

## **ZMP 2017 Nr. 4**

### **Art. 272 ff. OR; Art. 273a OR. Erstreckung des Mietverhältnisses. Legitimation des überlebenden Ehegatten.**

*Der überlebende Ehegatte ist gestützt auf die Sondernormen über den Schutz der ehemaligen Familienwohnung legitimiert, ohne Mitwirkung der (übrigen) Erben eine Kündigung anzufechten oder eine Erstreckung des Mietverhältnisses zu verlangen. Dieses Resultat ergibt sich nicht nur durch eine teleologische, systematische und geltungszeitliche Auslegung. Vielmehr führt auch die historische Auslegung zum selben Resultat, wie die Materialien zu den Gesetzgebungsarbeiten zur Revision des Eherechts per 1. Januar 1988 (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) zeigen (E. 3.2.5).*

Aus dem Urteil des Mietgerichts MB160019-L vom 23. März 2017 (im Berufungsverfahren schlossen die Parteien einen Vergleich [def. Erstreckung bis 31.10.2018]; Gerichtsbesetzung: Weber, Gonzalez del Campo, Meier; Gerichtsschreiberin Dändliker):

"(...)

#### **1. Sachverhalt und Prozessgeschichte**

1.1 Mit Mietvertrag vom 9. September 1983 mieteten die Klägerin – damals noch unter dem Namen S. – und deren späterer Ehemann †P. ab dem 15. Oktober 1983 auf unbestimmte Dauer eine 4-Zimmerwohnung im 2. Stockwerk in der Liegenschaft N-strasse in Zürich. Der Bruttomietzins beträgt heute Fr. 1'448.–. Der ursprüngliche Vermieter war †R. Nach dessen Tod ging die Liegenschaft in das Eigentum von dessen Tochter B. über. †P., der Ehemann der Klägerin, verstarb am 16. März 2009 und hinterliess als Erben die Klägerin und einen Bruder. Am 10. Dezember 2013 gab die damalige Vermieterin B. gegenüber der Klägerin mit dem amtlichen Formular zur Mitteilung von Mietzinserhöhungen und anderen einseitigen Vertragsveränderungen i.S. von Art. 269d OR eine Mietzinsherabsetzung auf brutto Fr. 1'448.– pro Monat bekannt und erhöhte zugleich gewisse Nebenkosten. Die Vertragsänderung blieb unangefochten.

(...)

Am 31. August 2015 verkaufte B. die Liegenschaft N.-strasse an die Beklagten 1 und 2. Am 16. April 2016 erweiterte sich die bislang nur aus den Beklagten 1 und 2 bestehende einfache Gesellschaft auf die Beklagte 3. Gemäss Eigentümergebietung des Grundbuchamts Y-Zürich vom 26. Januar 2017 sind heute alle drei Beklagten als einfache Gesellschafterinnen Gesamteigentümerinnen der Mietliegenschaft.

Mit amtlichen Formular vom 27. Januar 2016 kündigte die Z AG (Verwaltung) den Mietvertrag auf den 31. März 2017 mit der Begründung "Abbruch der Liegenschaft".

(...)

### *3.2 Legitimation der Klägerin*

3.2.1 Die Beklagten beantragen in erster Linie die Abweisung der Klage mit der Begründung, die Klägerin sei zur Klage nicht legitimiert. Der Mietvertrag vom 9. September 1983 habe ursprünglich auf die Klägerin sowie deren am 16. März 2009 verstorbenen Ehemann †P. gelautet. Wie die Klägerin an der Hauptverhandlung ausgeführt habe, habe der Ehemann einen Bruder, der noch lebe. Die Kündigung vom 27. Januar 2016 sei nachweislich sowohl an die Klägerin als auch an die Erben von †P. gegangen, bezüglich der letzteren mit dem Mietobjekt als letzte bekannte Zustelladresse des Verstorbenen. Da über die Erstreckung des Mietverhältnisses nur einheitlich entschieden werden könne, bildeten die Klägerin und die (übrigen) Erben ihres verstorbenen Gatten eine notwendige Streitgenossenschaft. Ohne Einbezug der übrigen Erben in die Klage könne die Klägerin einen Erstreckungsanspruch als Gestaltungsanspruch nicht durchsetzen.

(...)

