

# Ein Garagist, eine Antenne, ein Boykott – zur Kündigung aus wichtigem Grund

Urteil des Bundesgerichts 4C.345/2005 vom 9. Januar 2006

Hubert Stöckli<sup>1</sup>, Professor an der Universität Freiburg

Kommt es zum Rechtlichen, geht es bei Mobilfunkanlagen meist um Bewilligungsfragen, so auch in unserem Heft.<sup>2</sup> Am 9. Januar 2006 aber fällt das Bundesgericht ein Urteil, das sich zwar um eine Funkanlage drehte, seinem Inhalt nach jedoch eine zivilrechtliche Streitigkeit erledigte. Unter anderem rief das Gericht die (restriktiven) Voraussetzungen in Erinnerung, ohne die eine Vertragsbeendigung aus wichtigem Grund nicht angeht. Der Fall betraf die ausserordentliche Kündigung eines Mietvertrages zwischen einer Grundeigentümerin und einem Telekommunikationsunternehmen, das sich mit dem Vertrag einen Antennenstandort gesichert hatte. Die Grundeigentümerin hatte den Vertrag unter Berufung auf wichtige Gründe gekündigt, was das Unternehmen aber nicht hinnehmen wollte. Zu Recht, wie schliesslich das Bundesgericht entschied. Doch der Reihe nach:

## I. Sachverhalt

1. Im Juni 2001 schlossen die Grundeigentümerin, Betreiberin einer Autogarage, und das Telekommunikationsunternehmen einen Vertrag ab, wonach die Grundeigentümerin dem Unternehmen für die Installation und den Betrieb einer Funkanlage einen Teil ihres Grundstücks überliess. Für diese Gebrauchsüberlassung sollte sie jährlich mit CHF 4000 entschädigt werden. Der Vertrag, den die Parteien mit «Mietvertrag» überschrieben hatten, sah zwar eine feste Laufzeit von 10 Jahren vor, konnte aber von der Vermieterin «aus wichtigen Gründen, welche die Vertragserfüllung unzumutbar machen, unter Einhaltung einer 6-monatigen Frist jederzeit» gekündigt werden.

2. In der Folge sah sich die Grundeigentümerin Protesten seitens der Dorfbevölkerung ausgesetzt. Zudem hatte sie Geschäftseinbussen hinzunehmen, die augenscheinlich auf den Groll zurückzuführen waren, den ihre Kundschaft antennenbedingt gegen sie hegte. Schlussendlich kündigte sie den Mietvertrag unter Einhaltung der vereinbarten Frist auf Ende Juli 2002. Im März 2003 teilte das Telekommunikationsunternehmen der Grundeigentümerin dann aber mit, sie nehme die erforderlichen Bauarbeiten jetzt unverzüglich auf. Daraufhin beschritt die Grundeigentümerin den Rechtsweg, erwirkte eine superprovisorische Einstellungs- und Räumungsverfügung und klagte auf gerichtliche Feststellung, das Vertragsverhältnis sei durch ihre Kündigungserklärung rechtsgültig aufgelöst worden.

3. Die erste Instanz konstatierte, dass die «Stimmung im Dorf im Allgemeinen und gegenüber der Klägerin im Speziellen äusserst gereizt war ... Nicht auszudenken ist, in welche Richtung sich diese manifeste Dynamik und Entschlossenheit – insbesondere in

einem kleinen ländlichen Dorf – entwickelt hätte, wenn die Klägerin den Vertrag nicht gekündigt hätte». So bejahte sie die Unzumutbarkeit und hiess die Feststellungsklage der Vermieterin gut. Gegenteilig entschied das kantonale Obergericht, dessen Urteil das Bundesgericht aus folgenden Erwägungen schützte:

## II. Erwägungen

4. **Akzession schliesst Mietvertrag nicht aus** – zur *Vertragsqualifikation*: Im Prozess ging die Klägerin von einem Baurechtsvertrag aus, um alsdann dessen Formungültigkeit geltend zu machen und sich auf diesem Wege aus dem Vertrag zu winden. Das Bundesgericht dagegen qualifizierte das Verhältnis als *Mietvertrag* und verwarf die Auffassung der Klägerin, wonach «wegen der festen Verbindung der Mobilfunkantenne mit dem Boden nur die Bestellung eines Baurechts in Frage komme» (E. 1)<sup>3</sup>.

