

Dokument	BJM 2014 S. 189
Urteilsdatum	11.12.2012
Gericht	Basel-Stadt, Appellationsgericht
Publikation	Basler juristische Mitteilungen
Rechtsgebiete	Miete und Pacht

BJM 2014 S. 189**OBLIGATIONENRECHT BS**

Zum Begriff «dringender Eigenbedarf des Vermieters» gemäss Art. 271a Abs. 3 lit. a OR: Es ist auf die wahren Interessen des Vermieters abzustellen; vorgeschobene Kündigungsgründe sind unbeachtlich.

Im April 2005 schlossen Helene B. als Vermieterin und Christian G. als Mieter einen Mietvertrag über eine 5-Zimmer-Wohnung ab. Am 27.12.2008 kündigte Helene B. das Mietverhältnis ein erstes Mal. Die Staatliche Schlichtungsstelle für Mietstreitigkeiten (SSM) befand diese Kündigung mit Entscheid vom

BJM 2014 S. 189, 190

19.3.2009 als ungültig. Am 31.7.2009 kündigte B. erneut. Auch diese Kündigung wurde von der SSM als ungültig aufgehoben. Eine weitere Kündigung von Helene B. vom 28.1.2010 wurde von der SSM mit Entscheid vom 21.4.2010 für ungültig erklärt.

Am 17.1.2011 gelangte Christian G. an die SSM mit einem Begehren um Mietzinsreduktion und Inkonvenienzentschädigung für die Dauer von Sanierungsarbeiten. Eine erste Verhandlung in dieser Angelegenheit fand vor der SSM am 30.3.2011 statt, ein Augenschein und die zweite Verhandlung folgten am 14.7.2011.

Am 18.4.2011 kündigte Helene B. den Mietvertrag per 31.7.2011 ein viertes Mal mit der Begründung des dringenden Eigenbedarfs. Christian G. focht diese Kündigung bei der SSM an. Der von der SSM unterbreitete Urteilstvorschlag wurde von Helene B. abgelehnt, worauf sie am 25.7.2011 die Klagebewilligung erhielt. Am 26.8.2011 reichte sie beim Zivilgericht Klage ein und beantragte die Feststellung, dass die Kündigung vom 18.4.2011 nicht missbräuchlich sei. Die Mietrichterin wies die Klage von Helene B. ab. Dagegen erhob diese Berufung an das *Appellationsgericht*. Dieses erwog:

2.1. Die vorliegende Kündigung ist unbestritten während mehrerer laufender dreijähriger Kündigungssperrfristen und während eines hängigen Verfahrens erfolgt. Gemäss Art. 271a Abs. 3 lit. a OR steht die Sperrfrist, die im Anschluss an das Schlichtungsverfahren gilt, der Kündigung des Vermieters insbesondere dann nicht entgegen, wenn diese wegen dringenden Eigenbedarfs des Vermieters selbst oder naher Verwandter oder Verschwägerter erfolgt. Strittig ist vorliegend, ob der Kündigungsgrund des dringenden Eigenbedarfs erfüllt ist.

2.2. Die Berufungsklägerin stützt ihren Rechtsstandpunkt im Wesentlichen auf die Zeugenaussage ihres Sohnes Urs B. Die Vorinstanz hat festgehalten, dass die Berufungsklägerin den von ihr geltend gemachten dringlichen Eigenbedarf für ihren Sohn nicht rechtsgenügend belegt habe und die von ihr wegen dringenden Eigenbedarfs ausgesprochene Kündigung deshalb als missbräuchlich zu qualifizieren

sei. Die Berufungsklägerin bemängelt zunächst, dass die Vorinstanz nicht zur Kenntnis genommen habe, dass der Berufungsbeklagte die Wohnung dauerhaft einem Untermieter untervermietet habe, weshalb der Berufungsbeklagte kein eigenes Wohninteresse gehabt habe. ...

BJM 2014 S. 189, 191

Aus dem Verhandlungsprotokoll vom 19.1.2012 ergibt sich, dass Urs B. als Zeuge einvernommen wurde (Art. 169 ZPO). Er führte aus, er sei nicht offiziell von seiner Frau getrennt, er lebe einfach nicht mehr mit ihr zusammen ... Er hätte in das Hinterhaus (der Liegenschaft der Berufungsklägerin) ziehen wollen, wenn er nur ein Bad und eine Küche gehabt hätte. Ausserdem müsse man dringend das Treppenhaus sanieren, von der Wohnung des Berufungsbeklagten «ein Zimmer wegnehmen und dort einen neuen Aufgang zum Estrich machen». Er habe per Ende Januar 2012 seine Stelle verloren ... Er lebe von der Hand in den Mund ...