3.2.3 Treten mehrere Personen als Mieter oder Vermieter auf, bilden sie eine Rechtsgemeinschaft. Welchen Regeln das Innenverhältnis zwischen ihnen folgt, hängt von dessen Natur ab (BGE 125 III 219 E. 1; H. SCHMID, Der gemeinsame

Mietvertrag, SJZ 1991, S. 349 ff.; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY (2. A.), Art. 253 OR N 4 ff. und N 24 ff.). Mieten mehrere Personen eine Sache gemeinsam, dürfte im Innenverhältnis oft eine einfache Gesellschaft im Sinne von Art. 530 ff. OR vorliegen, soweit sie durch den Zweck der gemeinsamen Lebensführung miteinander verbunden sind (dazu das BGer in Pra 1996 Nr. 240). Auch durch den Tod der mietenden Partei kann ein gemeinsamer Mietvertrag entstehen, bei welchem das Erbrecht das Innenverhältnis zwischen den Mietenden und teils auch das Aussenverhältnis zum Vermieter regelt (vgl. etwa Art. 603 Abs. 1 und Art. 639 ZGB zur solidarischen Haftung für die Schulden der verstorbenen Person). Stirbt ein Mitmieter, so entsteht eine zweistufige Rechtsgemeinschaft, denn die Erben der verstorbenen Person nehmen zumindest für eine Liquidationsphase auch die Position in der ehemaligen Rechtsgemeinschaft ein. Im Falle der einfachen Gesellschaft bildet der Tod eines Gesellschafters unter Vorbehalt einer abweichenden Vereinbarung einen Auflösungsgrund (Art. 545 Abs.1 Ziff. 2 OR). Bis zum Abschluss der Liquidation sind die Erben des Mitmieters aber als Vertragspartei zu behandeln.

Sind Ehegatten gemeinsame Mieter, richtet sich das Innenverhältnis und teils auch das Aussenverhältnis grundsätzlich nach den Regeln über die Wirkungen der Ehe, namentlich nach Art. 166 und 169 ZGB. Für Ehegatten und eingetragene Partner enthält indessen auch das Mietrecht besondere Bestimmungen.

3.2.4 Gewöhnliche gemeinsame Mietverträge sind besonders auf der Ebene der Gestaltungsrechte (wie einer Kündigung) oder der Gestaltungsklagerechte (z.B. Anfechtung der Kündigung oder Begehren um Erstreckung des Mietverhältnisses) schwerfällig. Grund dafür ist, dass der Mietvertrag als Ganzes nur ein einheitliches Schicksal erleiden kann: Eine Kündigung muss daher von allen Mietern ausgehen und auch an alle gerichtet werden. Die Aufhebung einer Kündigung durch das Gericht wirkt für und gegen alle Mieter, ebenso die Erstreckung des Mietverhältnisses, also kann auch in einem Prozess über die Frage nur einheitlich entschieden werden. Deshalb muss eine Klage auf Kündigungsschutz oder Erstreckung grundsätzlich von allen Mietern gemeinsam erhoben werden. Allerdings bilden Kündigungsschutz und Erstreckung Sozialrechte. Es widerspräche deren

Charakter, ihre Durchsetzung durch eine Mitmieterin oder einen Mitmieter von der Mitwirkung der übrigen abhängig zu machen: Sozialrechte wurzeln in der Persönlichkeit des betroffenen Mieters, und Persönlichkeitsrechte können nicht Gegenstand einer Rechtsgemeinschaft sein, sondern stehen immer nur dem einzelnen Rechtssubjekt zu (BK-MEIER-HAYOZ, Vorbem. vor Art. 646-654 ZGB N 27). Das Bundesgericht gesteht aus diesem Grunde beim Kündigungsschutz nach Art. 271 f. OR jedem Mieter einzeln ein Recht auf Klage zu (BGE 140 III 598; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, Art. 253 OR N 36; KUKO OR-BLUMER, Art. 271-271a N 5; BSK OR I-WEBER, Vorbem. zu Art. 253-273c N 2; DERS., Der gemeinsame Mietvertrag, Diss. Zürich 1993, S. 72 und 184 ff.). Um eine einheitliche Entscheidung über das ganze Mietverhältnis sicherzustellen, muss die klagende Partei dabei jedoch den abseits stehenden Mieter als Beklagten in das Verfahren einbeziehen. Verhindern kann der am Prozess nicht interessierte Mitmieter dies dadurch, dass er vor oder während des Verfahrens die Erklärung abgibt, sich dem Urteil zu unterziehen, wie auch immer es lauten mag (Unterziehungserklärung). Diesfalls braucht er sich am Prozess nicht zu beteiligen (dazu etwa CHK-HULLIGER/HEINRICH, Art. 253 OR N 12).