a. «Dass Bauten nach dem Akzessionsprinzip im Sinne von Art. 667 Abs. 2 ZGB grundsätzlich zu Bestandteilen des Grundstücks werden, schliesst ... nicht aus, dass der Mieter mit Zustimmung des Vermieters auf dem Mietgrundstück Bauten errichtet. Die Parteien des Mietvertrages können insbesondere nach Art. 260a OR vorsehen, dass diese Bauten nach Beendigung des Vertrages von der Mieterin zu entfernen sind, ohne dass deswegen der Vertrag als Baurechtsvertrag zu qualifizieren wäre» (E. 1.1).

b. Von dieser Meinung liess sich das Gericht auch durch die vertragliche Abrede, «wonach die Beklagte Eigentümerin der Antenne und der zugehörigen Anlagen bleiben sollte», nicht abbringen. Ob die Anlagen als Fahrnis- oder als Dauerbauten zu qualifizieren waren, erwies sich als bedeutungslos. Bei Fahrnisbauten (Art. 677 ZGB) bleibt die Beklagte «in jedem Fall Eigentümerin der von ihr errichteten Bauten». Anders zwar, wenn man es mit Dauerbauten zu tun hat: sie unterliegen dem sachenrechtlichen Akzessionsprinzip. So hätte «die Vertragsklausel über das vorbehaltenes Eigentum der Beklagten ... Dritten nicht entgegengehalten werden» können. Dies aber vermochte «die Gültigkeit der obligatorischen Abrede unter den Parteien nicht in Frage zu stellen» (E. 1.2).

<sup>1</sup> Herr Rechtsanwalt OLIVER BERTHER, Zürich, war als Rechtsvertreter an diesem Zivilprozess beteiligt. Er hat mich auf das Urteil des Bundesgerichts aufmerksam und mir die beiden vorinstanzlichen Entscheidungen zugänglich gemacht. Dafür danke ich ihm. Meine Meinung konnte ich mir unabhängig davon bilden.

<sup>2</sup> In diesem Bereich hat man nach einer informellen Schätzung, die ich bei einem in der Branche tätigen Unternehmen eingeholt habe, nicht selten 300 Einsprachen zu gewärtigen, weshalb zum Teil 20–30% der (durchschnittlichen) Gesamtkosten von CHF 250–400 000 auf die Baueingabe und die Bewältigung von Rechtsmitteln entfallen.

<sup>3</sup> Alle Hervorhebungen hs.

**5. Voraussehbarkeit schliesst Unzumutbarkeit aus** – zum *wichtigen Grund*: «Das ausserordentliche Kündigungsrecht gemäss Art. 226g Abs. 1 OR entspricht dem allgemeinen Grundsatz, dass Dauerschuldverhältnisse aus wichtigen Gründen vorzeitig beendet werden dürfen (BGE 122 III 262 E. 2a/aa) ... Die Gründe müssen inhaltlich so beschaffen sein, dass der kündigende Partei nach objektiver Beurteilung die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zur nächsten vertraglich vorgesehenen Auflösungsmöglichkeit nicht mehr zugemutet werden kann, was gemäss Art. 4 ZGB aufgrund der Würdigung der Umstände im Einzelfall zu entscheiden ist» (E. 2.1).

**a.** Zwar können nicht nur «objektive Gründe, sondern *auch persönliche Gründe* insbesondere der kündigenden Partei die Unzumutbarkeit begründen». So hielt das Bundesgericht es nicht für ausgeschlossen, «einen wichtigen Grund für eine ausserordentliche Kündigung im Umstand zu erkennen, dass ein Vermieter ... wegen der Art der Nutzung des vermieteten Objektes durch den Mieter von seiner eigenen Geschäftskundschaft mit der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen bzw. mit einem Boykott konfrontiert wird – vor allem wenn das Interesse der Parteien des Mietvertrages in keinem Verhältnis zur entsprechenden Umsatzeinbusse des Vermieters steht» (E. 2.1). In casu aber brauchte das Gericht sich nicht festzulegen.

**b.** Denn von vornherein kann die «Unzumutbarkeit der Erfüllung eines Mietvertrages ... nur bejaht werden, wenn die angerufenen Umstände bei Vertragsschluss *weder bekannt noch voraussehbar waren und nicht auf ein Verschulden der kündigenden Partei zurückzuführen sind* (BGE 122 III 262 E. 2a/aa)» (E. 2.2). Diese Voraussetzungen waren hier nicht erfüllt.

