Dritten) *erfolgt*. Das Bundesgericht hat diese Frage in seiner älteren Rechtsprechung dahingehend beantwortet, dass der *Grundeigentümer hinsichtlich der nachbarrechtlichen Ansprüche auch für seinen Mieter einzustehen hat* (BGE 76 II 132 ff.). Indes hat es in einem (ebenfalls bereits älteren) Entscheid seine Rechtsprechung geändert: Im zu beurteilenden Fall hat es festgehalten, dass der *Eigentümer für Immissionen seines Pächters nur dann (aus Nachbarrecht) einzustehen hat, wenn die Immissionen auf die von ihm (d.h. dem Eigentümer) selbst bestimmte Art der Nutzung der Liegenschaft zurückzuführen sei* (BGE 104 II 15 ff.).

- 49 Die **Lehre** kritisiert demgegenüber den letztgenannten bundesgerichtlichen Ansatz und vertritt (mehrheitlich) die Ansicht, dass der *Eigentümer für übermässige Immissionen seines Mieters in jedem Fall haftet*. Begründet wird dies damit, dass der Eigentümer und Vermieter sein Eigentum überschreitet, wenn er nicht dafür sorgt, dass sein Mieter sich an die Schranken des Gesetzes hält (Art. 257f Abs. 2 OR). Insbesondere stehen dem Vermieter die nötigen (vertraglichen sowie gesetzlichen) Grundlagen zur Verfügung, die Emissionen seines Mieters zu unterbinden: (i) Zunächst kann der Vermieter von seinem Mieter infolge vertragswidriger Emissionen *Schadenersatz* verlangen (Art. 257f Abs. 2 OR i.V.m. Art. 97 OR), wenn er selbst vom Nachbar belangt wird. (ii) Sofern der Mieter trotz schriftlicher Mahnung durch den Vermieter weiterhin (unzulässige) Emissionen erzeugt, so dass ein Fortdauern des Mietverhältnisses nicht mehr zumutbar ist, hat der Vermieter gemäss Art. 257f Abs. 3 OR das Recht, das *Mietverhältnis mit einer 30-tägigen Frist auf das Ende eines Monats zu kündigen* (vgl. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht, Habilitationsschrift, Zürich 2008, N 405). (iii) Ferner soll der Vermieter nach der hier vertretenen Auffassung auch dann für Emissionen seines Mieters einstehen müssen, wenn dieser *nach Beendigung des Mietverhältnisses unberechtigterweise im Mietobjekt verbleibt*, da der Vermieter einen Mietausweisungsbefehl erwirken und den Mieter nötigenfalls zwangsmässig ausweisen kann (vgl. Art. 267 OR). Auch diesfalls wird der Vermieter einen Schadenersatzanspruch des Nachbarn auf den (im Mietobjekt verbliebenen) ehemaligen Mieter überwälzen können, da der ehemalige Mieter den Schaden, welcher dem Vermieter während (und infolge) des unberechtigten Verbleibens des ehemaligen Mieters in den Mieträumlichkeiten entstanden ist, dem Vermieter zu ersetzen hat.
- 50 Im Weiteren ist zu fragen, ob auch der die **störenden Immissionen verursachende Mieter passivlegitimiert** ist. Die **Rechtsprechung des Bundesge-**

**richts bejaht dies** mit der Begründung, dass Art. 679 ZGB an den Besitz bzw. die tatsächliche Herrschaft und nicht an das Eigentum anknüpft (BGE 104 II 19 f.), was nach der hier vertretenen Auffassung das richtige Kriterium ist und daher überzeugt. Auch die überwiegende kantonale Rechtsprechung bejaht die Passivlegitimation des störenden Mieters nach Art. 679 ZGB. In der Lehre ist diese Frage demgegenüber äusserst umstritten und es wird mit teilweise sehr unterschiedlichen Begründungen argumentiert. Für einen (aktuellen) Überblick ist an dieser Stelle deshalb auf die Darstellung in HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., N 416 ff., zu verweisen.