3.2.5 Für den Bereich des Eherechts hat der Gesetzgeber schon mit der Revision der Vorschriften über die Ehwirkungen (Art. 159 ff. ZGB) per 1. Januar 1988 Sonderbestimmungen zum Schutze der Familienwohnung geschaffen. So kann ein Ehegatte nach Art. 169 Abs. 1 ZGB nur mit der ausdrücklichen Zustimmung des anderen den Mietvertrag über die Wohnung der ehelichen Familie kündigen. Auf den gleichen Zeitpunkt hin revidierte der Gesetzgeber auch das damalige Mietrecht und bestimmte in Art. 271a aOR, dass eine Vermieterkündigung stets an beide Ehegatten separat zuzustellen ist und dass jeder Ehegatte einzeln dazu berechtigt ist, sich auf den Kündigungsschutz zu berufen. Seit dem 1. Juli 1990 finden sich die entsprechenden Vorschriften in Art. 266m, 266n und 273a OR. Ihr Geltungsbereich wurde mit der Schaffung des Partnerschaftsgesetzes per 1. Januar 2007 auf eingetragene Partnerschaften gleichgeschlechtlicher Paare ausgedehnt (vgl. Art. 14 PartG). All diese Sondervorschriften betreffen nicht in erster Linie gemeinsame Mietverträge. Sie wurden vielmehr für die bis zum 1. Januar 1988 sehr häufigen Fälle geschaffen, dass nur *ein* Ehegatte oder Partner Partei

des Mietvertrages ist. Das Bundesgericht hat aber früh festgehalten, dass der einzelne Ehegatte sich auf die Sondernormen selbstverständlich auch berufen kann, wenn er Mitmieter ist (BGE 118 II 168 E. 2 = Pra 82 [1993] Nr. 112; vgl. dazu FUCHS, Die Kündigungsanfechtung bei Familienwohnungen – Aspekte der Prozessstandschaft, BJM 1/2017 S. 11 ff., S. 28 f.).

Der Schutz der Familienwohnung endet allerdings grundsätzlich mit der Auflösung der ehelichen Gemeinschaft. Dies kann u.U. bereits im Zeitpunkt der Fall sein, wo die Ehegatten einverständlich die Familienwohnung aufgeben (BGE 114 II 396; BGE 118 II 389 = Pra 83 [1994] Nr. 9; BGE 136 III 257 E. 2.2; SVIT-K, Art. 273a OR N 4; ZK-HIGI, Art. 273a OR N 10). Soweit nur der Ehegatte, der nicht Mieter ist, in der Wohnung verbleibt, bedarf dieser weiterhin des Schutzes, zumal er besonders in einer Ehekrise nicht mehr ohne weiteres damit rechnen kann, dass der andere Gatte ihn etwa bei einer Kündigungsschutzklage unterstützt. Auch in dieser Phase bleiben daher die Sondernormen anwendbar (BGE 136 III 257 E. 2.2; FUCHS, a.a.O., S. 14; SVIT-K, Art. 273a OR N 4). Seit der Revision des Ehescheidungsrechts per 1. Januar 2000 ist der Schutz der Familienwohnung nochmals verstärkt worden. Nach Art. 121 ZGB kann das Gericht den Mietvertrag bei der Scheidung auf den (Ex-)Partner übertragen, dem sie besser dient (s. auch Art. 32 PartG).

