

Zeitschrift:	Wohnen
Herausgeber:	Wohnbaugenossenschaften Schweiz; Verband der gemeinnützigen Wohnbauträger
Band:	83 (2008)
Heft:	5
Rubrik:	Recht

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 23.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>



Ruedi Schoch

Schriftliche Anfragen an:

SVW
 Rechtsdienst
 Bucheggstrasse 109
 8042 Zürich

Telefonische Auskünfte:

044 362 42 40
 Mo–Do 8.30–11.30 Uhr
 ruedi.schoch@svw.ch
 enrico.magro@svw.ch

Wichtige Bundesgerichtsentscheide zum genossenschaftsrechtlichen Mietverhältnis

Das Bundesgericht hatte sich in verschiedenen Entscheidungen im Januar und Februar 2008 mit der Frage der Überwälzung des Baurechtszinses auf die Mieterschaft, der Frage der Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Anfechtung der Anfangsmiete und mit der Frage des Mietvertrages als Grundlage für das Rechtsöffnungsverfahren auseinanderzusetzen.

Der Mietvertrag als Rechtsöffnungstitel

Die Parteien hatten einen festen Mietvertrag bis am 31. März 2009 abgeschlossen. Die Mieterin hat das Mietobjekt jedoch bereits per Ende November 2006 verlassen und der Vermieterin die Schlüssel zukommen lassen. Strittig war nunmehr die Restforderung des Mietzinses. Diese war insbesondere umstritten, weil zwischen den Parteien auch Differenzen bestanden, ob der Mieter dem Vermieter einen zumutbaren neuen Mieter vorgeschlagen hatte.¹

Der Einzelrichter am Bezirksgericht Zürich hatte in einem Rechtsöffnungsverfahren (vgl. Kasten) die Forderung des Vermieters teilweise abgewiesen mit der Begründung, dass nach der Rückgabe der Mietsache kein Mietverhältnis mehr bestanden habe, weshalb der ursprüngliche

Mietvertrag für die genannte Zeit nicht mehr als sogenannt provisorischer Rechtsöffnungstitel verwendet werden könnte. Eine dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom Obergericht des Kantons Zürich abgewiesen, weshalb die Angelegenheit dem Bundesgericht unterbreitet werden konnte, das nunmehr gegenteilig entschieden hat.

Das Bundesgericht hatte dabei die Frage zu entscheiden, ob der Mietvertrag im Falle der vorzeitigen Rückgabe des Mietobjektes ohne Nennung eines zumutbaren Nachmieters immer noch einen Rechtsöffnungstitel darstellt oder eben nicht. Diese Frage war bis anhin sowohl von der Lehre als auch von verschiedenen Gerichtsstellen unterschiedlich beantwortet worden. Das Bundesgericht hat nun klar festgehalten, dass der Mietvertrag selbst bei einer vorzeitigen Rückgabe der Mietsache die Grundlage für ganz unterschiedliche Pflichten des Mieters sei, die dieser mit der Unterzeichnung des Mietvertrages auch anerkannt habe.

Bei einer vorzeitigen Rückgabe des Mietobjektes im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen fällt der Mietvertrag zwischen den ursprünglichen Parteien nämlich nur dahin, wenn die gesetzlichen Voraussetzun-

gen von Art. 264 OR (vgl. Fussnote 1) erfüllt sind. Ist dies nicht der Fall, so läuft das Mietverhältnis grundsätzlich bis zur ordentlichen Beendigung weiter. Eine rechtstechnische Frage, ob nämlich in diesem Zusammenhang von einem vertraglichen Erfüllungsanspruch oder einer gesetzlichen Ersatzpflicht die Rede sei, klärte das Bundesgericht nicht weiter, sondern hielt Folgendes fest: «Mit der Unterzeichnung des Mietvertrages anerkennt der Mieter die Pflicht zur Mietzinszahlung nicht nur für die Dauer des Besitzes der Mietsache. Vielmehr bezieht sich die Anerkennung auf die gesamte Vertragsdauer. Daran ändert auch die Regelung in Art. 264 Abs. 3² nichts; die entsprechenden Umstände, welche zu einer Reduktion der Leistungspflicht führen, sind gegebenenfalls vom Mieter als Einwendungen im Rechtsöffnungsverfahren geltend zu machen.»