b. *Materiell-rechtliche Voraussetzungen*

- 51 Zunächst ist nach Art. 679 ZGB gefordert, dass der **Grundeigentümer sein Eigentumsrecht** (im Sinne der tatsächlichen Herrschaft) **überschreitet** (vorliegend infolge Zurechenbarkeit des störenden Verhaltens seines Mieters); überdies ist nach Art. 679 ZGB auch ein **Mieter, welcher in Überschreitung seines tatsächlichen Herrschaftsrechts Immissionen verursacht**, direkt verantwortlich bzw. haftbar (Rz. 50). Bei Immissionen ist diese Voraussetzung stets aufgrund einer unzulässigen Einwirkung nach Art. 684 ZGB gegeben. Bei der Abgrenzung zwischen zulässiger und unzulässiger (d.h. übermässiger) Immission ist die *Intensität der Einwirkungen massgebend*, welche sich nach objektiven Kriterien beurteilt; der Richter hat eine sachlich begründete *Abwägung der gegenseitigen Interessen* vorzunehmen, wobei er den Massstab des Empfindens eines Durchschnittsmenschen in der gleichen Situation zugrunde zu legen hat. Bei dem nach Recht und Billigkeit (Art. 4 ZGB) zu treffenden Entscheid bleibt stets zu beachten, dass Art. 684 ZGB als nachbarrechtliche Norm in erster Linie der Herstellung eines *nachbarlichen Interessenausgleichs* dienen soll. Sowohl bei der Beurteilung der Frage, ob die von ihm festgestellten Einwirkungen angesichts der gegebenen örtlichen Verhältnisse als im Sinne der genannten Bestimmung übermässig und damit unzulässig zu betrachten sind, als auch bei der Anordnung der von ihm als geboten erachteten Vorkehren steht dem Richter deshalb ein (nicht geringes) Ermessen zu (BGE 132 III 51).
- 52 Bei **Baustellenimmissionen** (vgl. Rz. 55 f.) ist schliesslich auch die *lex specialis von Art. 685 Abs. 1 ZGB* zu beachten, wonach übermässige Einwirkungen auf ein benachbartes Grundstück, die durch *Grabungen und Bauten* verursacht werden, zu unterlassen sind. Darunter fallen typischerweise Bodensenkungen und -

rutschungen, Rissbildungen an der Gebäudefassade (BGE 127 III 257) oder Bodenvernässungen (BSK-REY, N 11 zu Art. 685/686 ZGB).

53 Allenfalls stehen dem Kläger auch **kantonrechtliche Beseitigungsansprüche** zur Verfügung; dies namentlich, wenn kantonale Vorschriften verletzt und die daraus sich ergebenden Ansprüche nicht verjährt oder verwirkt sind (und ohne dass übermässige Einwirkungen i.S.v. Art. 679 ZGB und Art. 684 ZGB dargelegt werden müssten). Daraus kann indes nicht gefolgert werden, dass bei Verjährung oder Verwirkung der entsprechenden kantonrechtlichen Ansprüche auch vorbehaltlos, d.h. ohne die Übermässigkeit der Immissionen beweisen zu müssen, ein Beseitigungsanspruch nach Art. 679 ZGB i.V.m. Art. 684 ZGB bestehe (BGer. 5C.269/2004 E. 3).