3.2.6 Bislang kaum Beachtung fand in Literatur und Rechtsprechung die Situation des überlebenden Ehegatten beim Tod der Mieterin oder des Mieters (vgl. z.B. SVIT-K, Art. 266/266o OR N 10 ff.; Mietrecht für die Praxis/SPIRIG, 9. A., Zürich 2016, S. 857 f.). Vor dem Ausbau des Schutzes der Familienwohnung im Scheidungs- und Partnerschaftsrecht zeigte sich die Lehre gegenüber der Idee einer fortbestehenden Familienwohnung nach dem Tod des mietenden Ehegatten skeptisch (ZK-HIGI, Vorbem. vor Art. 253-274g OR N 129 sowie Art. 266i OR N 30; SVIT-K, Art. 266i OR N 11). Eingeräumt wurde allerdings insbesondere auch von kritischen Kommentatoren, dass diese Auffassung zu stossenden Ergebnissen führen kann, wobei etwa die 3. A. des SVIT-K es der Rechtsprechung überliess, dies zu verhindern, insbesondere durch eine Ausdehnung des Schutzes von Art. 266m OR zugunsten des überlebenden Ehegatten über den Tod des mieten-

den Gatten hinaus (SVIT-K, Art. 266*i* OR N 11 a.E.; mit Verweis auf WEBER, Der zivilrechtliche Schutz der Familienwohnung, AJP 2004, S. 39). In der neueren Literatur wird Zurückhaltung gefordert mit der Annahme, die Familienwohnung habe ihren besonderen Charakter verloren (CPra Bail-BARRELET, Art. 266*m* OR N 11: "... la perte du caractère familial ne devrait être admise que très restrictivement."). BARRELET nimmt im Widerspruch dazu allerdings an, der Schutz ende mit dem Tod eines Ehegatten (a.a.O., N 13). Im gleichen Werk betonen hingegen MONTINI/WAHLEN, dass eine Kündigung durch die Erben des Mieters gemäss Art. 266*m* OR stets der Zustimmung des überlebenden Ehegatten bedürfe, auch wenn dieser nicht Mieter oder Erbe sei. Wenn nämlich, so die genannten Autoren, selbst bei einem Auszug des Mieter-Ehegatten der Schutz fortbestehe, müsse das dem Zweck der Regelung entsprechend erst recht beim Tode des Mieters der Fall sein (CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, Art. 266*i* N 18).

Diese Auffassung verdient Zustimmung, und zwar auch was die Rechte auf Kündigungsschutz und Erstreckung betrifft, denn sie findet eine Bestätigung in einer teleologischen, geltungszeitlichen, systematischen und selbst in der historischen Auslegung des Gesetzes: Mit der Verstärkung des Schutzes der Familienwohnung per 1. Januar 1988 wurde im Erbrecht zwar keine Regelung über das Schicksal von Mietverträgen nach dem Tod des mietenden Ehegatten vorgesehen. Eingefügt wurde jedoch Art. 612a ZGB, welcher dem überlebenden Ehegatten einen Anspruch verschafft, bei der Erbteilung die Zuteilung des Eigentums oder wenigstens der Nutzniessung oder eines Wohnrechtes am Haus oder an der Wohnung zu verlangen, worin die Ehegatten gelebt haben. Die Bestimmung bezieht sich zwar nur auf Nachlassgrundstücke und nicht auf die gemietete Familienwohnung. Zudem ist sie als blosser Teilungsvorschrift nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht zwingend; der Erblasser kann sie daher durch eine Verfügung von Todes wegen wegbedingen (BGE 119 II 323; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/LÜSCHER, Art. 612a N 10; a.M. hinsichtlich der Einräumung einer Nutzniessung oder eines Wohnrechts nach Art. 612a Abs. 2 ZGB SEEBERGER, Die richterliche Erbteilung, Diss. Freiburg 1992, S. 156; DRUEY, Art. 612a ZGB – wirklich nur dispositiv?, AJP 1993, S. 126 ff.). Die Einschränkung betrifft aber so oder anders nur die Dispositionsbefugnis *des Erblassers*. Die (übrigen) Erben können

dem verwitweten Teil sein Vorrecht nicht entziehen. Zudem stellt die Bestimmung klar, dass der überlebende Ehegatte vor der Erbteilung grundsätzlich nicht aus der ehemaligen Familienwohnung ausgewiesen werden kann.

