

MietRecht Aktuell

Redaktionskommission
Hans Bättig
Raoul Futterlieb
Genoveva Lahmadi-Sutter
Beat Rohrer

Sekretariat/Abonnemente, Einzelnummern
MRA Verlag Zeitschrift MietRecht Aktuell
Rennweg 40/Postfach
4020 Basel
Tel. 061 317 67 60/23
Fax 061 317 67 68

Abonnementspreis: Fr. 108.–/Jahr (inkl. MWSt)
Einzelnummer: Fr. 30.– (inkl. MWSt + Versand)

Gestaltung
Markus Holliger, Basel

Satz und Druck
Reinhardt Druck, Basel

MRA

5/2008

Mietzinsgestaltung Seite

Die Erstreckung des Mietverhältnisses 185

La prolongation du bail

Aufsatz von Dr. Beat Rohrer, Zürich

Erstreckung 195

Prolongation

*Urteil des Bundesgerichts 4A_568/2008 vom 18. Februar 2009
(Originaltext französisch, ins Deutsche übertragen vom Kommentator)*

Kommentiert von Dr. Andreas Maag, Zürich

Kündigung/Erstreckung

Kündigung wegen Umbauarbeiten 200

Congé à cause des travaux de rénovation

*Urteil des Bundesgerichts 4A_131/2008 vom 25. Juni 2008 (Originaltext
französisch, ins Deutsche übertragen durch die Kommentatorin)*

Kommentiert von lic. iur. Monika Sommer, Zürich

Kündigung gemäss Art. 257d OR (Zahlungsrückstand) 206

Résiliation du bail fondée sur l'art. 257d CO (demeure du locataire)

*Urteil des Bundesgerichts 4C. 366/2008 vom 25. November 2008 (Originaltext
französisch, ins Deutsche übertragen durch den Kommentator)*

Kommentiert von lic. iur. Marco Giavarini, Basel

Annotation du bail au registre foncier – droit du locataire

*Urteil des Bundesgerichts 4A.524/2008 vom 10. Februar 2009 (Originaltext
französisch, ins Deutsche übertragen durch den Kommentator)*

Kommentiert von Martin Sohm, Küsnacht

Vormerkung eines Mietverhältnisses im Grundbuch; Eintragsrecht des Mieters

Annotation du bail au registre foncier – droit du locataire

Gestattet ein Mietvertrag die Vormerkung des Mietverhältnisses im Grundbuch (Art. 261b Abs. 1 OR), kann der Mieter von diesem Recht während der ganzen Mietdauer Gebrauch machen – Das gilt auch, wenn die Vormerkung nach Ablauf der ersten Vormerkungsdauer von Amtes wegen gelöscht worden ist

Si le contrat donne au locataire le droit d'annoter le bail au registre foncier (art. 261b al. 1 CO), ce droit existe pendant toute la durée du contrat – Ceci vaut aussi en cas que l'annotation ait été radiée d'office à la fin d'une première période

Urteil des Bundesgerichts 4A.524/2008 vom 10. Februar 2009 (Originaltext französisch, ins Deutsche übertragen durch den Kommentator)

Kommentiert von Martin Sohm, Küsnacht

1. Sachverhalt

Mit Vertrag vom 13. August 1981 vermietete die A. AG (nachfolgend die vormalige Eigentümerin) der Z. (nachfolgend: die Mieterin) per 1. September 1981 das Restaurant «V.» in Lausanne. Das Mietverhältnis wurde auf eine Mindestdauer von 15 Jahren geschlossen und verlängerte sich jeweils automatisch um weitere fünf Jahre zu gleichen Konditionen, sofern es durch keine der Parteien unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Jahr auf den nächstmöglichen Kündigungstermin gekündigt wurde.

In Art. 27 des Mietvertrages räumte die vormalige Eigentümerin der Mieterin das Recht ein, den Mietvertrag im Grundbuch vormerken zu lassen. Am 21. Februar 1983 wurde der Mietvertrag auf Verlangen der Mieterin im Grundbuch des Bezirkes Lausanne bis zum ersten Endtermin (1. September 1996) vorgemerkt.