54 Vorausgesetzt werden neben der **Überschreitung des Grundeigentums bzw. der tatsächlichen Herrschaft** – vorliegend im Sinne von übermässigen Immissionen nach Art. 684 ZGB, allenfalls auch Art. 685 ZGB – eine durch die Überschreitung des Eigentumsrechts bzw. Herrschaftsrechts (adäquat) kausal verursachte oder drohende Beeinträchtigung des Anspruchsberechtigten (d.h. des Vermieters des gestörten Mieters). Die nachbarrechtlichen Ansprüche nach Art. 679 ZGB sind als *Kausalhaftung* ausgestaltet (BGE 119 II 411 E. 4d, BGE 109 II 304 ff.), womit ein *Verschulden des Grundeigentümers oder des Mieters nicht vorliegen muss*. Selbstverständlich steht diesen Personen (Grundeigentümer oder Mieter) indes das Recht zu, einen Entlastungsgrund, z.B. höhere Gewalt sowie Selbst- und Drittverschulden, darzutun; bei einem entsprechenden Nachweis fehlt es am adäquaten Kausalzusammenhang zwischen Überschreitung (von Grundeigentum oder tatsächlichem Herrschaftsrecht) und Beeinträchtigung. Ebenfalls kann (mit der Wirkung einer Haftungsbefreiung) der Nachweis erbracht werden, dass sich der benachbarte Grundeigentümer dazu verpflichtet hat, nachbarrechtlich an sich unzulässige Immissionen zu dulden.

c. *Sonderfall Baustellenimmissionen*

55 Einen Sonderfall stellen im Nachbarrecht **Immissionen aufgrund von Baustellen** dar. Vorausgesetzt, der Bauherr (d.h. auch der störende Mieter) trifft die **möglichen und zumutbaren Massnahmen zur Verminderung der Immissionen**, hat der Nachbar diese Immissionen zu dulden und es steht ihm ausnahmsweise *kein Abwehranspruch* nach Art. 679 ZGB i.V.m. Art. 684 ZGB und Art. 685 ZGB zu, da der Bauherr (d.h. der störende Mieter) diesbezüglich sein tatsächliches Herrschaftsrecht rechtmässig ausübt und es sich um unvermeidba-

re Immissionen handelt (vgl. Art. 679a neuZGB, noch nicht in Kraft, wo es wie folgt heisst [Kursivdruck hinzugefügt]: "Wenn ein Grundeigentümer bei *rechtmässiger* Bewirtschaftung seines Grundstücks, namentlich beim Bauen, einem Nachbarn vorübergehend übermässige und *unvermeidliche* Nachteile zufügt und dadurch einen *Schaden* verursacht, kann der Nachbar vom Grundeigentümer lediglich Schadenersatz verlangen." – Es gilt also das Motto: "*Man darf zwar bauen, muss aber Schadenersatz zahlen.*"). Dass und in welchem Rahmen die Immissionen vermeidbar wären, ist *vom Vermieter des gestörten Mieters* (oder allenfalls vom gestörten Mieter selbst, sofern sich dieser eigenständig auf Art. 679 ZGB i.V.m. Art. 684 ZGB und Art. 685 ZGB beruft) zu beweisen. Indes ist es in der Praxis häufig nicht ohne weiteres möglich, zu beurteilen, ob Bauarbeiten fachmännisch, d.h. nach den Regeln der Baukunde ausgeführt und – worauf es in diesem Zusammenhang ankommt – *ob die Immissionen in zumutbarem Mass vermieden worden sind*. Allenfalls finden sich die nötigen Informationen in der *Baulärm-Richtlinie des BAFU* oder es muss ein entsprechendes Gutachten (etwa auch ein Privatgutachten) eingeholt werden. In prozessualer Hinsicht kann sich unter Umständen auch eine *vorsorgliche Beweisführung* nach Art. 158 Abs. 1 lit. b CH-ZPO empfehlen. Durch eine solche können (i) gefährdete Beweismittel gesichert oder (ii) vorsorglich die Prozesschancen beurteilt werden (d.h. es kann ermittelt werden, ob eine vermeidbare Immission vorliegt und ob daher ein entsprechender Prozess aussichtsreich wäre).