**c.** Und zwar scheiterte die Klägerin daran, dass «zur Zeit des Vertragsabschlusses Bestrebungen zur Errichtung von Mobilfunkantennen in den betroffenen Gemeinden regelmässig heftige Opposition auslösten und die Medien den entsprechenden Reaktionen der Bevölkerung breiten Raum einräumten ... Der Schluss der Vorinstanz ist bei dieser Sachlage nicht zu beanstanden, dass der Widerstand der Dorfbevölkerung ... im Zeitpunkt des Vertragsschlusses Mitte 2001 voraussehbar war. Dass die Reaktion möglicherweise noch etwas heftiger oder deutlicher ausfiel als an anderen Antennen-Standorten, ändert ... nichts an der objektiven Voraussehbarkeit einer Beeinträchtigung ihrer Geschäftsbeziehungen zur Dorfkundschaft. Sie konnte nicht damit rechnen, dass ihre Kunden – die in vorhersehbarer Weise mit einer Mobilfunkantenne mitten im Dorf nicht einverstanden waren – ihre Geschäftsbeziehungen zur Dorfgarage weiterhin unverändert aufrechterhalten würden» (E. 2.2).

**6. Anfechtung entbehrlich.** Dies deshalb, weil das fragliche Mietobjekt weder als Wohn- noch als Geschäftsraum zu qualifizieren war, so dass «die besonderen Schutzbestimmungen für die Miete von Wohn- und Geschäftsräumen keine Anwendung» fanden. So war die Beklagte auch nicht verpflichtet, «innert bestimmter Frist auf die einseitige Gestaltungserklärung der Kündigung zu reagieren und sich dieser in bestimmter Weise zu widersetzen» (E. 3).

### III. Kommentar

**7. Zur Vertragsqualifikation.** Das Bundesgericht ging von einem Mietvertrag und damit von einem Schuldverhältnis aus. Grundsätzlich bleibt die von den Parteien gewählte Ausdrucksweise auf die Qualifikation ihres Vertrages ohne Einfluss (Art. 18 Abs. 1 OR, BGE 99 II 313). Und doch dürfte der Umstand, dass die Ver-

tragsurkunde mit Mietvertrag überschrieben war, eine Rolle gespielt haben. Denn im Sinne einer natürlichen Vermutung muss der Bezeichnung jedenfalls dann «wesentliche Bedeutung beigegeben werden, wenn die Parteien geschäftsgewandte Personen sind, bei denen eine gewisse Vertrautheit mit der Terminologie des Gesetzes vorausgesetzt werden darf» (BGE 48 II 229 E. 2).<sup>4</sup> Das Bundesgericht also schloss auf Mietvertrag. Selbstredend aber hätten die Parteien auch zu sachenrechtlichem Instrumentarium greifen und ein Baurecht errichten können. Was die Form angeht, hätte die für ihren Vertrag gewählte einfache Schriftlichkeit angesichts der vereinbarten Laufzeit<sup>5</sup> zwar ausgereicht (Art. 732 sowie Art. 779a ZGB, e contrario).<sup>6</sup> Stets unverzichtbar ist jedoch die Eintragung in das Grundbuch als Verfügungsgeschäft, durch das ein Baurecht als dingliches Recht erst entsteht (Art. 731 Abs. 1 ZGB). Während im bundesgerichtlichen Urteil davon nicht weiter die Rede ist, findet sich im erstinstanzlichen Urteil die Feststellung, dass der Vertrag im Grundbuch vorgemerkt worden war.<sup>7</sup> Alsdann führt die erste Instanz – die auch einen Baurechtsvertrag in Betracht zog – aus, somit liege «eine Eintragung im Grundbuch vor, welche allenfalls noch zu korrigieren wäre». Wie es sich damit verhält, ist hier nicht weiter zu untersuchen. Festzuhalten aber ist, dass ein Baurechtsvertrag (unter anderem) «la volonté des parties de constituer un droit réel» (BGE 95 II 615) voraussetzt. Genau darauf kommt es bei der Abgrenzung zwischen Miet- und Baurechtsvertrag entscheidend an.

**8. Zum wichtigen Grund.** Einmal mehr bekräftigt das Bundesgericht den allgemeinen Grundsatz, nach dem Dauerverträge aus wichtigem Grund vorzeitig-ausserordentlich gekündigt werden können (etwa schon BGE 92 II 300 E. b).<sup>8</sup> Auf den ersten Blick steht diese Befreiungsmöglichkeit in Widerspruch zum Prinzip, dass Vertragstreue gerade auch bei veränderten Verhältnissen geschuldet ist. Doch wird dieses Prinzip seinerseits durch den Grundsatz von Treu und Glauben begrenzt, der «je nach dem Kulturturniveau in grösserem oder geringerem Masse» (BGE 60 II 210) verlangt, dass eine Partei nicht gebunden bleibt, wo ihr die Fortsetzung des (unveränderten) Vertrages unerträglich ist.