Im Kontext von Art. 612a ZGB kann nur die Wohnung gemeint sein, die den Ehegatten bis zum Tod des einen Partners dauernd als gemeinsame Unterkunft gedient hat oder dienen sollte. Die Lehre verweist zur Begriffsbestimmung auf Art. 169 ZGB und bezeichnet es als ausreichend, dass die Wohnung *zuletzt* gemeinsam bewohnt wurde (BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/LÜSCHER, Art. 612a N 6; SCHLEISS, Hausrat und Wohnung in Güterstandsauseinandersetzung und Erbteilung, Diss. Bern 1989, S. 43 und 70 ff.; für einen etwas weiteren Begriff SEEBERGER, a.a.O., S. 149 ff.). Voraussetzung für eine Zuweisung ist überdies, dass der überlebende Ehegatte die Räume zur Zeit der Teilung *nach wie vor* bewohnt (SEEBERGER, a.a.O., S. 155).

Handelt es sich aber bei der Familienwohnung unabhängig von der Thematik um einen einheitlichen Begriff, so bildet dies einen Hinweis darauf, dass auch die mietrechtlichen Schutzbestimmungen ihre Wirkungen nicht ohne weiteres mit dem Tode des mietenden Ehegatten verlieren. Die genannten Bestimmungen greifen viel weniger stark in die Rechte der Miterben ein als die Zuweisung eines Grundstücks im Nachlass an den überlebenden Ehegatten, denn bei der gemieteten Wohnung fällt nicht diese selbst, sondern nur der vollkommen zweiseitige, d.h. von einer wertmässig gleichen Gegenleistung abhängige Mietvertrag in den Nachlass. Für das Innenverhältnis zwischen dem überlebenden Ehegatten und den übrigen Erben ist daraus auch zu folgern, dass jener erst recht Anspruch darauf hat, die Wohnung unter Ausschluss der übrigen Erben auch dann weiter zu benützen, wenn die Wohnung nur gemietet ist.

Allerdings bedeutet das nicht ohne weiteres, dass der überlebende Ehegatte auch alleiniger Mieter wird. Entsteht mit dem Tode des mietenden Ehegatten ein gemeinsamer Mietvertrag (vgl. zur Rechtslage bei der gesetzlichen Erbfolge Art. 462 ZGB), so regelt die erbrechtliche Teilungsvorschrift von Art. 639 ZGB nur das Schicksal der Nachlassschulden, nicht aber dasjenige ganzer Vertragsbeziehungen. Da Art. 639 Abs. 1 ZGB für eine wirksame Übernahme einer Schuld

durch einen Miterben die Zustimmung des Gläubigers verlangt, ist auch die Übertragung des Mietvertrages auf einen Mitmieter grundsätzlich nur mit Zustimmung des Vermieters möglich. Umstritten ist, ob die Zustimmung analog Art. 121 ZGB oder Art. 263 OR erzwungen werden kann (dazu BSK OR I-WEBER, Art. 266*i* N 6; a.M. SVIT-K, Art. 266*i* OR N 11; ZK-HIGI, Art. 266*i* N 30). Im Innenverhältnis zwischen den Erben ist eine Erzwingung durch analoge Anwendung von Art. 612a ZGB vorstellbar.

Selbst wenn beides abzulehnen wäre, bedeutete das nun aber nicht, dass dem überlebenden Ehegatten nicht wenigstens die Rechte nach Art. 266*m*, 266*n* und 273a OR zukommen. Die gegenteilige Lösung würde bedeuten, den überlebenden Ehegatten gerade in der besonders schwierigen Zeit kurz nach dem Tode des verstorbenen Partners schutzlos zu lassen, wenn der Vermieter kündigt, und zwar obwohl die verwitwete Person je nach der erbrechtlichen Konstellation möglicherweise objektiv gar nicht in der Lage ist, innert der kurzen Frist von Art. 273 OR sämtliche Erben für eine Klage auf Kündigungsschutz zu kontaktieren. Geltungszeitlich betrachtet ist dies umso weniger anzunehmen, als per 1. Januar 2000 selbst im Falle der Scheidung der Schutz des an der Wohnung interessierten Ehegatten stark verbessert wurde (Art. 121 ZGB).