- 56 Dem Gesagten (Rz. 55) liegt folgender Gedanke zu Grunde: Unvermeidbare Baustellenimmissionen können im Ergebnis – auch und obwohl gar nicht anders (d.h. schonender) gebaut werden kann –, dennoch sehr **nachteilige Folgen für betroffene Nachbarn** haben; dies insbesondere dann, wenn der Nachbar einen *Vermögensschaden* erleidet (so etwa, wenn ein benachbarter Vermieter von seinem Mieter zu einer Mietzinsherabsetzung i.S.v. Art. 259d OR verpflichtet wird). Das Bundesgericht hat diese Problematik schon früh erkannt und in der Folge in gewissen Fällen unter bestimmten Voraussetzungen einen *Entschädigungsanspruch* anerkannt. In BGE 83 II 375 hat das Bundesgericht etwa festgestellt, dass die Aufstellung von technisch notwendigen Werkplatzanlagen zur Ausführung von baulichen Arbeiten eine Überschreitung des Eigentumsrechts darstellt und daher eine Schadenersatzpflicht begründen kann. In BGE 91 II 100 hat das Bundesgericht sodann zu unvermeidbaren Einwirkungen durch Bauarbeiten und -vorrichtungen ausgeführt, dass bei beträchtlicher Schädigung des Nachbarn infolge dieser Einwirkungen, welche jedoch – da unvermeidbar – während der Bauzeit zu dulden sind, der bauende Eigentümer (im Einstiegsfall gemäss Rz. 1 folg-

lich auch der bauende Mieter) nach richterlichem Ermessen Schadenersatz zu leisten hat. In BGE 114 II 230 ist diese Rechtsprechung dahingehend bestätigt worden, dass ein betroffener Nachbar Schadenersatz geltend machen kann, wenn (i) *übermässige Immissionen* vorliegen, wenn diese (ii) *unvermeidbar* sind und wenn dadurch (iii) eine *beträchtliche Schädigung verursacht* wird. Ob dies der Fall ist, wird dabei aufgrund einer Interessenabwägung beurteilt (vgl. auch ANDREAS BRUNNER, Störungen der Mieterinnen und Mieter durch Immissionen, insbesondere Bau- und Verkehrslärm (zivil- und öffentlichrechtliche Rechtbehelfe und deren Durchsetzung), in mp 3/00, S. 97 ff.). Die richterliche Beurteilung, ob die Immissionen übermässig sind und ob der Schaden beträchtlich ist, erfolgt nach *objektiven Kriterien* (BGE 114 II 230). Dabei orientiert sich der Richter an einer vernünftigen und durchschnittlich empfindlichen Person (BGer. 5C.117/2005, in MRA 3/07, S. 98.) und nimmt eine Abwägung der widerstrebenden Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung des Ortsgebrauchs sowie der Lage und der Beschaffenheit der Grundstücke vor (BGE 114 II 230). "Übermässig sind daher Immissionen, die über das hinausgehen, was der Nachbar nach den allgemeinen Grundsätzen des Nachbarrechts (insbesondere nach der Lage der Grundstücke und nach bestehendem Ortsgebrauch) ohnehin zu dulden hätte" (Anmerkung 5a zu BGE 114 II 230 ff. von PETER GAUCH, in BR 1989, S. 96). Die Schädigung ist sodann erst dann als beträchtlich zu qualifizieren, wenn sie dem Nachbarn nicht ersatzlos zugemutet werden kann. Ob eine Schädigung beträchtlich ist, entscheidet der Richter im Einzelfall unter Berücksichtigung aller erheblichen Umstände (Art. 4 ZGB). Dass allerdings der *Schadenersatzanspruch nicht den erlittenen Schaden in voller Höhe umfasst* – sondern nur denjenigen Teil, der die Grenze des Zumutbaren übersteigt –, ist eine *Folge der bundesgerichtlichen Praxis zum Bauprivileg des Grundeigentümers (hier: des bauenden und störenden Mieters) und dessen eingeschränkter Haftung* (Kommentar von MATTHIAS TSCHUDI zu BGer. 5C.117/2005, in MRA 3/07, S. 102). Demzufolge bezweckt der Anspruch des geschädigten Nachbarn, die *unzumutbare Schädigung zu einer zumutbaren zu machen*; darin liegt der Grund, dass nicht der gesamte Schaden in voller Höhe geltend gemacht werden kann (zumal der bauende Grundeigentümer bzw. Mieter sein Eigentum bzw. tatsächliches Herrschaftsrecht rechtmässig ausübt, wenn die Immissionen unvermeidbar sind). In einem neueren Urteil hat das Bundesgericht zur soeben dargestellten Problematik zu Recht wie folgt Stellung bezogen: Der Vermieter, welcher gegenüber seinem Mieter infolge Immissionen eine Mietzinsherabsetzung i.S.v. Art. 259d OR gewähren musste, kann im Umfang der konkreten Herabsetzung – soweit diese sich auf Immissionen stützt, welche die Grenzen des unter Nachbarn