2.3. Zunächst ist festzuhalten, dass es zutrifft, dass der unter Wahrheitspflicht stehende Zeuge seine Aussagen nicht auch noch zu beweisen hat. Sein Zeugnis – das anschliessend der Beweiswürdigung des Gerichts unterliegt – stellt eine eigenständige Form des Beweises dar. Umstände wie eine verwandtschaftliche Beziehung oder ein eigenes Interesse am Ausgang des Verfahrens sind jedoch vom Gericht im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu berücksichtigen, wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat. Dabei ist auch die Besonderheit der Konstellation von Art. 271a Abs. 3 lit. a OR zu berücksichtigen, wonach der Eigenbedarf durch nahe Verwandte auch von diesen bestätigt werden muss. Als Beweismittel stehen der Berufungsklägerin einerseits – wie hier – Zeugenaussagen zur Verfügung, andererseits kann sie auf weitere Beweismittel wie etwa Urkunden (betreffend Lohnabrechnungen, Suchbemühungen für Wohnungen, verfügbare Wohnungen) zurückgreifen (vgl. Art. 177 ff. ZPO; *Higi*, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 2b: Die Miete, Art. 271–274g OR, Zürich 1996, Art. 271a OR N 204). Die Beweislast für die Behauptung der Berufungsklägerin, dass dringender Eigenbedarf besteht, liegt bei ihr (Art. 8 ZGB); sie hat nachzuweisen, dass der dringende Eigenbedarf gegeben ist (*Higi*, a.a.O., Art. 271a N 204 mit Hinweisen; *Conod*, in: *Bohnet/Montini* [Hrsg.], *Droit du bail à loyer*, Basel 2010, Art. 271a OR N 64; BGer 4A_225/2007 vom 24.10.2007 E. 5.2.2; BGer 4C.17/2006 vom 27.3.2006, mp 2006 S. 212, 214). Ein Vermieter, der nach mehreren Streitigkeiten wegen dringenden Eigenbedarfs kündigt, muss diesen genau nachweisen können (CJ GE vom 8.12.2003, mp 2004 S. 225 ff.; *Lachat/Thanei*, in: *Lachat et al.*, *Mietrecht für*

BJM 2014 S. 189, 192

die Praxis, 8. Auflage, Zürich 2009, S. 619). Erfolgt seine Kündigung unmittelbar nach einem für ihn ungünstigen Ausgang einer Mietstreitigkeit, muss er den Verdacht einer Rache Kündigung mit konkreten Anhaltspunkten zerstreuen können (BGer 4C.17/2006 vom 27.3.2006, mp 2006 S. 212 ff.). Vorliegend muss die Berufungsklägerin angesichts des Zeitpunkts der Kündigung zwischen zwei Schlichtungsverhandlungen und während dreier Sperrfristen solche Anhaltspunkte nachweisen bzw. entsprechende Gegenindizien klar zerstreuen können.

2.4. In der Sache bringt die Berufungsklägerin vor, dass ihr Sohn «weder in seiner ehemaligen, ehelichen Wohnung, noch in seinem früheren Atelier wohnen kann», weshalb es «das Nächstliegende» sei, «dass er in der Wohnung seiner Mutter Unterschlupf findet ...» Die Liegenschaft der Berufungsklägerin verfüge über ein Atelier im Hinterhaus, welches «zwar eine Kochgelegenheit und eine Toilette aufweist, indessen keine angemessene Waschgelegenheit». Es sei daher unzumutbar, in diesem Atelier zu wohnen, was die Vorinstanz verkannt habe. ... Aktuell verfüge er über kein zureichendes Einkommen und würde deshalb auch kaum eine eigene Wohnung finden können ... Der Renovationsbedarf in der Wohnung des Berufungsbeklagten sei nicht dringend, es stehe lediglich die Renovation und insbesondere der Einbau einer Treppe, welche direkt vom Treppenhaus zum Estrich führt, an, damit die anderen Mieter direkten Zutritt zu den Estrichabteilen erhalten würden. Dafür müsste ein halber Raum der Wohnung abgetrennt werden. Dies würde der Sohn der Berufungsklägerin ohne Weiteres in Kauf nehmen, dies im Gegensatz zum Berufungsbeklagten. ... Würde – was die Vorinstanz unterlassen habe – eine Interessenabwägung vorgenommen, würden

diese Interessen der Berufungsklägerin diejenigen des Berufungsbeklagten weit überwiegen. Dieser habe die Wohnung lange Zeit mit Gewinn untervermietet, halte sich eher selten in Basel auf ... Er habe gar kein eigenes Wohninteresse.