Dass der Schutz der Familienwohnung nicht mit dem Tode eines Ehegatten endet, wird bei näherem Hinsehen auch bestätigt durch die Gesetzgebungsarbeiten zur Revision der Ehwirkungen auf den 1. Januar 1988. In seiner Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) vom 11. Juli 1979 betonte der Bundesrat auf entsprechende Kritik im Vernehmlassungsverfahren hin, an der Beschränkung des Verfügungsrechts über die Wohnung der Eheleute (Art. 169 ZGB) sei festzuhalten. Eine Wohnung zu haben, sei für die Familie lebenswichtig. Es müsse verhindert werden, dass der andere Teil gerade bei Spannungen einseitig darüber verfügen könne, indem er beispielsweise den Mietvertrag kündigt (BBl 1979 II 1263). Zum Problem des Todes eines Gatten nahm der Bundesrat nur am Rande Stellung, führte aber immerhin aus: "Stirbt der Mieter (Art. 270 OR), so muss die Kündigung ohnehin dem andern Ehegatten mitgeteilt werden, auch



wenn dieser nicht Erbe ist". Art. 270 aOR regelte ein ausserordentliches Kündigungsrecht beim Tode des Mieters. Die Bestimmung entspricht zwar dem heutigen Art. 266i OR. Anders als das heutige Recht sah aber das damalige beim Tode des Mieters nicht nur ein ausserordentliches Kündigungsrecht seiner Erben vor, sondern auch ein solches des Vermieters ("Stirbt der Mieter, so sind sowohl seine Erben als der Vermieter berechtigt, die auf ein Jahr oder für längere Zeit abgeschlossene Miete unter Beobachtung der gesetzlichen Fristen auf das nächste Ziel ohne Entschädigung zu kündigen"; zu den Überlegungen, die im Rahmen der Mietrechtsrevision per 1. Juli 1990 zur Abschaffung des Kündigungsrechts des Vermieters führten, s. die Botschaft des Bundesrates zur Revision des Miet- und Pachtrechts vom 27. März 1985, BBI 1985 I 1452 f.). Die Kündigungsmöglichkeit galt damals als Spezialfall der Kündigung aus wichtigem Grund (Art. 269 aOR, heute Art. 266g OR) und war wie diese einer Erstreckung zugänglich (vgl. Art. 267c aOR, heute Art. 272a OR). Aus der lakonischen Formulierung in der Botschaft zur Revision der Ehwirkungen lässt sich ableiten, dass der Bundesrat und später das Parlament das Problem schon durch das Erfordernis der Zustellung der Kündigung an den verwitweten Teil als Miterben gelöst betrachteten. Im folgenden Absatz betonte der Bundesrat denn auch, damit der Schutz der Wohnung im Interesse der Familie tatsächlich wirksam sei, müsse der "Ehegatte des Mieters dieselben Rechtsmittel gegen die Erklärungen des Vermieters ... einsetzen können, wie der Mieter selbst (neuer Art. 271a Abs. 2 OR)". Die zitierte Passage bezog sich damit schon von der Stellung her auch und gerade auf die Situation bei einer Kündigung des Vermieters wegen Todes des Mieters gestützt auf Art. 270 aOR. Damit ist klar, dass der Gesetzgeber mit der Revision des Rechts über die Wirkungen der Ehe dem überlebenden Ehegatten das Recht einräumen wollte, gegen eine ausserordentliche Kündigung nach Art. 270 aOR gestützt auf Art. 271a Abs. 2 aOR unabhängig von den (übrigen) Erben vorzugehen, und zwar selbst dann, wenn er nicht Miterbe ist. Galt das aber nach dem Willen des Gesetzgebers selbst für das damals noch existierende ausserordentliche Kündigungsrecht des Vermieters wegen Todes des Mieters, so muss dies damals wie heute erst recht für eine ordentliche Kündigung des Vermieters aus einem

anderen Grund gelten, auch wenn der Bundesrat diese Variante nicht besonders erwähnte.