zu Tolerierenden überschreiten – vom Nachbarn (hier also: vom störenden Mieter) Schadenersatz verlangen (BGer. 5C.117/2005).

d. *Rechtsbehelfe*

57 Der vorliegend gestörte (vermietende) Eigentümer (und grundsätzlich auch dessen Mieter) kann sich bei Vorliegen der vorstehenden Voraussetzungen (Rz. 47 ff.) auf die nachfolgenden Rechtsbehelfe berufen:

58 (i) Zunächst besteht für eine noch andauernde Immission ein **Beseitigungsanspruch**. Die Beseitigungsklage zielt indes lediglich auf die *Beseitigung des die Störung verursachenden Zustandes*, hat jedoch keine restitutorische Funktion. So kann der durch Aushubarbeiten im Erdboden gestörte Nachbar nur eine Beseitigung der Aushubarbeiten fordern, er kann hingegen nicht verlangen, den ursprünglichen Zustand entlang der gemeinsamen Grenze wiederherzustellen (BGE 107 II 134). Eine lex specialis zur Beseitigungsklage hat der Gesetzgeber mit dem *Kapprecht* nach Art. 687 ZGB normiert.

59 (ii) Weiter kann der gestörte Nachbar auf **Unterlassung** einer bereits eingetretenen (und nicht mehr andauernden) Störung klagen, wenn diese Störung für die Zukunft erneut zu befürchten ist. Die Rechtsprechung gewährt sodann den Unterlassungsanspruch auch im Sinne einer (eigentlichen) Präventivklage; dies ist dann der Fall, wenn eine schädigende Immission erst (unmittelbar) bevorsteht (und vorher noch nicht eingetreten ist).

60 (iii) Zu den vorstehenden Ansprüchen tritt sodann der **Anspruch auf Schadenersatz** hinzu. Die Schadenersatzklage nach Art. 679 ZGB dient dazu, den Schaden zu ersetzen, der durch die (in der Vergangenheit liegende) Grundeigentumsüberschreitung bzw. Überschreitung der tatsächlichen Herrschaft verursacht worden ist. Die Schadenersatzklage richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen von Art. 42 ff. OR, wobei aufgrund der in Art. 679 ZGB stipulierten Kausalhaftung kein Verschulden, sondern lediglich der Beweis des adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen der Überschreitung der (zulässigen) Grundstücksnutzung und dem eingetretenen Schaden erforderlich ist.

61 (iv) Schliesslich lassen Lehre und Rechtsprechung auch die gesetzlich nicht normierte **Feststellungsklage** zu. Die Feststellungsklage setzt voraus, dass ein rechtliches Interesse an der Feststellung vorhanden ist. So kann beispielsweise der Kläger, dem das Sonnenlicht durch überhöhte Bäume des Nachbargrund-

stücks entzogen wird, unter gewissen Voraussetzungen die Unzulässigkeit einer solchen (negativen) Immission gerichtlich feststellen lassen, hinsichtlich welcher ein Grundeigentümer (oder etwa auch ein störender Mieter) behauptet, dazu berechtigt zu sein, diese Bäume auf die entsprechende Höhe hinauf wachsen zu lassen (BK-MEIER-HAYOZ, N 129 zu Art. 679 ZGB).

e. *Verjährung und Verwirkung*

62 Der **Beseitigungs- und der Unterlassungsanspruch wie auch der Feststellungsanspruch sind grundsätzlich unverjährbar**. Indes kann es unter Umständen rechtsmissbräuchlich erscheinen, wenn die Ausübung dieser Ansprüche nach jahrelangem, widerspruchslosem Dulden der störenden Immission erfolgt. In der Folge erweisen sich dann die entsprechenden Ansprüche als *verwirkt* (JEAN-MARC SCHALLER, Zur verspäteten Ausübung ziviler (privatrechtlicher) Nachbarrechte, in AJP 2009, S. 1018 ff.).