Der Berufungsbeklagte wendet ein, es bestehe der begründete Verdacht, dass «auch der in dieser Kündigung vorgebrachte Grund vorgeschoben wurde, um das Mietverhältnis zu beenden», die Kündigung sei in Tat und Wahrheit u.a. «aber ein Racheakt dafür (...), dass der Berufungsbeklagte mit seiner Eingabe vom 17.1.2011 eine Reduktion des Nettomietzinses aufgrund des ge-

BJM 2014 S. 189, 193

sunkenen Referenzzinssatzes (...), eine Mietzinsreduktion für die Dauer der Beeinträchtigungen der Sanierungsarbeiten an der Liegenschaft und in seiner Wohnung sowie eine Behebung der Mängel am Mietobjekt verlangte». Eine derart motivierte Kündigung sei gestützt auf Art. 271 Abs. 1 i.V.m. Art. 271a lit. a, d und e OR rechtsmissbräuchlich. Der Berufungsbeklagte wohne seit dem 16.5.2005 in der Wohnung und habe sie einzig vom 31.12.2010 bis 31.12.2011, als er oft beruflich international unterwegs gewesen sei, sowie während der Uhren- und Schmuckmesse 2008 vermietet. ...

2.5. Wird die Kündigung innerhalb einer Kündigungssperrfrist gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. d und e OR ausgesprochen, wird ein Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und damit die Missbräuchlichkeit der Kündigung vermutet (BGE 131 III 33 E. 3.1 S. 36; BGer 4A_345/2007 vom 8.1.2008 E. 2.4.3). So soll beispielsweise nicht gekündigt werden können, um ein missliebiges Gerichtsverfahren dadurch zu beenden oder den Mieter um die Früchte seines (erfolgreichen) Prozessierens zu bringen (BGE 131 III E. 3.2 S. 36). Der Gesetzgeber erlaubt dem Vermieter jedoch, die Vermutung einer missbräuchlichen Kündigung nach Art. 271a Abs. 1 lit. d und e OR umzustossen und zählt dazu sechs Fälle auf, die den zeitlichen Kündigungsschutz einschränken: Art. 271a Abs. 3 lit. a (dringender Eigenbedarf des Vermieters), lit. b (Zahlungsrückstand des Mieters), lit. c (schwere Verletzung der Pflicht des Mieters zu Sorgfalt und Rücksichtnahme), lit. d (Veräusserung der Sache), lit. e (wichtige Gründe) oder lit. f (Konkurs des Mieters). Damit wird den berechtigten Interessen der Vermieterschaft Rechnung getragen. Der vorliegend geltend gemachte dringende Eigenbedarf im Sinne von Art. 271a Abs. 3 lit. a OR ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. BGE 132 III 737 E. 3.4.3 S. 745 mit Hinweisen) immer dann gegeben, wenn es dem Vermieter aus wirtschaftlichen oder anderen Gründen nicht zumutbar ist, auf die Benutzung der vermieteten Wohnung oder des Hauses zu verzichten. Beim Entscheid über diese Frage sind alle erheblichen Umstände des Falles zu würdigen. Das Erfordernis der Dringlichkeit ist dabei nicht allein zeitlich, sondern auch sachlich zu verstehen. Es müssen Gründe vorliegen, denen auch nach objektiver Beurteilung eine gewisse Bedeutung zukommt (BGE 118 II 50 E. 3c; BGer 4C:17/2006 vom