Der Mietvertrag verlängerte sich in der Folge mangels Kündigung um weitere fünf Jahre. Die Mieterin stellte beim zuständigen Grundbuchamt keinen Antrag auf Verlängerung der Vormerkung; die Vormerkung wurde daher am 30. Mai 1997 durch das Grundbuchamt von Amtes wegen gelöscht.

Am 15. Juni 1989 erwarb Y. (nachfolgend der Vermieter) das Eigentum an der Mietliegenschaft.

Nachdem gegen den Vermieter – für eine Forderung, welche durch ein Grundpfand auf der Mietliegenschaft gesichert war – eine Betreibung auf Pfandverwertung eingeleitet wurde, betraute das Betreibungsamt des Kreises Lausanne West (in Anwendung von Art. 102 Abs. 3 SchKG i.V.m. Art. 16 Abs. 3 VZG) die X. AG (nachfolgend: die Verwaltung) mit der Verwaltung der Mietliegenschaft.

Am 25. März 2003 reichte die Mieterin beim Mietgericht des Kantons Waadt ein Gesuch um Erlass von vorsorglichen Massnahmen ein mit dem Antrag, den Mietvertrag vom 13. August 1981 provisorisch erneut im Grundbuch vorzumerken. Die Präsidentin des Mietgerichtes gab diesem Begehren statt und ordnete am 11. April 2003 eine provisorische Neueintragung der Vormerkung an. Am 16. Juni 2003 reichte die Mieterin beim zuständigen Mietgericht Klage gegen den Vermieter ein, mit dem Antrag, der Mietvertrag vom 13. August 1981 sei definitiv bis zum nächstmöglichen Endtermin im Grundbuch vorzumerken.

Mit Einschreiben vom 16. Juli 2003 kündigte die Verwaltung das Mietverhältnis unter Verwendung des amtlichen Formulars auf den 31. August 2006. Diese Kündigung wurde von der Mieterin innert Frist angefochten. Im Eventualstandpunkt beantragte die Mieterin eine Erstreckung des Mietverhältnisses um sechs Jahre.

Mit Urteil vom 6. September 2007 erklärte das Mietgericht die vermietetseitige Kündigung für ungültig. Gleichzeitig hiess es den Antrag der Mieterin (in den Erwägungen die Beschwerdegegnerin) betreffend die grundbuchliche Vormerkung des Mietvertrages bis zum 1. September 2011 gut. Der vom Vermieter gegen dieses Urteil erhobene Rekurs wurde vom Kantonsgericht Waadt mit Entscheid vom 16. Juni 2008 abgewiesen. Das Betreibungsamt des Kreises Lausanne-West, die Verwaltung und der Vermieter (in den Erwägungen die Beschwerdeführer) erhoben gegen diesen kantonalen Entscheid beim Bundesgericht eine Beschwerde in zivilrechtlichen Angelegenheiten. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

2. Erwägungen

«1. – 3.1 (Prozessuales)

3.2 Gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. d OR ist eine Kündigung anfechtbar, wenn sie vom Vermieter während eines mit dem Mietverhältnis zusammenhängenden Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens ausgesprochen wird, sofern der Mieter das Verfahren nicht missbräuchlich eingeleitet hat. Diese Bestimmung ist nicht anwendbar, wenn der Vermieter einen der sechs in Art. 271a Abs. 3 OR umschriebenen Tatbestände geltend macht (dringender Eigenbedarf des Vermieters für sich, nahe Verwandte oder Verschwägerete, Zahlungsrückstand des Mieters, schwere Verletzung der Pflicht des Mieters zu Sorgfalt und Rücksichtnahme, Veräusserung der vermieteten Sache, wichtige Gründe, Konkurs des Mieters). Des Weiteren findet die Bestimmung keine Anwendung, wenn der Vermieter beweist, dass der Mieter das Schlichtungs- oder Gerichtsverfahren missbräuchlich eingeleitet hat (vgl. SVIT-Kommentar Mietrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 35–38 zu Art. 271a OR; David Lachat, *Le bail à loyer*, Lausanne 2008, S. 747–749).