Sofern es dem Mieter im Rechtsöffnungsverfahren nicht gelingt, glaubhaft zu machen, dass er das Mietobjekt einerseits vorzeitig zurückgegeben sowie andererseits einen zumutbaren Nachmieter im Sinne von Art. 264 OR gestellt hat, ist dem Vermieter daher die provisorische Rechtsöffnung bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin (oder wie vorliegend bis zum vereinbarten Endtermin des Mietvertrages) zu gewähren.

Das Bundesgericht hat mit seiner Entscheidung zur Klärung einer bis anhin offenen Rechtsfrage beigetragen. Mangels Erreichen des notwendigen Streitwertes wäre der Rechtsweg ans Bundesgericht eigentlich gar nicht offen gestanden. Aus Sicht des Bundesgerichtes bestand jedoch ein allgemeines Interesse, die sich in der Praxis immer wieder stellende Frage im Zusammenhang mit den ausserterminlichen Kündigungen höchststrichterlich zu klären und

Das Rechtsöffnungsverfahren

Eine Rechtsöffnung stellt die gerichtliche Beseitigung der Sperrwirkung des sogenannten Rechtsvorschlages dar. Jeder Schuldner kann in einer gegen ihn eröffneten Betreibung sogenannt Rechtsvorschlag erheben. Damit wird das Betreibungsverfahren einstweilen gestoppt. Auf ein entsprechendes Gesuch des Gläubigers erteilt der Richter die sogenannt provisorische Rechtsöffnung, sofern der Gläubiger für seine Forderung einen provisorischen Rechtsöffnungstitel vorweisen kann. Darunter wer-

den Schuldanererkennungen oder eben auch zweiseitige Verträge wie ein Mietvertrag verstanden, worin sich der Schuldner unterschrieben verpflichtet hat, dem Gläubiger einen bestimmten Geldbetrag zu überweisen. Ein Schuldner (auch der Mieter) kann im Verfahren immer noch Einwendungen vorbringen, dass der Vermieter seinerseits seine Gegenleistung nicht vertragskonform erfüllt habe. Das Rechtsöffnungsverfahren hat gegenüber dem ordentlichen Zivilprozess den Vorteil, dass es in der Regel schneller und kostengünstiger ist.



für eine einheitliche Rechtsanwendung zu sorgen. Es ging entsprechend davon aus, dass sich eine neue Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung gestellt habe, so dass es unabhängig vom Streitwert auf die Beschwerde eintreten konnte.³ Trotz des Ob-siegs vor Bundesgericht ist das vorliegende Verfahren noch nicht zu Ende, da der Streit nochmals ans Bezirksgericht Zürich zur neuen Beurteilung zurückgewiesen worden ist. Es ist noch der bisher nicht behandelte Einwand des Mieters zu prüfen, wonach er den Mietvertrag vor Rückgabe des Mietobjektes zusätzlich wegen Grundlagenirrtums angefochten beziehungsweise fristlos gekündigt habe.⁴

Der Baurechtszins in mietvertraglicher Hinsicht

Mittels einer Anpassung auf dem amtlichen Formular versuchte die Vermieterin, eine Mietzinserhöhung durchzusetzen. Sie begründete die Erhöhung einerseits mit dem Teuerungsausgleich, der allgemeinen Kostensteigerung und schliesslich der Erhöhung des Baurechtszinses. Davon zog sie infolge gesunkener Hypothekarzinsätze wiederum 3% ab. Aus dem Begleitschreiben der Vermieterin wurde ersichtlich, dass die Erhöhung des Baurechtszinses infolge Ablauf des bestehenden Baurechtsvertrags beziehungsweise einer entsprechenden Erhöhung des Baurechtszinses entstanden war.