BJM 2014 S. 189, 194

27.3.2006 = MRA 2006, S. 61 ff.; BGer 4C:400/2001 vom 4.3.2002 E. 3a; *Weber*, Basler Kommentar OR I, 5. Auflage, Basel 2011, Art. 271/271a N 28 mit Hinweisen). Der Bedarf muss sich auf den direkten Gebrauch durch den Vermieter selbst oder eine der im Gesetz erwähnten ihm nahe stehenden Personen beziehen (*Higi*, a.a.O., Art. 271a OR N 190; BGE 132 III 737 E. 3.4.3 S. 745). Der dringende Eigenbedarf muss ernsthaft, aktuell und ausgewiesen sein (*Lachat/Spirig*, in: Lachat et al., Mietrecht für die Praxis, 8. Auflage, Zürich 2009, S. 558; BGer 4C:17/2006 vom 27.3.2006 E. 3.1). Eine Zwangslage der Vermieterschaft wird jedoch nicht vorausgesetzt (vgl. BGE 118 II 50 E. 4 S. 57). Kann der Vermieter seine Raumbedürfnisse anderweitig abdecken und ist ihm dies angesichts der gesamten Umstände zumutbar, ist keine Dringlichkeit vorhanden; gemeint ist daher ein unbedingter und rascher sowie ernsthafter Eigenbedarf (*Weber*, a.a.O., Art. 271/271a OR N 28 und a.a.O., Art. 272 OR N 11). Wenn ein Vermieter aufgrund dringenden Eigenbedarfs das Mietverhältnis beendet und ihm dieser Umstand gleichzeitig aufgrund persönlicher Differenzen mit dem Mieter nicht ungelegen kommt, bedeutet dies nicht bereits eine Rache- oder auf andere Weise missbräuchliche Kündigung (AGE 942/2008 vom 28.10.2008 E. 3.2). Es ist jedoch auf die wahren Interessen der Parteien abzustellen, weshalb bloss vorgeschobene



Kündigungsgründe unbeachtlich sind und die Vermutung der Missbräuchlichkeit nicht aufheben (vgl. BGE 120 II 31 E. 4a S. 33).

2.6. Wie der Zeugenaussage sowie der Erklärung des Sohnes der Berufungsklägerin vom 28.6.2011 zu entnehmen ist, hat der Sohn mangels Einkommen und mangels vorhandener zumutbarer Wohnung ein Interesse daran, in eine Wohnung der Mutter zu ziehen, die gegebenenfalls auf einen Mietzins verzichten kann. Insoweit ist grundsätzlich – und entgegen der Auffassung der Vorinstanz – ein Eigenbedarf der Berufungsklägerin für ihren Sohn anzunehmen. Dieser muss nach der Lehre und Rechtsprechung aber auch aktuell, dringend und ernsthaft sein. Das Gericht hat dabei wie dargelegt alle Umstände des Einzelfalles zu würdigen (BGE 118 II 50 E. 4 S. 55).

Die vorliegende vierte Kündigung ist zu einem Zeitpunkt erfolgt, der besonders konfliktgeladen war, mithin zwischen der ersten und der zweiten Verhandlung eines hängigen Schlichtungs-

BJM 2014 S. 189, 195

verfahrens und nach der dritten aufgehobenen Kündigung. Die zeitliche Nähe dieser Ereignisse lässt vermuten, dass zwischen ihnen ein Kausalzusammenhang besteht. Zudem hat sich die Berufungsklägerin widersprüchlich verhalten. Sie hat einerseits dem Berufungsbeklagten gekündigt und andererseits auf dem Kündigungsschreiben seinem Untermieter in Aussicht gestellt, dass sich für ihn eventuell eine Lösung finden lasse («Dem Untermieter ... kann evtl. eine Lösung angeboten werden»). Somit ist davon auszugehen, dass sie auch ihrem Sohn eine entsprechende Lösung (d.h. eine Wohnung) hätte anbieten können, allenfalls auch vorübergehend. Sie führt selbst aus, dass sie die Möglichkeit gehabt hätte, dem Sohn mindestens eine andere Wohnung in ihrer Liegenschaft zur Verfügung zu stellen. Wie auch der Berufungsbeklagte ausführte, sei zum gleichen Zeitpunkt, wie er die Kündigung erhalten hat, im ebenfalls der Berufungsklägerin gehörenden Haus nebenan eine Wohnung frei gewesen, die gleich gross gewesen sei, aber drei Zimmer gehabt habe. Dies sei auch noch an der Schlichtungsverhandlung unbestritten gewesen. Die Berufungsklägerin führte aus, sie habe ihrem Sohn diese andere Wohnung nicht geben wollen, weil diese frisch renoviert gewesen sei und CHF 1900.– ... statt CHF 1400.–pro Monat gekostet habe. In der 5-Zimmer-Wohnung des Berufungsbeklagten, die mit CHF 1438.– günstiger und mit Hilfe ihres Sohnes zu renovieren sei, könne dieser auch einmal seine Söhne zu sich nehmen. Dem Berufungsbeklagten habe sie im Übrigen die andere (teurere) Wohnung nicht angeboten, da sie «schon lange Streitigkeiten» hätten. Zudem habe es im 1. bis 3. Stock Mieterwechsel gegeben, da Wohnungen saniert worden seien. Im EG sei jedoch keine Wohnung frei, dort sei ein Mieter, der schon seit 20 Jahren dort wohne und die Wohnung selber saniert habe (a.a.O. S. 7).