3.3 Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Kündigung des Beschwerdeführers vom 16. Juli 2003 zu einem Zeitpunkt erfolgte, in welchem zwischen den Parteien ein Gerichtsverfahren hängig war. Am 25. März 2003 hatte die Beschwerdegegnerin beim Mietgericht ein Begehren um Anordnung vorsorglicher Massnahmen gestellt, indem sie die provisorische Vormerkung des Mietvertrages vom 13. August 1981 im Grundbuch verlangte. Daraus folgt die Vermutung, dass die Kündigung vom 16. Juli 2003 gegen Treu und Glauben verstösst.

Der Beschwerdeführer hat diese gesetzliche Vermutung nicht umgestossen. Er hat nicht dargelegt, dass einer der sechs Tatbestände gemäss Art. 271a Abs. 3 OR vorliegt. Des Weiteren konnte der Beschwerdeführer auch nicht beweisen, dass die Beschwerdegegnerin im März 2003 das fragliche Gerichtsverfahren missbräuchlich eingeleitet hat. Ausserdem ergibt sich aus der Tatsache, dass das Mietgericht dem mieterseitigen Begehren um Erlass von vorsorglichen Massnahmen stattgegeben hat und die vorsorglichen Massnahmen im angefochtenen Entscheid bestätigt worden sind, dass dieses Verfahren von der Beschwerdegegnerin nicht missbräuchlich eingeleitet worden ist. Der entsprechende Einwand, der auch den Anforderungen der Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG an die Begründung nicht genügt, ist daher ohne Grundlage.

4. Der Beschwerdeführer behauptet sodann, das Begehren der Beschwerdegegnerin vom 25. März 2003, mit welchem sie eine neuerliche Vormerkung des Mietvertrages im Grundbuch verlangt hat, sei unzulässig gewesen, zumal sie die Verlängerung der Vormerkung nicht vor Löschung der ursprünglichen Vormerkung im Grundbuch verlangt habe. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vormerkung eines Mietverhältnisses unterliege denselben Regeln wie die Vormerkung eines Vorkaufs-, Kaufs- oder Rückkaufsrechts, deren Schutz durch die Vormerkung nach 10 Jahren verfallt, ohne dass dieser wieder aufleben könne. Unter diesen Umständen sei eine erneute Vormerkung des Mietvertrages nicht möglich.

Des Weiteren wirft der Beschwerdeführer dem Mietgericht – und implizit auch dem Kantonsgericht – vor, BGE 125 III 123 verkannt zu haben. In diesem äussere sich das Bundesgericht zum Schicksal von vorgemerkten Mietverträgen nach einem Doppelauftrag gemäss Art. 142 SchKG. Ferner macht der Beschwerdeführer geltend, der Beschwerdegegnerin fehle ein tatsächliches Interesse an der strittigen neuerlichen Vormerkung des Mietvertrages im Grundbuch.

4.1 Es ist unbestritten, dass zwischen dem vormaligen Eigentümer und der Beschwerdegegnerin am 13. August 1981 ein Mietvertrag über einen öffentlichen Betrieb und Nebenräume geschlossen wurde.

In Art. 27 des Mietvertrages räumte der vormalige Eigentümer der Beschwerdegegnerin das Recht zur Vormerkung des Mietvertrages im Grundbuch ein. Entsprechend dieser Bestimmung wurde der Mietvertrag am 21. Februar 1983 bis zu seinem ersten Endtermin vorgemerkt. Als erster Endtermin wurde vertraglich der 1. September 1996 vereinbart. Nach ständiger Rechtsprechung kann ein Mietvertrag, welcher – wie der vorliegende – eine stillschweigende Verlängerung vorsieht, im Grundbuch nur für die Zeitspanne bis zum ersten vereinbarten Endtermin vor-

gemerkt werden (BGE 81 I 75, E. 2 S. 77). Dieser Präzedenzfall wurde jüngst von einer Autorin kritisiert unter Hinweis auf das gemäss dem neuen Art. 261 OR geltende Prinzip, dass der Kauf die Miete nicht bricht (im Gegensatz zum alten Recht, vgl. Art. 259 aOR). In Anbetracht des Schutzzweckes der Vormerkung eines Mietvertrages sei nicht nachvollziehbar, wieso die Parteien nicht vereinbaren können, dass die Vormerkung über den ersten Kündigungstermin des Vertrages hinweg dauert (Bettina Hürlimann-Kaup, Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht, Luzern 2008, S. 320 ff.). Diese Frage kann jedoch offen bleiben, da im vorliegenden Fall der Mietvertrag nur bis zum ersten Endtermin im Grundbuch vorgemerkt worden war, bevor die Vormerkung am 30. Mai 1997 von Amtes wegen gelöscht wurde.