63 Der **Schadenersatzanspruch** ist ein ausservertraglicher Anspruch, weshalb der Anspruch nach Art. 60 OR verjährt (zum Beginn der zehnjährigen Verjährungsfrist vgl. BGE 127 III 257 ff.).

## 2. **Ansprüche gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB (Eigentumsfreiheitsklage)?**

64 Schliesslich steht dem Eigentümer (als Vermieter des gestörten Mieters) – nicht aber dem (nicht dinglich berechtigten) gestörten Mieter selbst – unter Umständen auch die *actio negatoria* nach Art. 641 Abs. 2 ZGB zur Verfügung. Da diese Norm indes lediglich subsidiär zur eigentlichen *lex specialis* von Art. 679 ZGB zur Anwendung gelangt, spielt die *actio negatoria* bei einer Störung durch Immissionen in der Praxis nur eine unbedeutende Rolle.

## 3. **Ansprüche aus Besitzesrecht gemäss Art. 926 ff. ZGB**

a. *Allgemeines*

65 Im Weiteren stehen dem Vermieter des gestörten Mieters (und auch dem gestörten Mieter selbst als unmittelbarer Besitzer) auch die Ansprüche des Besitzesrechts zur Verfügung – im Besonderen die **Klage aus Besitzesstörung nach Art. 928 ZGB**. *Passivlegitimiert sind sowohl der störende Mieter als auch dessen*

Vermieter, sofern diesem das Verhalten seines (störenden) Mieters zugerechnet werden kann (vgl. Rz. 48 f.).

- 66 Vorausgesetzt wird dabei, dass eine **Beeinträchtigung der Sachherrschaft vorliegt** und dass der gestörte Besitzer *sofort nach Kenntnisnahme von der Besitzesbeeinträchtigung und der Person des Störers protestiert* (Art. 929 Abs. 1 ZGB). Aus beweisrechtlichen Gründen empfiehlt es sich, diesen *Protest schriftlich* – und zwar mittels *eingeschriebenem Brief* – vorzunehmen und sich nach Möglichkeit den Erhalt vom Adressaten bestätigen zu lassen.

b. *Die einzelnen Rechtsbehelfe*

- 67 Sofern der **vermietende Eigentümer** (oder der gestörte Mieter) **in seinem Besitz gestört** wird – was auch dann der Fall ist, wenn infolge der Immissionen eine Nutzung, welche der vermietende Eigentümer seinem Mieter versprochen hat, beeinträchtigt wird –, kann er (i) auf **Beseitigung** der Störungsursache klagen. Gegen Störungen, die auf einem befürchteten Verhalten des Störers beruhen (was typischerweise etwa bei Lärmimmissionen der Fall ist), kann der gestörte Besitzer ferner (ii) eine **Unterlassungsklage** anstrengen, welche allenfalls auch (rein) präventiver Natur sein kann (BK-STARK, N 43 f. zu Art. 928 ZGB; vgl. bereits Rz. 59). Beide Klagen sind *innert eines Jahres seit Beginn der Störung* anzuheben, ansonsten nach herrschender Auffassung diese Ansprüche *verwirkt* sind (Art. 929 Abs. 2 ZGB). Zusätzlich steht dem Kläger (iii) auch eine **Schadenersatzklage** zur Verfügung; Art. 928 Abs. 2 ZGB ist insofern als Verweis auf Art. 41 OR zu verstehen (BSK-STARK, N 12 zu Art. 928 ZGB).