Das zu guter Letzt angerufene Bundesgericht hatte die Frage zu prüfen, über welchen Vertragsinhalt die Parteien einig gewesen waren. Der dem Sachverhalt zugrunde liegende Mietvertrag schweigt sich über die Basis für die Berechnung des vereinbarten Mietzinses nicht aus, sondern er erwähnt nach den Feststellungen der Vorinstanz die folgenden Faktoren: Einerseits wurde der Hypothekarzinsatz aufgenommen, andererseits ein Indexstand sowie die Kostensteigerung bis zu einem bestimmten Datum berücksichtigt. Gemäss Bundesgericht wurde mit dieser Vertragsgestaltung der Eindruck erweckt, dass im Vertrag die Basisstände von sämtlichen in der ursprünglichen Mietzinsberechnung berücksichtigten Kostenarten (Verzinsung des Fremdkapitals mit 60%, Verzinsung des Eigenkapitals mit 40%) und weitere Kosten klar deklariert wurden. Für weitere Erhöhungsgründe habe es daher, wie dies bereits die Vorinstanzen festgehalten haben, keinen Platz. Die Mieter hätten nicht damit rechnen müssen, dass eine sprunghafte Steigerung des Mietzinses wegen einer Erhöhung eines im Mietvertrag nicht erwähnten Kostenfaktors Baurechtszins bevorstehen könnte, die das übliche Mass von Betriebskostensteigerungen weit über-

steige und für sich allein betrachtet bereits einen Mietzinsaufschlag von über 21% bewirkte. Entsprechend wurde die angezeigte Mietzinserhöhung für nicht zulässig erklärt.

Nachdem die Mietzinserhöhung aus den besagten Gründen nicht zugelassen werden musste, konnte das Bundesgericht die Frage offen lassen, wie es sich mit der von der Vorinstanz weiter vertretenen Auffassung verhält, dass ein Vorbehalt angebracht oder eine klare vertragliche Regelung hätte statuiert werden müssen, damit ein Vermieter bei einer Veränderung der Baurechtszinsen den Mietzins anpassen kann. Ebenso wenig brauchte die aufgeworfene Frage beantwortet zu werden, ob selbst bei Erlaubnis einer gesonderten Anpassung der Miete aufgrund einer Veränderung der Baurechtszinsen die Basis für die Überwälzung von Veränderung der Hypothekarzinsen verändert bzw. die Überwälzungssätze gemäss Art. 13 Abs. 1 VMWG hätten vermindert werden müssen, da bekanntlich ein Teil der fingierten 60% Fremdkapital über die Baurechtslösung und nicht über die normalen Hypothekarzinsen bereitgestellt wurden.⁵

Genossenschaften, die nicht einer behördlichen Kontrolle im Sinne von Art. 253b Abs. 3 OR unterliegen, müssen in ihren Mietverträgen rechtsgenügend darauf hinweisen, dass sie sich bei der Mietzinsberechnung auf ihre individuelle Kostenstruktur abstützen und müssen daher allenfalls einen Vorbehalt im Sinne von Art. 13 Abs. 3 VMWG⁶ anbringen.

Mieterschutz auch für Genossenschafter

In einer Genfer Genossenschaft hat eine Mieterin nach Unterzeichnung des Mietvertrages den vereinbarten Anfangsmietzins angefochten. Für die Genossenschaft war nicht die Frage der Festlegung des Anfangsmietzinses in Franken und Rappen zentral, sondern der Gedanke, dass diese Bestimmungen über die Missbräuchlichkeit von Mietzinsen für ihre Mieter gar nicht zur Verfügung stünden, weil der Mietzins von der Generalversammlung festgelegt werde.