In BGer 4A_189/2011 vom 4.7.2011 hat das Bundesgericht den vom Vermieter als dringlich erachteten Eigenbedarf für die Schwester unter anderem als vorgeschoben erachtet, weil die Schwester, für welche der dringende Eigenbedarf geltend gemacht worden war, eine während des Kündigungsschutzverfahrens in der gleichen Liegenschaft frei gewordene Wohnung nicht gemietet hatte. Vorliegend verfügt die Berufungsklägerin über zwei Liegenschaften mit mehreren Wohnungen, wobei offenbar zum relevanten Zeitpunkt der Kündigung Mieterwechsel stattge-

BJM 2014 S. 189, 196

funden haben und eine renovierte Dreizimmerwohnung zu vermieten war. Sie hätte daher mehrere Möglichkeiten gehabt, ihrem Sohn eine Wohnung zur Verfügung zu stellen oder auch das von ihm zeitweise bewohnte Atelier mit einer Waschgelegenheit auszustatten. Wenn sie dies nicht getan hat, sondern einem missliebigen Mieter («Wir haben schon lange Streitigkeiten») ... gekündigt hat, ist es der Berufungsklägerin nicht gelungen, die Ernsthaftigkeit und Dringlichkeit des Eigenbedarfs ihres Sohnes zu beweisen.

Daran ändert auch nichts, wenn die Berufungsklägerin andererseits vorbringt, sie wolle die für ihren Sohn gekündigte 5-Zimmer-Wohnung renovieren. Ihr Sohn könne dabei helfen und würde nicht dagegen opponieren, wenn ein Zimmer für den Einbau einer



Treppe zum Estrich abgetrennt würde. Abgesehen davon, dass für die vorgebrachte Grundrissveränderung noch keine allfällige Baubewilligung oder auch nur entsprechende Abklärungen vorliegen, was in diesem Zusammenhang Voraussetzung für die Annahme eines dringenden Eigenbedarfs wäre (*Lachat/Spirig*, a.a.O., S. 651 mit Hinweisen; BGE 99 II 164 E. 3 S. 166), könnte die dannzumal ebenfalls renovierte 5-Zimmer-Wohnung wiederum für einen höheren Mietzins vermietet werden und wäre für den Sohn ... zu teuer. In diesem Zusammenhang ist ferner darauf hinzuweisen, dass es ohne Weiteres als möglich erscheint, dem Sohn eine günstigere Wohnung zu bezahlen, die weniger als fünf Zimmer gross ist bzw. weniger als CHF 1438.– Miete kostet, und gegebenenfalls dafür zu garantieren. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Berufungsklägerin dem Mieter am 18.4.2011 per 31.7.2011 gekündigt hat, während ihr Sohn erst auf den 1.10.2011 eine Wohnung benötigte. ... Alle diese Indizien deuten darauf hin, dass es der Berufungsklägerin vor allem darum ging, den Berufungsbeklagten nunmehr erfolgreich aus der Liegenschaft zu kündigen. Unter Würdigung der gesamten Umstände erscheint daher die vierte Kündigung, nunmehr begründet mit dringendem Eigenbedarf, als Vorwand, um die Sperrfrist für Kündigungen zu umgehen. Die angefochtene ausserordentliche Kündigung vom 18.4.2011 erweist sich daher als unwirksam, da ihre Voraussetzungen nicht erfüllt sind (SVIT-Kommentar, Das schweizerische Mietrecht, 3. Auflage, Zürich 2008, Art. 271 OR N 16).

**Urteil des Appellationsgerichts vom 11.12.2012;
ZB.2012.26; das Bundesgericht hat eine Beschwerde
gegen dieses Urteil am 16.5.2013 abgewiesen.**