## VI. EXKURS: DIE ANSPRÜCHE DES VERMIETERS GEGEN SEINEN DIE NACHBARN STÖRENDE MIETER

### 1. Allgemeines

- 68 Schliesslich bleiben der Vollständigkeit halber noch die Anspruchgrundlagen des Vermieters des (die Nachbarn) störenden Mieters gegen denselben zu erläutern. Wie bereits erwähnt, ist vorfrageweise zu differenzieren, ob die **Immissionen** (wobei hier richtigerweise viel eher von Emissionen zu sprechen wäre) **nach dem Mietvertrag des störenden Mieters zulässig sind oder nicht**. *Nur*

dann, wenn solche vertraglich nicht gestattet sind, verletzt der Mieter seinen Vertrag (vgl. Rz. 69).

- 69 Nach Art. 257f Abs. 2 OR trifft den Mieter eine Unterlassungspflicht, indem er keine unzulässigen Emissionen, welche die Nachbarn stören (können), verursachen darf. **Unzulässig sind die Emissionen dann, wenn sie die gesetzlichen** (Art. 641 Abs. 2 ZGB, Art. 679 ZGB i.V.m. Art. 684 ZGB, Art. 926 ff. ZGB, allenfalls auch Art. 28 ff. ZGB, Art. 41 OR und Art. 58 OR sowie Art. 59a ff. USG) **oder gegebenenfalls auch vertraglichen Rechte der Nachbarn verletzen.** Ausnahmsweise trifft den störenden Mieter indes auch eine (mietvertragliche) (Neben-)Pflicht zu einem positiven Tun, dies etwa dann, wenn der Mieter Lärm reduzierende Massnahmen zu treffen hat, wie dies insbesondere bei Bauarbeiten der Fall sein dürfte.

## 2. Die einzelnen Rechtsbehelfe des Vermieters

- 70 **Verletzt der Mieter den Mietvertrag** im beschriebenen (Rz. 69) Sinn, so kann der Vermieter eine **ausserordentliche Kündigung nach Art. 257f OR** aussprechen; mithin kann die Kündigung unter Einhaltung einer Frist von 30 Tagen auf das Ende eines Monats (Art. 257f Abs. 3 OR) oder fristlos (Art. 257f Abs. 4 OR) erfolgen, sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Praktisch kommt dabei primär eine *ausserordentliche Kündigung nach Art. 257f Abs. 3 OR* in Frage. Dazu hat der Vermieter dem vertragsbrüchigen Mieter vorab eine *schriftliche Abmahnung* zukommen zu lassen und darf erst nach fortgesetzter Vertragsverletzung durch den Mieter – oder wenn sich dieser weigert, die Abmahnung zur Kenntnis zu nehmen – kündigen. Beispiel: Führen Emissionen des Mieters dazu, dass Wohnen und Schlafen der Nachbarn dauernd von einem deutlich wahrnehmbaren Geräusch begleitet werden, darf der Vermieter seinem störenden Mieter – nach erfolgloser Abmahnung – vorzeitig kündigen (Bundesgerichtsentscheid vom 17.3.1997, in mp 2/98, S. 72 ff.). Dagegen berechtigen Immissionen aus einer *vertragsgemässen Benützung* eines Bordells ("provokatives Verhalten am offenen Fenster", längere Diskussionen im Freien) nicht zu einer fristlosen Kündigung nach Art. 261 aOR (mp 4/88, S. 153 ff.).
- 71 Schliesslich steht dem Vermieter ein Recht auf **Schadenersatz** zu (Art. 257f Abs. 2 OR i.V.m. Art. 97 OR): (i) Einerseits entsteht dem Vermieter dann ein Schaden, wenn er seinem vertragsbrüchigen Mieter nach den vorstehenden Grundsätzen (Rz. 70) vorzeitig kündigen musste und das Mietobjekt nicht sofort

weitervermieten kann. (ii) Andererseits führen die vom Vermieter gegenüber den (durch die Immissionen gestörten) Nachbarn geschuldeten Entschädigungen zu einer finanziellen Einbusse des Vermieters, welche dieser im Rahmen eines Schadenersatzanspruches bei seinem Mieter geltend machen kann.