Das Bundesgericht hatte dieser Argumentation einiges entgegenzuhalten. Erstens wurde festgehalten, dass die Genossenschaft nicht widerspruchsfrei argumentiere, habe sie doch für die Mitteilung des Anfangsmietzinses auch das Formular gemäss Art. 270 Abs. 2 OR verwendet. Zweitens sei es genossenschaftsrechtlich nirgends festgeschrieben, dass die Festsetzung der Mieten ein exklusives Recht der Generalversammlung sei. Selbst wenn dies noch so wäre, hätte ein Genossenschafter in der Generalversammlung lediglich eine Stim-

me und könnte dort kaum die Herabsetzung seines behaupteten übersetzten Anfangsmietzinses erreichen. Allfällige gerichtliche Verfahren gegen solche Generalversammlungsbeschlüsse wären zudem nicht kostenlos und von anderen prozessualen Prinzipien als das Schlichtungs- und das mietgerichtliche Verfahren beherrscht. Damit werde gleichzeitig eine gewisse Ungleichbehandlung der Genossenschafter in Kauf genommen. Diese sei aber durch das Mietzinsanfechtungsrecht quasi systembedingt. Es liege auch keine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes⁷ vor, weil der ungleiche Mietzins nicht von der Genossenschaft festgelegt worden sei, sondern vom Verhalten des Mieters beeinflusst werde.

Im Weiteren hat das Bundesgericht klar festgehalten, dass Genossenschaftsmieterinnen sowohl in einem mietrechtlichen als auch einem genossenschaftsrechtlichen Verhältnis zur Genossenschaft stehen, dies jedoch nicht zu einer Vermischung dieser beiden Rechtsverhältnisse führen dürfe. Es bestehe einzig die Abhängigkeit einer erfolgreichen Kündigung eines Mietverhältnisses, indem zuvor das Mitglied auch aus der Genossenschaft ausgeschlossen werden müsse.

Im besagten Entscheid hat das Bundesgericht zudem dezidiert festgehalten, dass der Gesetzgeber von den Missbräuchlichkeitsbestimmungen nur Wohnungen ausgenommen habe, die kumulativ mit öffentlichen Mitteln gefördert und deren Mieten amtlich kontrolliert werden.⁸ Daraus ergebe sich zweifelsfrei, dass die Mietzinsbestimmungen in allen anderen Fällen anwendbar seien und sich Wohnbaugenossenschafter wie andere Mieter gegen Mietzinserhöhungen wehren können und das nicht auf genossenschaftsrechtlichem Wege tun müssen.⁹

¹ Gibt der Mieter die Sache zurück, ohne Kündigungsfrist oder -termin einzuhalten, so ist er von seinen Verpflichtungen gegenüber dem Vermieter nur befreit, wenn er einen für den Vermieter zumutbaren neuen Mieter vorschlägt; dieser muss zahlungsfähig und bereit sein, den Mietvertrag zu den gleichen Bedingungen zu übernehmen (Art. 264 Abs. 1 OR). Andernfalls muss er den Mietzins bis zu dem Zeitpunkt leisten, in dem das Mietverhältnis gemäss Vertrag oder Gesetz endet oder beendet werden kann (Art. 264 Abs. 2 OR).

² Der Vermieter muss sich anrechnen lassen, was er an Auslagen erspart und durch anderweitige Verwendung der Sache gewinnt oder absichtlich zu gewinnen unterlassen hat.

³ In Anwendung von Art. 74 Abs. 2 lit. a in Verbindung mit Art. 95 und Art. 106 Abs. 1 BGG.

⁴ Bundesgerichtsentscheid vom 5. Februar 2008, Urteil 5A_234/2007.

⁵ Bundesgerichtsentscheid vom 28. Februar 2008, Urteil 4A_439/2007.

⁶ Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG).

⁷ im Sinne von Art. 854 OR.

⁸ vgl. Art. 253b Abs. 3 OR.

⁹ Bundesgerichtsentscheid vom 28. Januar 2008, Urteil 4A_421/2007 (französisch).