**a.** Eine praktisch bedeutsame Limitierung führte im hier besprochenen Fall zu einem Urteil, durch das sich die Vermieterin ungeachtet recht massiver Belastungen zur Fortführung des Mietverhältnisses gezwungen sah. Diese Limitierung ergab sich aus der (negativen) Voraussetzung, nach der die Gründe, aus denen die Fortführung des Vertrages als nicht mehr tragbar erscheint, einzig dann beachtlich sind, wenn sie bei Vertragsschluss *nicht voraussehbar* waren. Zwar können derartige Gründe durchaus in der Person der auflösungswilligen Partei liegen und brauchen in diesem Sinne keine objektiven Gründe zu sein.<sup>9</sup> Doch greift eine objektive Betrachtungsweise in zweifacher Hinsicht: erstens bei der Frage der Unzumutbarkeit und zweitens bei der Frage der

<sup>4</sup> Vgl. JÄGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar, N 223 zu Art. 18 OR.

<sup>5</sup> Als dauernd gilt ein Baurecht erst dann, wenn es «auf wenigstens dreissig Jahre oder auf unbestimmte Zeit begründet erscheint» (Art. 7 Abs. 2 Ziff. 2 GBV).

<sup>6</sup> Siehe SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 2. Aufl., Zürich 2003, Rz. 1384.

<sup>7</sup> Bei der Immobiliarmiete kann nach Art. 261 OR bekanntlich vereinbart werden, «dass das Verhältnis im Grundbuch vorgemerkt wird» (Abs. 1), wodurch das Gebrauchsrecht des Mieters mit der in Abs. 2 umschriebenen, realobligatorischen Wirkung ausgestattet wird (dazu BGE 92 II 156, präzisierend TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Zürich 2002, S. 799 f.).

<sup>8</sup> Eingehend dazu GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, Freiburg 1968, S. 173 ff.

<sup>9</sup> So auch etwa HIGI, Zürcher Kommentar, N 44 ff. zu Art. 266g OR.

Voraussehbarkeit, so dass die subjektive Einschätzung bedeutungslos ist. Dass auch die letztgenannte Hürde nicht leicht zu nehmen ist, belegt gerade unser Fall, in dem sich die Vermieterin bei einem Jahresmietzins von CHF 4000 einen Umsatzrückgang, Boykottandrohungen und persönliche Anfeindungen – so noch die erste Instanz, die den wichtigen Grund bejahte – eingehandelt hatte. Im Urteil der beiden Berufungsinstanzen waren diese Umstände voraussehbar, wobei das Bundesgericht aber andeutete, dass es sie bei Nichtvorhersehbarkeit wohl hätte gelten lassen.

**b.** Das Bundesgericht misst dem Umstand, dass die «Reaktion möglicherweise noch etwas heftiger oder deutlicher ausfiel als an anderen Antennen-Standorten», kein Gewicht bei und hält fest, dass dies «nichts an der objektiven Voraussehbarkeit einer Beeinträchtigung ihrer Geschäftsbeziehungen zur Dorfkundschaft» ändere. Die Umstände mögen ihm diese Einschätzung nahe gelegt haben, was man als Aussenstehender kaum zu beurteilen vermag. Losgelöst von diesem konkreten Fall aber gilt, dass selbst eine an sich (objektiv) voraussehbare Reaktion in einer solchen Intensität erfolgen kann, die nicht mehr als voraussehbar gelten kann. So verhält es sich selbst dann, wenn eine Partei sich zwar nachweislich eine bestimmte Entwicklung ausrechnete, dabei aber deren Wucht unterschätzte.

**c.** Das Bundesgericht negierte den wichtigen Grund, weshalb es auf die Ersatzfolgen einer wirksamen Kündigung nicht einzugehen brauchte. Die Frage hätte sich gestellt, wenn das Gericht die Voraussehbarkeit verneint hätte. Die Folgen sind in Art. 266g Abs. 2 OR geregelt, der dem Richter aufgibt, «die vermögensrechtlichen Folgen der vorzeitigen Kündigung unter Würdigung aller Umstände» zu bestimmen. Maximal ist Ersatz im Umfang des positiven Vertragsinteresses geschuldet<sup>10</sup>, der die gekündigte Partei so stellt, als wäre der nunmehr aufgelöste Vertrag bis zum Ende seiner ordentlichen Laufzeit durchgehalten worden.<sup>11</sup> Doch hat der Richter die Umstände in Rechnung zu stellen (so ausdrücklich Art. 226g Abs. 2 OR), was sich für eine allfällige Verletzung der Obliegenheit zur Schadensminderung von selbst versteht, es aber auch nahe legt, etwa das Kündigungsmotiv zu berücksichtigen<sup>12</sup>. Ein Verschulden der kündigenden Partei setzt die Bestimmung augenscheinlich nicht voraus, was sie zur Kausalhaftung macht<sup>13</sup>. Umgekehrt spielt es eine Rolle, wenn nicht die kündigende, sondern die *gekündigte Partei* für den wichtigen Grund einzustehen hat. Und zwar ist zum einen ihr allfälliger Ersatzanspruch nach Massgabe des Art. 44 Abs. 1 OR zu reduzieren. Zudem wird sie aus Art. 97/101 OR selber ersatzpflichtig, soweit die kündigende Partei einen Schaden erlitten hat.

**9. Zur Anfechtung.** Sie war, wie schon erwähnt, mit Blick auf die Art des Mietobjekts entbehrlich. Anzuführen ist, dass die Beklagte von einer Anfechtung selbst dann hätte absehen können, wenn sie einen Geschäftsraum gemietet hätte. Denn die mietrechtliche Kündigung aus wichtigem Grund nach Art. 266g OR erreicht ihr Ziel nur, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind. Wo es daran fehlt, verpufft eine entsprechende Gestaltungserklärung wirkungslos, ohne dass die Gegenseite sich ihr zu widersetzen hätte<sup>14</sup>. Immerhin ist der Fall auszunehmen, da ihr Verhalten nach Treu und Glauben auf eine konkludente Genehmigung der Vertragsauflösung schliessen lässt. Unter dieser Voraussetzung wird der Vertrag auch dann beendet, wenn eine ausserordentliche Kündigung dieses Ziel verfehlte.

**10. Zum Schluss.** Es sehe sich vor, wer als Vermieter einen solchen Vertrag eingeht! Die Bindung ist dauerhaft, der Rummel voraussehbar, die vorzeitige Vertragsauflösung kaum möglich – und der Mietzins bei alledem bescheiden. Wer sich aber darauf einlassen will, hat die künftigen Entwicklungen bei der Redaktion der Kündigungsgründe in Rechnung zu stellen. Denn den Parteien steht es (in den Schranken des Art. 19 Abs. 2 OR) frei, die Gründe, die zu einer ausserordentlichen Vertragsbeendigung berechtigen sollen, zu definieren – es gibt keinen Rechtssatz, wonach die vorzeitige Vertragsauflösung in jedem Falle nur bei objektiver Unzumutbarkeit (aus wichtigen Gründen) überhaupt zulässig ist.

<sup>10</sup> Dazu Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechts vom 27. März 1985, BB1 1985, Bd. I, S. 1451; BGE 61 II 2261 E. 3.

<sup>11</sup> Nur auf den ersten Blick wird die kündigende Partei so dazu angehalten, den Vertrag im Wege der Ersatzleistung bis zur ordentlichen Beendigung zu erfüllen. Dass durchaus ein Unterschied besteht, zeigt sich schon daran, dass die Auflösung des Vertrages die Schadensminderungsobliegenheit der ersatzberechtigten Partei aktiviert.

<sup>12</sup> Vgl. auch WEBER, Basler Kommentar, N 9 zu Art. 266g OR; zurückhaltender aber HIGI, Zürcher Kommentar, N 80 zur Art. 266g OR.

<sup>13</sup> Selbst wenn man befürwortet, dass ein geringes Selbstverschulden der Berufung auf einen wichtigen Grund nicht entgegensteht (zur Rechtslage im Einzelarbeitsvertragsrecht STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 5 zu Art. 337 und N 4 zu Art. 337b OR), kann seine Geringfügigkeit bei der Ersatzbemessung nicht eingestellt werden (BGE 97 II 228 E. 5).

<sup>14</sup> HIGI, Zürcher Kommentar, N 67 zu Art. 266g OR. Anders die Rechtslage im Arbeitsrecht, wo nach Art. 337c OR das Arbeitsverhältnis auch dann beendet wird, wenn es an einem wichtigen Grund fehlt, vgl. z.B. STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 5 zu Art. 337c OR.