Selbst vor der Schaffung von Art. 271a aOR wurde überdies in der Lehre die Auffassung vertreten, der überlebende Ehegatte verfüge zwar nicht über ein Recht auf Eintritt in den vom verstorbenen Gatten geschlossenen Vertrag. Er und seine Familienangehörigen könnten sich aber aufgrund von Art. 267a aOR gegen die Kündigung wehren, wenn die Voraussetzungen zur Erstreckung des Mietverhältnisses gegeben seien (so die im Jahre 1977, mithin zwei Jahre vor der bundesrätlichen Botschaft zur Revision der Ehwirkungen erschienene 3. A. des Zürcher Kommentars zum Mietrecht, ZK-SCHMID, Art. 270 aOR N 7). Hinter dieser Lehrmeinung steckte letztlich die Überlegung, dass der Erstreckungsanspruch als Sozialrecht nicht allein vom formellen Bezug der Familienangehörigen des Mieters zum Mietvertrag abhängen könne, eine Überlegung, welche fast 40 Jahre später auch in BGE 140 III 598 ihren Niederschlag fand. Allerdings war Ende der 70er Jahre des 20. Jahrhunderts die Figur des gemeinsamen Vertrags noch wenig erforscht. Die Lehre befasste sich wie das Gesetz vor allem mit gemeinsamen Positionen bei Forderungen und Schulden, aber noch kaum mit den Wirkungen der Beteiligung einer Rechtsgemeinschaft an einem Vertrag, insbesondere mit den vertraglichen Gestaltungs- und Gestaltungsklagerechten (z.B. Art. 70, 143 ff. und 150 OR, ZK-SCHMID, Art. 267 aOR N 10 ff.; vgl. immerhin Art. 647b ZGB sowie VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. A. 1974, Nachdruck 1984, S. 294 ff., 296, die sich aber für ihre kurzen Hinweise zur gemeinsamen Kündigung in Fn. 48 fast ausschliesslich auf deutsche Quellen beriefen). Noch 100 Jahre zuvor hielt selbst das Bundesgericht sogar subjektive Teilkündigungen für möglich: Ein Weinhändler war im Begriff gewesen, mit einem Kompagnon eine Kollektivgesellschaft zu gründen. Nach seinem überraschenden Tod gestand das Gericht im Widerspruch zum heutigen Stand von Rechtsprechung und Lehre zwar nicht dem Partner, wohl aber den Erben des Verstorbenen eine ausserordentliche Kündigung des Mietvertrages wegen Todes des Mitmieters gestützt auf den Art. 293 des altOR (von 1881, also der Vorgängerbestimmung von Art. 270 aOR) zu, mit der Wirkung, dass dessen Partner allein an den Vertrag gebunden blieb, obwohl er der Entlassung der Erben aus dem

Vertrag durch den Vermieter nicht zugestimmt hatte. Dabei liess es sich vor allem von der solidarischen Haftung der Mieter für die vertraglichen Verbindlichkeiten leiten (BGE 15 S. 282 f. E. 4-6, S. 288 ff.). Entsprechend kann es auch nicht verwundern, dass SCHMID sich 1977 nicht näher mit der Frage befasste, ob und wie die einzelnen Familienmitglieder in ein Erstreckungsverfahren nach einer Kündigung wegen Todes des Mieters einbezogen werden könnten oder müssten (ZK-SCHMID, Art. 270 aOR N 7).

Zusammenfassend führen sowohl die teleologische und systematische wie auch die geltungszeitliche und historische Auslegung von Art. 273a OR zum Ergebnis, dass auch der überlebende Ehegatte ohne Mitwirkung der Erben eine ordentliche Vermieterkündigung wirksam anfechten und auch die Erstreckung des Mietverhältnisses verlangen kann, solange er die ehemalige Familienwohnung noch bewohnt und soweit der Mietvertrag nicht auf einen anderen Erben übertragen wurde (was grundsätzlich nur gestützt auf einen Teilungsvertrag möglich ist, dem insbesondere auch der Vermieter und der verwitwete Teil zugestimmt haben).

3.2.7 Im vorliegenden Fall bewohnt die Klägerin das Mietobjekt seit dem Tode ihres Gatten im Jahre 2009 allein. Nach ihrer unbestrittenen Darstellung lebt zumindest noch ein Bruder ihres Gatten, zu welchem sie aber kaum Kontakt hat. Ein Erbschein wurde nicht ausgestellt, denn der Bruder des Verstorbenen erhob nie irgendwelche Ansprüche und die Klägerin sah für eine Nachlassregelung keine Notwendigkeit, zumal sie auf das Ersparnis ihres verstorbenen Gatten weiterhin zugreifen konnte, weil dieser bei der Arbeitgeberin der Klägerin ein auf deren Namen lautendes Konto mit Vorzugsbedingungen eingerichtet hatte. Zwar trifft es grundsätzlich zu, dass die Klägerin mit dem Bruder ihres verstorbenen Mannes gemäss Art. 462 Abs. 1 ZGB eine Erbengemeinschaft gebildet hat, wie die Beklagten vorbringen, und eine Erbteilung im Sinne von Art. 634 ZGB ist weder behauptet noch bewiesen. Da es sich aber beim Mietobjekt um die ehemalige Familienwohnung handelt, die von der Klägerin seit dem Tode ihres Ehemannes weiterhin bewohnt wurde, ist diese gemäss Art. 273a OR einzeln zum vorliegenden Erstreckungsbegehren legitimiert.