4.2 Am 15. Juni 1989 erwarb der Beschwerdeführer die Mietliegenschaft, wobei alle Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag auf den Erwerber übergingen (vgl. Art. 261 Abs. 1 OR; BGE 127 III 273, E. 4c/aa).

Es wurde von der Vorinstanz verbindlich festgestellt (Art. 105 Abs. 1 BGG), dass kein Gesuch auf Verlängerung der Vormerkung vor dem ersten Endtermin des oben erwähnten Mietvertrages gestellt wurde. In Anwendung von Art. 72 Abs. 1 der Verordnung betreffend das Grundbuch (GBV, SR 211.432.1) nahm der Grundbuchverwalter daraufhin von Amtes wegen die Löschung der Vormerkung vor.

Es bleibt daher zu prüfen, ob der Mietvertrag nach der Löschung der ersten Vormerkung erneut im Grundbuch vorgemerkt werden kann, wie dies die kantonale Behörde zugelassen hat.

4.3 Im bereits erwähnten BGE 81 I 75, E. 2 S. 77 hielt das Bundesgericht fest, die Vormerkung eines Miet- oder Pachtvertrages, welcher eine stillschweigende Verlängerung vorsieht, müsse Gegenstand eines neuen Gesuches sein. Nur dann bleibt die Vormerkung über den ersten vereinbarten Endtermin hinaus bestehen.

Gemäss Roger Weber (Basler Kommentar, 4. Aufl., N 2 zu Art. 261b OR) muss die Dauer der Vormerkung eines Mietvertrages im Grundbuch zwar bestimmt sein, sie ist in zeitlicher Hinsicht aber nicht beschränkt (Art. 71 Abs. 2 GBV). David Lachat (Commentaire romand, N 3 zu Art. 261b OR) ist der Ansicht, dass bei einer Erneuerung des Mietvertrages eine erneute Vormerkung notwendig ist. Dieser Autor hat jüngst seine Meinung bekräftigt und ergänzend festgehalten, die stillschweigende Verlängerung eines Mietvertrages bewirke nicht eine automatische Verlängerung der Vormerkung im Grundbuch (Le bail à loyer, Lausanne 2008, S. 184). Nach Urs Fasel (Grundbuchverordnung GBV, Kommentar, Basel 2008, N 14 zu Art. 71 GBV) können vorgemerkte persönliche Rechte nach Ablauf der Vormerkungsdauer von Neuem im Grundbuch vorgemerkt werden.

Aus dem oben erwähnten Präzedenzfall und den angeführten Lehrmeinungen kann Folgendes geschlossen werden: Ist ein vorerst für eine beschränkte Zeit abgeschlossener Mietvertrag, welcher sich ohne Kündigung durch eine Partei automatisch verlängert hat, vorerst für die Zeit bis zum ersten möglichen Endtermin im Grundbuch vorgemerkt worden und ist die entsprechende Vormerkung (mangels

eines Verlängerungsbegehrens vor Ablauf der Vormerkungsdauer) durch das Grundbuchamt von Amtes wegen gelöscht worden, so muss die neuerliche Vormerkung des Mietvertrages (bis zum nächsten möglichen Endtermin des Mietvertrages) verlangt werden können. Man sucht vergeblich nach einem öffentlichen Interesse, welches eine Verwirkung des vertraglich zugesicherten Rechts des Mieters auf Vormerkung seines Mietvertrages im Grundbuch verlangen würde, wenn er das Gesuch um Verlängerung der Vormerkung nicht vor dem ersten vertraglich vereinbarten Endtermin einreicht.

Die vom Beschwerdeführer angeführte Analogie zu den Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechten ist nicht stichhaltig. Das Gesetz limitiert die Dauer der Vormerkung dieser persönlichen Rechte auf 25 Jahre für das Vorkaufs- und Rückkaufsrecht und auf 10 Jahre für das Kaufsrecht (Art. 216a OR; vgl. Bénédicte Foëx, Commentaire romand, N 13 f. zu Art. 216a OR). Das Bundesrecht sieht hingegen keine Maximaldauer der Vormerkung eines Miet- oder Pachtvertrages vor.

Der Verweis des Beschwerdeführers auf BGE 125 III 123, um das fehlende Interesse der Beschwerdegegnerin an einer erneuten Vormerkung seines Mietvertrages zu begründen, ist unbegründet. Erstens haben die kantonalen Richter diesen – in Erwägung 5 des angefochtenen Urteils zitierten – Entscheid berücksichtigt, welcher im Zusammenhang mit einer Versteigerung mit Doppelaufruf ergangen ist. Zweitens findet dieser Präzedenzfall keine Anwendung in den Fällen, in denen auf einem Grundstück ohne Zustimmung des vorgehenden Grundpfandgläubigers persönliche Rechte vorgemerkt wurden. In einem solchen Fall hat der vorgehende Grundpfandgläubiger das Recht, einen Doppelaufruf zu verlangen, d. h. den Aufruf des Grundstücks mit oder ohne das vorgemerkte Recht (vgl. Art. 142 SchKG). Der diesem Entscheid zugrunde liegende Sachverhalt ist daher mit dem vorliegenden nicht zu vergleichen.

Folglich hat das Kantonsgericht ohne Verletzung von Bundesrecht die Beschwerdegegnerin ermächtigt, die Vormerkung des Mietvertrages bis zum Ablauf des Vertrages am 1. September 2011 zu verlangen. Die Beschwerde ist daher unbegründet.

5. Daraus ergeben sich die Abweisung der Beschwerde des Beschwerdeführers und die Bestätigung des kantonalen Entscheides.

(Kostenfolgen»)

3. Kommentar

1. Wirkung der grundbuchlichen Vormerkung eines Mietvertrages

Die mit einem Grundstück verbundenen Mietverhältnisse gehen bei der Veräusserung der Sache auf den Erwerber über (Art. 261 Abs. 1 OR). Der Erwerber kann jedoch bei dringendem Eigenbedarf das Mietverhältnis vorzeitig auf den nächsten gesetzlichen Kündigungstermin kündigen (Art. 261 Abs. 2 lit. a OR).

Mietverträge über Wohn- und Geschäftsräume können im Grundbuch vorge-merkt werden (Art. 216b OR). Durch diese Vormerkung entfällt das Recht des Er-werbbers zur vorzeitigen Kündigung des Mietverhältnisses bei dringendem Eigen-bedarf gemäss Art. 261 Abs. 2 lit. a OR (vgl. SVIT-Kommentar, 3. Auflage 2008, N. 8 zu Art. 261b OR).

Beim Erwerb des Grundstücks im Rahmen einer Zwangsvollstreckung resp. einer Enteignung ist allerdings die Wirkung der grundbuchlichen Vormerkung eines Mietvertrages eingeschränkt:

Gemäss Art. 959 Abs. 2 ZGB gehen im Grundbuch vorgemerkte persönliche Rech-te, wozu auch die Vormerkung eines Mietverhältnisses zählt, nur zeitlich später im Grundbuch eingetragenen Rechten vor. Nach der Rechtsprechung des Bundesge-richts (BGE 128 III 82; BGE 125 III 123) können daher Grundpfandgläubiger, deren Recht früher entstanden ist und die der Vormerkung nicht zugestimmt haben, in einem allfälligen Zwangsvollstreckungsverfahren den Doppelaufwurf im Sinne von Art. 142 SchKG verlangen. Der Doppelaufwurf kann aber auch bei langfristigen Mietverträgen verlangt werden, die nicht im Grundbuch vorgemerkt worden sind, wenn sie nach Einräumung des Grundpfandrechts geschlossen wurden (BGE 125 III 123). In der Praxis wird dieser Rechtsprechung soweit ersichtlich dadurch Rech-nung getragen, als nicht vorgemerkte langfristige Mietverträge als «sonstige Las-ten» (Art. 34 Abs. 1 lit. b VZG) in das Lastenverzeichnis aufgenommen werden.

Kann im Rahmen des Doppelaufwurfs ohne den vorgemerkten resp. langfristigen nicht vorgemerkten Mietvertrag ein höherer Erlös erzielt werden, so erfolgt der Zuschlag ohne den entsprechenden Mietvertrag. Bezieht sich der Doppelaufwurf nicht bloss auf die Vormerkung, sondern auch auf das zugrunde liegende Miet-verhältnis oder auf einen langfristigen nicht vorgemerkten Mietvertrag, so wird damit – soweit ohne den entsprechenden Mietvertrag ein höherer Erlös erzielt werden kann und daher der Zuschlag ohne den entsprechenden Mietvertrag erfol-gt – die vertragliche Dauer des entsprechenden Mietvertrages beseitigt. Der Mietvertrag geht diesfalls zwar auf den Erwerber über (Art. 261 Abs. 1 OR), der Erwerber erhält jedoch die Möglichkeit, das entsprechende Mietverhältnis auf den nächsten gesetzlich zulässigen Termin (unter Einhaltung der gesetzlichen Kündi-gungsfrist) zu kündigen (BGE 125 III 123, E. 1f.).

Die persönlichen Rechte von Mietern an einem Grundstück können Gegenstand einer Enteignung sein. Die betroffenen Mieter können diesfalls, auch wenn ihre Rechte im Grundbuch nicht vorgemerkt sind, Ersatz allen Schadens verlangen, der ihnen aus der vorzeitigen Aufhebung ihrer vor Einleitung des Enteignungsverfah-rens abgeschlossenen Mietverträge entstehen (Art. 216 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 5 und Art. 23 EntG).

2. Form der Vereinbarung und Dauer der Vormerkung

Eine Vormerkungsvereinbarung zwischen den Mietvertragsparteien kann grundsätzlich mündlich geschlossen werden. Die Eintragung im Grundbuch er-fordert allerdings einen Rechtsgrundaussweis, weshalb Art. 71 Abs. 1 GBV einen

schriftlichen Ausweis über das Bestehen und den Inhalt der entsprechenden Ver-einbarung verlangt. Art. 71 Abs. 2 GBV verlangt ausserdem, dass im Grundbuch die Vormerkungsdauer anzugeben ist. Eine Vormerkung von Mietverträgen auf unbestimmte Zeit ist daher nur möglich, wenn eine Mindestvertragsdauer vorge-sehen ist. Soll die Vormerkung bei Verlängerung des Mietvertrages über diesen Termin hinaus für eine neue Mindestdauer bestehen bleiben, so ist hierfür eine neuerliche Anmeldung erforderlich (vgl. SVIT-Kommentar, a.a.O., N. 5 zu Art. 261b OR; BGE 81 I 77).

Eine Beschränkung der Vormerkungsdauer besteht weder nach Art. 261b OR noch nach Art. 71 Abs. 2 GBV. Das Bundesgericht stellt daher im Urteil 4A.524/2008 E. 3.3 richtigerweise fest, dass das Bundesrecht für die Vormerkung von Miet- oder Pachtverträgen keine Maximaldauer festlegt.

3. Zeitpunkt der grundbuchlichen Vormerkung des Mietvertrages

In der Lehre wurde bisher teilweise die Auffassung vertreten, bei der Verlängerung eines Mietverhältnisses über den ersten möglichen Endtermin hinaus sei die neu-erliche Anmeldung der Vormerkung bis zum Ablauf des letzten Endtermins vor-zunehmen (SVIT-Kommentar, a.a.O., N. 5 zu Art. 261b OR).

Das Bundesgericht kommt nunmehr im Urteil 4A.524/2008 (E. 4.3) zum Schluss, der Mieter könne in der genannten Konstellation eine neuerliche Vormerkung des Mietvertrages (bis zum nächsten möglichen Endtermin des Mietvertrages) verlan-gen, auch wenn die Verlängerung der Vormerkung nicht bereits vor Ablauf der ersten Vormerkungsdauer verlangt worden sei.

Diese Rechtsprechung des Bundesgerichts verdient Zustimmung. Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass die Mietvertragsparteien frei sind, das Recht des Mieters zur Vormerkung des Mietvertrages zeitlich zu limitieren oder anderweitig einzu-schränken. Wird dem Mieter ohne entsprechende Einschränkung für die gesam-te Dauer des Mietverhältnisses das Recht zur grundbuchlichen Vormerkung des Mietvertrages zugestanden, so kann er davon in den Schranken von Art. 71 GBV grundsätzlich jederzeit Gebrauch machen. Folgerichtig muss dem Mieter dieses Recht auch zustehen, wenn er im Laufe eines Mietverhältnisses die jeweilige Ver-längerung der Vormerkung nicht nahtlos angebeht hat und die bis zum ersten Endtermin erfolgte Vormerkung im Grundbuch von Amtes wegen gelöscht wor-den ist.

4. Grenzen der Befugnis des Mieters zur grundbuchlichen Vormerkung eines Miet-vertrages

Ist für den Grundstückserwerber beim Erwerb eines Grundstücks aus dem Grund-buch ersichtlich, dass ein Mietverhältnis vorgemerkt worden ist, so muss er damit rechnen, dass der Mieter – im Sinne der üblichen Vormerkungsabreden – mietver-traglich für berechtigt erklärt worden ist, von diesem Recht während der ganzen Laufdauer des Mietverhältnisses Gebrauch zu machen. In dieser Konstellation ist es dem Mieter – entsprechend dem Urteil 4A.524/2008 – unbenommen, bis zum

Ende des Mietverhältnisses (und mithin auch nach einer allfälligen Löschung der ursprünglichen Vormerkung für die erste [Mindest-]Dauer) in den Schranken von Art. 71 GBV die neuerliche Vormerkung zu verlangen.

Ist für den Dritten beim Erwerb eines Grundstücks aus dem Grundbuch keine Vormerkung eines Mietvertrages ersichtlich, stellt sich im Lichte des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (Art. 973 ZGB) die Frage, ob sich der Erwerber mit einer durch den Mieter nach Eigentumsübertragung angestregten Vormerkung des Mietverhältnisses abfinden muss. Für den gutgläubigen Erwerber ist der durch den Grundbucheintrag vermittelte Rechtsschein und nicht die davon abweichende tatsächliche materielle Rechtslage massgebend. Der Inhalt des Grundbuchs wird als richtig fingiert (positive Rechtskraft) und gilt als vollständig (negative Rechtskraft). Ein gutgläubiger Erwerber muss seinem Recht eintragungsbedürftige, im Grundbuch aber nicht eingetragene Lasten nicht entgegenhalten lassen; er erwirbt sein Recht frei von solchen Lasten (Handkommentar um Schweizer Privatrecht, Zürich Basel Genf 2007, N. 2 ff. zu Art. 973 ZGB). Der Erwerber kann sich mithin im Lichte des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs *im Zeitpunkt des Eigentumserwerbs* darauf verlassen, dass das Grundstück mit keinen nicht vorgemerkten persönlichen Rechten belastet ist.

Erfolgt in dieser Konstellation die Vormerkung eines nach Massgabe von Art. 261 Abs. 1 OR auf den Erwerber übergegangenen Mietvertrages *nach der Eigentumsübertragung*, so ist es mit Blick auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht unproblematisch, dass sich der Erwerber nach dem kommentierten Entscheid nicht gegen diese Vormerkung zur Wehr setzen kann. Fraglich ist in diesem Zusammenhang allerdings, ob der Erwerber gutgläubig sein kann (Art. 3 Abs. 2 ZGB), da er a) den von Gesetzes wegen auf ihn übergegangenen Mietvertrag gegen sich gelten lassen muss und b) im Vorfeld des Erwerbs bei gebotener Aufmerksamkeit (insbesondere bei Durchführung einer sog. Due-Diligence-Prüfung, die sich auch auf die bestehenden Mietverträge bezieht) die Risiken eines allfälligen Vormerkungsrechts des Mieters hätte erkennen können. Die sich in diesem Zusammenhang stellenden Fragen können vorliegend nicht abschliessend beantwortet werden. Im Lichte des kommentierten Urteils ist dem Erwerber von Grundeigentum indes zu empfehlen, sämtliche Mietverträge darauf hin zu prüfen, ob den jeweiligen Mietern ein (zeitlich nicht limitiertes) Vormerkungsrecht eingeräumt worden ist. Ferner wird der vorsichtige Vermieter inskünftig beim Abschluss von Mietverträgen prüfen müssen, ob er dem Mieter das Recht zur Vormerkung des Mietvertrages nur noch unter einschränkenden Bedingungen erlauben will. Denkbar wäre, dass dem Mieter nur ein einmaliges Vormerkungsrecht für die Zeit bis zum ersten Endtermin eingeräumt wird. Alternativ könnte vertraglich bestimmt werden, dass das Vormerkungsrecht des Mieters dahinfällt, wenn das Grundstück während der Dauer des Mietverhältnisses an einen Dritten veräussert wird und die Vormerkung des Mietvertrages bis zum Zeitpunkt der entsprechenden Handänderung nicht erfolgt ist.

Im Rahmen der Zwangsvollstreckung (bei einer Betreibung auf Pfandverwertung für ein auf dem Grundstück bestehendes Grundpfandrecht) ist für den Grundpfandgläubiger von entscheidender Bedeutung, Kenntnis vom Bestand allfälliger

langfristiger Mietverträge – ob vorgemerkt oder nicht – zu erhalten, damit er einen Doppelaufwurf (Art. 142 SchKG) verlangen kann. Kann im Rahmen des Doppelaufwurfs ohne die entsprechenden Mietverträge ein höherer Erlös erzielt werden, so erfolgt der Zuschlag ohne die genannten Verträge, selbst wenn sie nicht vorgemerkt waren.

Der Erwerber, welcher im Rahmen einer Zwangsverwertung Eigentum an einem Grundstück erwirbt, tut gut daran, vorgängig Bestand und Inhalt allfälliger auf dem Grundstück bestehender Mietverträge zu prüfen. Die entsprechenden Mietverträge gehen – soweit sie nicht im Rahmen eines Doppelaufwurfs beseitigt werden – in Anwendung von Art. 261 Abs. 1 OR an den Erwerber über. Der Erwerber muss diese nach Eigentumserwerb gegen sich gelten lassen. Soweit Mieter zur grundbuchlichen Vormerkung der entsprechenden Mietverträge berechtigt sind, können sie von diesem Recht auch nach dem Zuschlag des Grundstücks an den Erwerber Gebrauch machen.

5. Missbräuchliche Kündigung des Mietverhältnisses

Gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. d OR ist eine Kündigung anfechtbar, wenn sie vom Vermieter während eines mit dem Mietverhältnis zusammenhängenden Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens ausgesprochen wird, sofern der Mieter das Verfahren nicht missbräuchlich eingeleitet hat. Diese Bestimmung ist indes nicht anwendbar, wenn der Vermieter einen der sechs in Art. 271a Abs. 3 OR umschriebenen Tatbestände geltend macht.

Im kommentierten Urteil war unbestritten, dass die angefochtene vermietetseitige Kündigung zu einem Zeitpunkt erfolgte, da zwischen den Parteien ein Gerichtsverfahren hängig war (Klage des Mieters auf neuerliche Vormerkung des Mietvertrages im Grundbuch). Das Bundesgericht kam zum Schluss, der Beschwerdeführer habe die gesetzliche Vermutung, wonach die entsprechende Kündigung gegen Treu und Glauben verstosse (Art. 271a Abs. 1 lit. d OR), nicht umstossen können. Ausserdem habe die Beschwerdegegnerin das fragliche Verfahren nicht rechtsmissbräuchlich eingeleitet. Die vermietetseitige Kündigung sei daher von den Vorinstanzen zu Recht als ungültig qualifiziert worden.

Aufgrund der im Urteil enthaltenen Angaben kann nicht beurteilt werden, ob die Schlussfolgerungen des Bundesgerichts sachgerecht waren. Indes ist zu vermuten, dass das Vorgehen des Beschwerdeführers taktisch nicht optimal war: Hätte der Beschwerdeführer die von der Beschwerdegegnerin verlangte neuerliche Vormerkung des Mietvertrages im Grundbuch zugelassen (und damit eine gerichtliche Auseinandersetzung in dieser Frage vermieden), so wäre die gesetzliche Vermutung gemäss Art. 271a Abs. 1 d OR einer vermietetseitigen Kündigung des Mietverhältnisses nicht entgegengestanden. In den Grenzen von Art. 271 OR hätte damit die vermietetseitige Kündigung gültig ausgesprochen werden können.