3.2.8 Selbst wenn Art. 273a OR nicht zur Anwendung gelangen würde, wäre das Resultat allerdings aufgrund der besonderen Umstände des Falles das gleiche. Unbestrittenermassen erfüllte nach dem Tode ihres Gatten ausschliesslich die Klägerin die Pflichten aus dem Mietvertrag. Mit amtlichem Formular vom 10. Dezember 2013 teilte die damalige Vermieterin ihr auf den 1. April 2014 eine Senkung des Nettomietzinses mit und erhöhte zugleich gewisse Nebenkosten. Unbestrittenermassen hielten sich die Parteien in der Folge an diese (nicht unterzeichnete) Mitteilung.

Auf den Einwand der Klägerin hin, wenn die Rechtsauffassung der Beklagten bezüglich fehlender Aktivlegitimation zuträfe, wäre auch die Erhöhung der Nebenkosten nichtig, erwiderten die Beklagten, dem sei vermutlich zwar so. Dies ändere aber nichts daran, dass ein Erstreckungsbegehren von allen Erben hätte ausgehen müssen.

Dem ist auch aus allgemeinen vertragsrechtlichen Gründen zu widersprechen. Zwar ist eher davon auszugehen, dass weder der Klägerin noch der damaligen Vermieterin als Laien bewusst war, dass die Mitmieterposition mit dem Tode des verstorbenen Ehemannes der Klägerin grundsätzlich auf alle Erben übergang, also auch auf den Bruder des Verstorbenen. Dennoch kann aus dem Verhalten der Klägerin und der früheren Vermieterin unzweifelhaft geschlossen werden, dass sie einander seit dem Tode des Ehemannes der Klägerin als alleinige Vertragspartnerinnen betrachteten. Zumindest implizit lag auch die Zustimmung des Bruders des Verstorbenen und allfälliger weiterer Erben der elterlichen Verwandtschaft vor, die unbestrittenermassen nie irgendwelche Ansprüche in Zusammenhang mit dem Nachlass geltend machten, insbesondere nicht in Bezug auf den Mietvertrag. Dieser hätte für sie denn auch nur nutzlose Verpflichtungen mit sich gebracht, zumal sie wohl über eine eigene Wohngelegenheit verfügten und das vorliegende Mietobjekt nicht oder zumindest nicht alleine hätten benützen dürfen, aber dennoch für sämtliche Verpflichtungen der Mieterseite solidarisch hätten einstehen müssen. In Lehre und Rechtsprechung – auch des angerufenen Gerichts – wird in solchen Fällen zu recht von einer konkludenten Vertragsübertragung ausgegangen, selbst wenn nicht wie hier Mietzinsanpassungen oder ähnli-

che Willenserklärungen erfolgt sind (LACHAT, Le bail à loyer, 4. A., Lausanne 2008, S. 715 Fn. 26; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, Art. 266*i* OR N 17; Entscheide des Mietgerichts Zürich und des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. Juni 2000 und 23. Januar 2001 in ZMP 2/2002 Nr. 14 und 15). Mit dem Erwerb der Liegenschaft traten die Beklagten nach Art. 261 OR in die Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag ein und müssen sich heute daher das Verhalten ihrer Rechtsvorgängerin anrechnen lassen. Damit ist die Klägerin heute als einzige Mieterin zu erachten und demzufolge so oder anders zur vorliegenden Klage legitimiert. Es kann dahingestellt bleiben, welche Bedeutung dem Umstand zukommt, dass selbst die Beklagten noch im Schlichtungsverfahren den Legitimationsmangel nicht geltend gemacht haben und aus welchen Gründen.

(...)"

**Zürcher Mietrechtspraxis** (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2017, 27. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw J. Mosele, Leitende Gerichtsschreiberin;  
Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident