

## **ZMP 2017 Nr. 8**

**Art. 269d Abs. 3 OR; Art. 271 f. OR; Art. 266g OR. Entzug eines Kellerabteils und Ersatz durch ein anderes gegen eine Mietzinssenkung. Gleichzeitige Anwendbarkeit der Kriterien des missbräuchlichen Mietzinses und des Kündigungsschutzes. Sperrfrist nach einer vorausgegangenen Einigung über eine mietrechtliche Streitigkeit. Behebung einer Doppelvermietung ist kein wichtiger Änderungsgrund.**

*Möchte die Vermieterin der Mieterin ein Kellerabteil entziehen, das sie ihr in einem einheitlichen Mietvertrag vermietet hat, muss sie dazu eine einseitige Vertragsänderung gestützt auf Art. 269d Abs. 3 OR ankündigen. Bei der Anfechtung durch die Mieterin wird die Zulässigkeit der Änderung nach den Kriterien des Kündigungsschutzes geprüft, das neue Preisgefüge nach denjenigen der Missbrauchsgesetzgebung (E. IV.1 und IV.2.1). Die Preisanpassung ist nichtig, wenn sie nicht im Rahmen einer Mitteilung mit Formular nach Art. 269d OR klar begründet wird. Dies zieht zugleich auch die Nichtigkeit der beabsichtigten Vertragsänderung als Ganzes nach sich (E. IV.2.2).*

*Bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Änderung gestützt auf Art. 271 f. OR ist zunächst von Belang, ob diese der Mieterin zugemutet werden kann. Beim Entzug eines Kellerabteils ist das grundsätzlich zu bejahen, soweit der Mieterin danach weiterhin genügend Stauraum zur Verfügung steht oder ihr ein angemessener Ersatz angeboten wird. Die Begründung braucht diesbezüglich nicht bereits in der Formularmitteilung zu erfolgen, sondern kann auch noch im Laufe des Verfahrens gegeben werden. Allerdings gelten die Regeln des Kündigungsschutzes integral. Eine Änderung ist daher grundsätzlich nicht möglich während einer Sperrfrist nach Art. 271a Abs. 1 lit. d oder e oder Art. 271a Abs. 2 OR. Die Sperrfrist lässt sich nicht unter Berufung auf einen wichtigen Grund im Sinne von Art. 266g OR durchbrechen, wenn die Vermieterin oder ihr Rechtsvorgänger die Situation durch eine während Jahren nicht erkannte Doppelvermietung geschaffen hat. Da eine solche Vertragsänderung letztlich im eigenen Fehlverhalten wurzelt, wäre sie auch nach der allgemeinen Regel von Art. 271 Abs. 1 OR anfechtbar (E. IV.2.3).*

Aus dem Urteil des Mietgerichts ME160003-L vom 12. Juli 2017 (rechtskräftig; Gerichtsbesetzung: Weber; Gerichtsschreiberin Schenk):

## **"I. Sachverhalt und Prozessgeschichte**

### *1. Sachverhalt*

Die Beklagte mietet gestützt auf einen Mietvertrag vom 21. März 2001 seit dem 1. April 2001 die 2 ½ - Zimmerwohnung im 3. Stock links an der N.-strasse in Zürich inklusive einem Kellerraum zu einem monatlichen Mietzins von aktuell Fr. 1'629.–. Nachdem die Klägerin festgestellt hatte, dass ihr Rechtsvorgänger den Kellerraum sowohl an die Beklagte als auch an B. als Mieterin von Büroräumen in der gleichen Liegenschaft vermietet hatte, forderte sie die Beklagte mit E-Mail vom 21. August 2015 auf, den Kellerraum zu räumen. Dabei machte sie geltend, in den Unterlagen habe sie keine Notiz gefunden, dass der Raum durch die Beklagte genutzt werden könne. In der Folge leitete die Beklagte ein Schlichtungsverfahren ein, in dessen Rahmen die Parteien am 25. November 2015 einen Vergleich schlossen. Darin wurde festgehalten, dass die Klägerin das Kellerabteil und den dazugehörigen Schrank weiterhin nutzen dürfe. Zudem wurde eine Vereinbarung über Nebenkosten getroffen. Mit Mitteilung vom 4. Dezember 2015 gab die Klägerin unter Verwendung des dafür vorgesehenen amtlich bewilligten Formulars eine einseitige Vertragsänderung bekannt, mit welcher der Beklagten der Kellerraum entzogen werden sollte. Die Änderungsmitteilung wurde von der Beklagten angefochten. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 8. März 2016 kam es zu keiner Einigung. Eine Anrufung des Mietgerichts unterblieb in der Folge. Am 24. Mai 2016 entzog die Klägerin mit einer erneuten Formularmitteilung der Beklagten das Kellerabteil per 30. September 2016. In der Begründung führte sie aus, der Beklagten werde mit Wirkung ab 1. Oktober 2016 als Ersatz ein Kellerabteil in der Waschküche zur Verfügung gestellt und der Mietzins um Fr. 40.– reduziert.

## 2. *Prozessgeschichte*

2.1. Mit Eingabe vom 16. Juni 2016 machte die heutige Beklagte das vorliegende Verfahren bei der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich anhängig. Da anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 30. September 2016 zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden konnte, wurde der heutigen Klägerin mit Beschluss vom selben Tag die Klagebewilligung erteilt.

2.2. Mit Eingabe vom 18. Oktober 2016 reichte die Klägerin die vorliegende Klage fristgerecht mit der Klagebewilligung beim angerufenen Gericht ein.

(...)

## **II. Prozessuales**

Der Präsident des Mietgerichts ist als Einzelgericht zur Behandlung der vorliegenden Streitsache örtlich und sachlich zuständig, handelt es sich doch um eine Klage aus einem Mietverhältnis, das eine im Bezirk Zürich gelegene Wohnung zum Gegenstand hat. Der Streitwert entspricht nach der von beiden Parteien nicht infrage gestellten Annahme in der Verfügung vom 20. Oktober 2016 dem Betrag von Fr. 9'600.–, mithin der 20-fachen Jahresmietzinsdifferenz, die die Klägerin für die Vertragsumgestaltung als angemessen erachtet (Art. 33 ZPO; § 21 i.V.m. § 26 GOG, vgl. auch Art. 94 Abs. 1 ZPO).

Bei der vorliegenden Streitigkeit handelt es sich um eine andere einseitige Vertragsänderung nach Art. 269d Abs. 3 OR. Die entsprechende Schutzbestimmung ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts primär dem Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen, daneben aber auch demjenigen vor missbräuchlichen Kündigungen zuzuordnen (BGE 125 III 231 E. 3b und 3c). So oder anders gelangt deshalb nach Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO unabhängig vom Streitwert das vereinfachte Verfahren zur Anwendung. Das Gericht stellt dabei den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO). Es beschränkt sich darauf, bei der Feststellung des Sachverhalts und der Beweiserhebung mitzuwirken. Grundsätzlich ist es Sache der Parteien, das Tatsächliche vorzutragen und die Beweis-

mittel zu nennen, doch hat das Gericht durch Belehrungen und Befragungen der Parteien darauf hinzuwirken, dass der relevante Sachverhalt vorgetragen bzw. ergänzt wird (BSK ZPO-MAZAN, 2. Aufl., Art. 247 N 4). Es ist nicht die Aufgabe des Gerichts, den Sachverhalt und die Beweismittel an Stelle der Parteien zu erforschen. Die gerichtliche Untersuchungspflicht ersetzt die Mitwirkungspflicht der Parteien nicht, besonders nicht wenn diese anwaltlich vertreten sind (BGE 141 III 569 E. 2.3; BSK ZPO-MAZAN, a.a.O., Art. 247 N 11). Den Parteien steht grundsätzlich ein Novenrecht bis zur Urteilsberatung zu (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Die Beratung setzt ein, sobald das Gericht das Verfahren für spruchreif erklärt (frz. *garder la cause à juger*). Nach diesem Zeitpunkt ist das Gericht selbst bei Tatsachen, die erst nach der Spruchreif-Erklärung des Falles entstanden sind, berechtigt, aber nicht verpflichtet, das Verfahren ins Beweisstadium zurückzusetzen ([zur Publ. best.] BGE 4A\_511/2016 vom 2. Mai 2017, E. 2.3.2).

(...)

#### **IV. Materielle Beurteilung der Klage**

##### *1. Anfechtung einer einseitigen Vertragsänderung im Allgemeinen*

1.1. Nach Art. 269d Abs. 1 OR kann der Vermieter den Mietzins jederzeit auf den nächstmöglichen Kündigungstermin erhöhen. Er muss dem Mieter die Erhöhung mindestens zehn Tage vor Beginn der Kündigungsfrist auf einem vom Kanton genehmigten Formular mitteilen und begründen (Abs. 1). Die Erhöhung ist nichtig, wenn sie nicht mit dem vorgeschriebenen Formular mitgeteilt oder nicht begründet wird oder wenn mit der Mitteilung die Kündigung angedroht oder ausgesprochen wird (Abs. 2). Die Absätze 1 und 2 von Art. 269d OR gelten gemäss dessen Abs. 3 auch, wenn der Vermieter beabsichtigt, sonstwie den Mietvertrag einseitig zu Lasten des Mieters zu ändern, namentlich seine bisherigen Leistungen zu vermindern oder neue Nebenkosten einzuführen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der Anwendungsbereich von Art. 269d Abs. 3 OR weit zu fassen, da die fragliche Bestimmung die im allgemeinen Vertragsrecht zulässige Änderungskündigung ersetzt (BGE 125 III 231 E. 3b; CHK OR-HULLIGER/HEINRICH,

Art. 269d N 8). Von der Bestimmung erfasst sind daher alle Änderungen des Mietvertrags, durch welche das Austauschverhältnis der Leistungen von Vermieter und Mieter verändert werden kann (BGE 125 III 231, E. 3b; **a.A.** ZK-HIGI, Art. 269d OR N 59 f.). Nach der Rechtsprechung ist ein Vorgehen nach Art. 269d Abs. 3 OR nur vorgeschrieben, wenn der Vermieter dem Mieter mit der Änderung einen Teil einer Sache entziehen will, die Gegenstand eines einheitlichen Mietvertrages bildet, nicht aber, wenn das zu entziehende Objekt im Rahmen eines separaten, mit dem Hauptvertrag im Sinne von Art. 253a Abs. 1 OR zusammenhängenden Vertrages vermietet worden ist. In diesem Fall genügt die Kündigung der separat vermieteten Sache mit amtlichem Formular. Dies schliesst es allerdings nicht aus, dass auch bei dieser Konstellation im Anfechtungsverfahren geprüft werden kann, ob der Entzug des hinzugemieteten Objekts bei einer Gesamtbeurteilung zu einem missbräuchlichen Mietzins führt (BGE 125 III 231 E. 3d und 3e).

1.2. Bei der Änderung eines einheitlichen Vertrages gestützt auf Art. 269d Abs. 3 OR kommt der Anfechtung des Mieters eine Doppelfunktion zu: Einerseits kann dieser im Verfahren nach Art. 270b OR geltend machen, durch die Änderung werde der Mietzins missbräuchlich, andererseits kann er aber – im gleichen Verfahren – auch gestützt auf Art. 271 ff. OR einwenden, die Änderung sei gemessen an den Vorschriften über den Kündigungsschutz missbräuchlich und daher unzulässig. Gestützt auf Art. 272 ff. OR kann er zudem die Änderung nach den Grundsätzen über die Erstreckung des Mietverhältnisses hinauszögern (BGE 125 III 231 E. 3c). Bei der Anwendung von Art. 271 und 271a OR auf die Änderung ist eine gewisse Strenge am Platz. Das Bundesgericht betont im Einklang mit der Lehre, dass die Änderung für den Mieter nicht zu einem Entzug wesentlicher Teile des Mietobjekts führen darf, da dies zu einer unzumutbaren Teilkündigung führen würde, denn Art. 269d Abs. 3 OR soll von seinem Zweck her eine Änderungskündigung gerade verhindern (BGE 125 III 231 E. 3a; vgl. auch Mietrecht für die Praxis-OESCHGER/ZAHRADNIK, S. 437; SVIT-K, Art. 269d OR N 62). Nicht als Entzug wesentlicher Teile der Sache ist für gewöhnlich die Rückgabe eines Kellerraums zu erachten, jedenfalls wenn dem Mieter weiterhin genügend Stauraum zur Ver-

fügung steht (Mietrecht für die Praxis-OESCHGER/ZAHRADNIK, S. 436; CHK OR-HULLIGER/HEINRICH, Art. 269d N 8; BSK OR I-WEBER, Art. 269d N 11; a.A. ZKHIGI, Art. 269d OR N 62; vgl. auch BGE 125 III 231, E. 3a; Entscheid des Mietgerichts Zürich vom 31. Januar 2006, publiziert in ZMP 2/06 Nr. 3 und mp 3/2007, S. 175 ff., wobei in den genannten Entscheiden die Nebensache jeweils separat vermietet wurde). Besondere Zurückhaltung ist mit der Zulassung einer Änderung hingegen geboten, wenn damit ein Fehlverhalten des Vermieters oder dasjenige eines Rechtsvorgängers korrigiert werden soll, etwa in Gestalt einer Doppelvermietung. Fraglos erweist sich die mitgeteilte Änderung überdies als anfechtbar, wenn sie innerhalb einer Sperrfrist nach Art. 271a Abs. 1 lit. d oder e OR oder nach Art. 271a Abs. 2 OR erfolgt. Die Kritik, die die Klägerin an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anbringt, hält einer Prüfung nicht stand. Insbesondere trifft es nicht zu, dass eine laufende Sperrfrist auch eine Mietzinserhöhung verunmöglichen würde. Zwar handelt es sich beim Änderungsmechanismus nach Art. 269d Abs. 1 und 2 OR ebenfalls um einen Ersatz für die Änderungskündigung des allgemeinen Privatrechts. Anders als bei den (übrigen) einseitigen Vertragsänderungen sind die Überprüfungskriterien im Gesetz aber genau festgelegt (Art. 269 ff. OR), so dass sich das Prüfungsprogramm ausschliesslich auf das Preisgefüge bezieht. Eine Sperrfrist hat darauf keinen Einfluss.

## 2. *Anwendung auf den vorliegenden Fall*

### 2.1. *Überprüfung sowohl nach den Kriterien von Art. 269 ff./270b als auch von Art. 271 ff./273 OR*

Vorliegend soll der Beklagten gestützt auf die Änderungsmitteilung vom 24. Mai 2016 das bisherige Kellerabteil entzogen und ein neues Kellerabteil zugewiesen werden gegen eine Mietzinsreduktion um Fr. 40.– pro Monat. Das umstrittene Kellerabteil sowie der Schrank sind nicht Gegenstand eines separaten Vertrages, sondern sie wurden der Beklagten zusammen mit der Wohnung gestützt auf einen einheitlichen Mietvertrag überlassen.

Nicht gefolgt werden kann der Klägerin, soweit sie geltend macht, der Beklagten sei kein spezifisches Kellerabteil vermietet worden. Die Vermietung von

Wohn- oder Geschäftsräumen ist nach allgemeinem Verständnis ein Vertrag über eine Speziessache oder einen Speziessachteil. Der Vermieter erfüllt nur korrekt, wenn er dem Mieter genau das vertraglich bestimmte Objekt zum Gebrauch überlässt, und ist daher nicht berechtigt, den Mietgegenstand ohne Zustimmung des Mieters auszutauschen. Dies gilt auch für Nebenräume, auch wenn diese für die Parteien im Allgemeinen nicht die gleiche Bedeutung haben wie die eigentlichen Wohn- oder Geschäftsräume. Es ist unbestritten, dass der Rechtsvorgänger der Klägerin der Beklagten das strittige Kellerabteil übergeben hat und dass die Beklagte dieses seit 16 Jahren unwidersprochen nutzt. Die Behauptung der Beklagten, ihr sei das strittige Abteil schon bei der Wohnungsbesichtigung und damit vor Vertragsschluss gezeigt worden, blieb ebenfalls unbestritten. Auch wenn Begebenheiten nach Vertragsschluss den Konsens zwischen den Parteien grundsätzlich nicht tangieren können, bildet die unwidersprochene Handhabung eines Dauerschuldverhältnisses doch ein gewichtiges Indiz für das Vereinbarte (BGE 128 III 419 E. 2.3; BGE 129 III 675 E. 2.3; BGE 136 III 186 E. 3.1.1 = Pra 2010 Nr. 113). Dass ein Kellerraum vermietet werden sollte, geht aus dem Mietvertrag vom 21. März 2001 klar hervor. Dass vor dem seit zwei Jahren bestehenden Streit je ein anderes Abteil als Vertragsgegenstand betrachtet worden wäre, macht auch die Klägerin nicht geltend. Zwar ist nach Art. 1 OR in erster Linie das tatsächlich übereinstimmende Verständnis der Parteien für den Vertragsinhalt massgeblich. Da sich nach dem Verständnis vernünftiger und redlicher Vertragspartner (Vertrauensprinzip) nach dem Gesagten aber ergibt, dass das strittige Kellerabteil als Speziess-Sachteil vermietet wurde, hätte die Klägerin Hinweise auf eine übereinstimmend gewollte Vermietung etwa nur eines beliebigen Kellerabteils im Haus als nur der Gattung nach bestimmtes Miet(teil)objekt zu behaupten und zu beweisen. Sie macht aber weder entsprechende Indizien geltend noch bietet sie dazu Beweise an. Damit bleibt es beim objektivierten Sinne des Mietvertragsinhalts.

Durch die von der Klägerin angezeigte Vertragsänderung vom 24. Mai 2016 würde damit einerseits der Vertragsgegenstand, andererseits aber auch das Austauschverhältnis zwischen den vertraglichen Leistungen verändert, sodass sie ohne Weiteres unter die weite bundesgerichtliche Definition der einseitigen Ver-

tragsänderung im Sinne von Art. 269d Abs. 3 OR fällt. Damit gelten bezüglich der Neufestsetzung des Mietzinses die formellen Anforderungen von Art. 269d Abs. 1 und 2 OR und die inhaltlichen Kriterien von Art. 269 ff. OR. Zusätzlich ist die Zulässigkeit der Änderung als solche nach den Kriterien des Kündigungsschutzes gemäss Art. 271 ff./273 OR zu prüfen.

## *2.2. Verletzung der Begründungspflicht nach Art. 269d Abs. 2 lit. b OR*

2.2.1. Die Beklagte macht geltend, die einseitige Vertragsänderung sei gemäss Art. 269d Abs. 2 lit. b OR nichtig, da die Klägerin diese ungenügend begründet habe.

2.2.2. Art. 269d Abs. 2 lit. b OR erklärt Mietzinserhöhungen für nichtig, die nicht begründet worden sind. Die Bestimmung gilt wie erwähnt gemäss Art. 269d Abs. 3 OR auch für andere einseitige Vertragsänderungen. Im vorliegenden Fall begründete die Klägerin die einseitige Vertragsänderung vom 24. Mai 2016 lediglich mit dem Vermerk "Neues Kellerabteil mit Lattenverschlag in der Waschküche". Darüber gab sie unter der Rubrik "Begründung der Erhöhung" an, dass der Beklagten der bestehende Kellerraum entzogen und dafür ein anderes Kellerabteil zur Verfügung gestellt werde sowie dass der Mietzins um Fr. 40.– monatlich reduziert werde. Wie die Beklagte zu recht geltend macht, bilden die als "Begründung" gemachten Angaben nur eine Beschreibung der vorgesehenen Änderung. Sie weisen aber keinerlei Bezug zu den preislichen Missbrauchskriterien nach Art. 269 ff. OR auf und bilden daher keine (klare) Begründung im Sinne des Gesetzes.

2.2.3. Zwar beschlägt dieser Mangel nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zunächst nur das Preisgefüge, da die inhaltliche Zulässigkeit der anvisierten Vertragsänderung sich nicht nach Art. 269 ff./270b OR richtet, sondern nach Art. 271 ff. OR (BGE 125 III 231 E. 3c). Da die angestrebte Änderung aber zu einer Veränderung der bisherigen Leistungen der Vermieterin führen soll, muss die Nichtigkeit der Mietzinsanpassung zugleich auch die Nichtigkeit der angestrebten Änderung als solche nach sich ziehen, da die eine ohne die andere keinen Bestand haben kann. Zuzugestehen ist der Klägerin immerhin, dass allein die vorgesehene Mietzinssenkung bei gehöriger Begründung einer Überprüfung wohl ohne



weiteres standgehalten hätte. Die bisher verfügbare Fläche von Kellerabteil und Schrank beträgt aufgrund einer Messung auf dem Grundrissplan im Massstab 1:100 knapp  $1.5 \text{ m}^2$  ( $1.70 \text{ m} \times 0.70 \text{ m}$  [bish. Kellerabteil] +  $1 \text{ m} \times 0.30 \text{ m}$  [Schrack]), während der Beklagten im neuen Abteil in der Waschküche knapp  $1 \text{ m}^2$  zur Verfügung stehen würde ( $1.60 \text{ m} \times 0.60 \text{ m}$ ). Die jährliche Mietzinsreduktion von Fr. 480.– für eine Flächenreduktion um einen halben Quadratmeter entspräche daher einem Quadratmeterpreis von Fr. 960.– pro Jahr, was für die Miete einer Lagerfläche wohl selbst an den besten Lagen Zürichs unerreicht wäre. Noch klarer wird die Grosszügigkeit des Senkungsangebots, wenn man die heutigen Ausführungen der Klägerin berücksichtigt, gemäss welchen die Beklagte trotz der Änderung den Schrank bei der Treppe (mit einer Grundfläche von  $0.3 \text{ m}^2$ ) weiterhin solle nutzen dürfen.

Eine korrekte Begründung könnte etwa unter Berufung auf die Orts- und Quartierüblichkeit unter Angabe der genauen Flächenangaben von Wohnung und Nebenräumen erfolgen. Insbesondere wenn sich ergäbe, dass mit der Reduktion des Mietzinses um Fr. 40.– pro Monat proportional zumindest der Reduktion der gesamten Mietfläche Rechnung getragen würde (selbst ohne Unterscheidung von Wohn- und Lagerflächen), könnte die preisliche Anpassung schon aus diesem Grund auch bei Anrufung der relativen Anpassungsfaktoren von Art. 269a lit. b und e OR als nicht missbräuchlich erachtet werden, jedenfalls soweit der Mietzins zugleich den aktuellen Kostenfaktoren angepasst würde.

### *2.3. Anfechtbarkeit der Änderung nach den Kriterien des Kündigungsschutzes*

2.3.1. Wie erwähnt, ist die Zulässigkeit der Änderung als solche nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aufgrund der Kriterien des Kündigungsschutzes nach Art. 271 und 271a OR zu beurteilen.

2.3.2. Im vorliegenden Fall kann offenbleiben, ob die mitgeteilte Änderung schon aus Gründen der fehlenden Zumutbarkeit aufgehoben werden muss, insbesondere wegen der mangelnden Tauglichkeit des Ersatzabteils wegen Feuchtigkeit und Schimmelbildung oder weil das bisherige Kellerabteil einen wesentlichen Teil der Mietsache bildet, wie dies die Beklagte geltend macht. Nicht zu folgen ist immer-

hin der Auffassung der Beklagten, die fehlende Begründung der Änderung wirke sich nicht nur auf das Preisgefüge, sondern unmittelbar auch auf die Zulässigkeit der Änderung aus, denn im Bereich des Kündigungsschutzes ist eine Begründung gemäss Art. 271 Abs. 2 OR nicht Gültigkeitserfordernis, auch wenn eine fehlende oder mangelhafte Begründung in aller Regel ein Indiz für die Missbräuchlichkeit bildet, soweit die Unzulänglichkeit nicht im Schlichtungs- oder Gerichtsverfahren plausibel erklärt wird (vgl. dazu den [zur Publ. best.] BGE 4A\_703/2016 vom 24. Mai 2017 E. 5.3.3 und 5.3.4; ebenso schon BGE 125 III 231 E. 4, S. 239 u.).

2.3.3. Die Parteien stimmen darin überein, dass just über die Benützung des umstrittenen Kellerabteils und des Schrankes im Jahre 2015 zwischen ihnen ein Schlichtungsverfahren geführt wurde. Dabei schlossen sie am 25. November 2015 einen Vergleich, mit welchem explizit die Berechtigung der Beklagten vereinbart wurde, das bisherige Kellerabteil und den Schrank weiterhin zu benützen.

Gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. e Ziff. 4 OR ist eine Kündigung anfechtbar, wenn sie vor Ablauf von drei Jahren nach Abschluss eines mit dem Mietverhältnis zusammenhängenden Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens ausgesprochen wird, in welchem der Vermieter mit dem Mieter einen Vergleich geschlossen hat. Wie einleitend erwähnt, ist die Norm als Teil des Kündigungsschutzes nach Art. 271 ff. OR gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch auf einseitige Vertragsänderungen anzuwenden. Damit ist bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Änderung auch die genannte Sperrfrist zu beachten. Die Sperrfrist bewirkt die Anfechtbarkeit der Kündigung oder Änderung unabhängig davon, ob ein Bezug zwischen der Einigung und der Kündigung bzw. Änderung besteht oder ob das Kündigungs- oder Änderungsrecht im Sinne der übrigen Varianten von Art. 271 und 271a OR missbräuchlich ausgeübt wird (BGE 141 III 101 E. 2.2; BGE 131 III 33 E. 3.3-5).

Vorliegend fällt die einseitige Vertragsänderung vom 24. Mai 2016 in die dreijährige Sperrfrist von Art. 271a Abs. 1 lit. e Ziff. 4 OR, die durch den Vergleich vor Schlichtungsbehörde am 25. November 2015 ausgelöst wurde.

Die Klägerin wandte heute ein, sie habe den Vergleich nur geschlossen, weil sie in der Schlichtungsverhandlung habe zur Kenntnis nehmen müssen, dass es für die Änderung einer Formularmitteilung nach Art. 269d Abs. 3 i.V.m. Art. 269d Abs. 1 OR bedurft hätte. Ein Vergleich bei einer Schlichtungsverhandlung löst indessen eine Sperrfrist ungeachtet der Frage aus, in welchem Masse insbesondere der Vermieter nachgegeben hat. Vorbehalten bleibt immerhin der Fall, dass die Einigung nur eine Bagatelle betrifft, namentlich einen reinen Formmangel (ZK-HIGI, Art. 271a OR N 294; BSK-OR I-WEBER, Art. 271-271a N 25 und 27). Dem vorliegenden Vergleich ist ein Bagatellgegenstand nicht zu entnehmen. Zwar geht aus dem späteren Verhalten der Klägerin hervor, dass sie den Formmangel unverzüglich durch eine neue Mitteilung zu beheben suchte. Eine gewisse Stütze findet ihre Haltung auch darin, dass gemäss der Formulierung im Vergleich die Klägerin den bisherigen Kellerraum nur "weiterhin nutzt". Dies beschreibt an sich nur einen Vorgang und keine Berechtigung. Allerdings verstand auch die Klägerin die Formulierung noch im ersten Teil der Hauptverhandlung am 11. Januar 2017 explizit als Befugnis der Beklagten zur weiteren Nutzung des Kellerabteils ("... wonach die Beklagte das bisherige Kellerabteil samt Schrank wie bisher nutzen dürfe"). Aufgabe der Schlichtungsbehörde ist es sodann selbstverständlich nicht, Vorgänge oder Zustände zu beschreiben, sondern Rechtsstreitigkeiten beizulegen. Objektiviert betrachtet hielt der Vergleich nichts anderes fest als das unveränderte Recht der Beklagten zur Nutzung des strittigen Kellerabteils. Für ein übereinstimmendes abweichendes Verständnis behauptete die Klägerin auch in diesem Punkt neben den schon erwähnten keine tauglichen Indizien. Dabei spielt es keine Rolle, welchen Stellenwert sie selber dem Vergleich seinerzeit beimass. Solange sie beim Abschluss desselben nicht auch zum Ausdruck brachte, dass es für sie lediglich um die Anerkennung eines Formmangels ging und nicht um eine inhaltliche Regelung des Nutzungsrechts an Kellerabteil und Schrank, sind ihre Überlegungen aus vertraglicher Optik irrelevant, denn so durften und mussten die Parteien den von der Schlichtungsbehörde vorgeschlagenen Vergleich nach Treu und Glauben nicht verstehen.

Soweit die Klägerin sich sodann sinngemäss auf einen Willensmangel be-  
ruft, geschieht dies heute zum ersten Mal. Da ihr spätestens seit der Schlich-  
tungsverhandlung vom 25. November 2015 klar war, welche Formvorschriften  
einzuhalten waren, und da die Beklagte mit ihren Anfechtungen der Formularmit-  
teilungen immer auch zum Ausdruck brachte, dass sie dem geschlossenen Ver-  
gleich keineswegs den Charakter einer formellen Bagatelle beimass, erweist sich  
die heutige Anfechtung als verspätet (Art. 31 OR).

Abgesehen von all dem beschlug der Vergleich auch ein Nebenkostenthe-  
ma und beschränkte sich damit schon aus diesem Grunde keineswegs auf eine  
Streitigkeit über eine blosser Bagatelle in Gestalt einer formell unzureichenden  
Änderungsmitteilung hinsichtlich des Kellerabteils.

Hinzu kommt, dass auch das Schlichtungsverfahren, das am 8. März 2016  
mit einer Nichteinigung endete, eine Sperrfrist auslöste, denn unbestrittenermas-  
sen erfolgte im Anschluss daran keine Anrufung des Gerichts im Sinne von  
Art. 271a Abs. 1 lit. e Ziff. 3 OR durch die nach Art. 209 Abs. 1 lit. a ZPO mit der  
Klage belastete Klägerin. Diesbezüglich macht die Klägerin nicht geltend, der  
Streit habe sich nur auf eine Bagatelle bezogen – es war ihr ohne weiteres klar,  
dass die Beklagte die Vertragsänderung trotz des mittlerweile verwendeten For-  
mulars nicht akzeptieren wollte. Es kann zwar nicht ausgeschlossen werden, dass  
die Klägerin sich über die Klagelast irrte, wie sie heute vortragen lässt. Die Klage-  
fristen des (Miet-)Prozessrechts dienen indessen ähnlich wie die materiellrechtli-  
chen Verwirkungsfristen des Mietrechts der Rechtssicherheit. Wie in einer Formu-  
larmitteilung des Vermieters an den Mieter (Art. 269d OR) wird auch in einer Kla-  
gebewilligung der Schlichtungsbehörde klar mitgeteilt, wer wie vorzugehen hat,  
wenn er auf seinem Standpunkt beharrt. Dies geschah auch hier. Es verbietet  
sich, einer Partei den Einwand zu gestatten, sie habe sich über die Anfechtungs-  
oder Klagelast geirrt. Bezüglich der Klagefristen kann nach Art. 148 Abs. 1 ZPO  
im Falle einer korrekten Belehrung durch die Behörden oder Gerichte nur ein feh-  
lendes oder leichtes Verschulden zu einer Fristwiederherstellung führen. Dass sie  
ein entsprechendes Gesuch gestellt hätte, macht die Klägerin nicht geltend. Nach  
dem Gesagten wäre ein solches zufolge keineswegs nur leichtes Verschuldens

auch abzuweisen. Damit löste der Verzicht auf die Anrufung des Gerichts innert der Klagefrist, welche durch die Klagebewilligung vom 8. März 2016 ausgelöst wurde, eine weitere Sperrfrist aus, die sich auf die heute umstrittene Vertragsänderung auswirkt und zu deren Anfechtbarkeit führt (zur Frage einer Durchbrechung der Sperrfrist gestützt auf Art. 271a Abs. 3 lit. e OR sogleich).

2.3.4. Wie die Beklagte darüber hinaus zu recht vortragen lässt, müsste auch eine Anfechtbarkeit nach Art. 271 Abs. 1 OR bejaht werden, da die vorliegende Änderung den Zweck verfolgt, eine Doppelvermietung des gleichen Kellerraums durch den Rechtsvorgänger der Klägerin, mithin ein zwar wohl auf einem Versehen beruhendes, aber dennoch der Klägerin zurechenbares vertragswidriges Verhalten zu korrigieren. Wer miteinander kollidierende vertragliche Verpflichtungen eingeht, steht zwar vor dem Dilemma, dem einen Vertragspartner zu leisten und gegenüber dem anderen schadenersatzpflichtig zu werden. In der Wahl, welchen Vertrag er erfüllen will, ist er grundsätzlich auch frei. Hingegen kann er nicht auf seinen Entscheid zurückkommen, wenn er die Leistung gegenüber einem seiner Vertragspartner erbracht hat. Bei der Miete als Dauerschuldverhältnis ist der Mieter aufgrund seines vertraglichen Erfüllungsanspruchs vor einer Rückgabe geschützt. Diesen Erfüllungsanspruch durch einen Schadenersatz- oder Mietzinsherabsetzungsanspruch zu ersetzen, kann nicht als legitimer Änderungszweck erachtet werden.

Erst recht kann die Tatsache der Doppelvermietung nicht zur Annahme eines wichtigen Grundes für die Vertragsänderung analog Art. 266g OR führen, der die laufenden Sperrfristen zu überbrücken vermöchte: Wichtige Gründe sind nur solche, die der betroffenen Partei die weitere Erfüllung des (ursprünglichen) Vertrages nach Treu und Glauben unzumutbar machen. Wie die Kündigung aus wichtigem Grund als solche, setzt auch die Durchbrechung der Sperrfrist im Kontext einer Vertragsänderung analog Art. 271a Abs. 3 lit. e OR eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse seit Vertragsschluss voraus, denn eine Kündigung aus wichtigem Grund stellt die Verwirklichung des Gedankens der *clausula rebus sic stantibus* (Änderungsvorbehalt für bedeutsame Veränderungen der Verhältnisse seit Vertragsschluss) im Bereich von Dauerschuldverhältnissen dar und ist

deshalb nicht dazu da, den ursprünglichen Konsens der Parteien beliebig wieder infrage zu stellen. Selbst später eingetretene, beim Vertragsschluss indessen voraussehbare erhebliche Veränderungen der Umstände berechtigen nicht zu einer Vertragsänderung (ZK-HIGI, Art. 266g OR N 42). Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Doppelvermietungssituation schon bestand, als der Vertrag mit der Beklagten geschlossen wurde. (...) Es ist daher zumindest missverständlich, wenn die Klägerin angibt, mit der Änderung habe sie der B den Kellerraum "wieder" zur Verfügung stellen wollen, denn die Darstellung der Beklagten, wonach die B den Raum seit Beginn ihres eigenen Vertrags im Jahre 1989 nie benützt habe, blieb unbestritten. Schon aus diesem Grund kann sich die Klägerin nicht auf einen wichtigen Grund berufen.

Weiter dürfen die veränderten Umstände auch nicht auf ein Verschulden der kündigenden Partei zurückzuführen sein (ZK-HIGI, Art. 266g OR N 36 f.). Die mehrfache Vermietung des gleichen Objekts stellt klar ein solches Selbstverschulden dar, auch wenn im vorliegenden Fall letztlich der Rechtsvorgänger der Klägerin das Problem geschaffen hat. Dessen Verschulden ist der Klägerin als Folge des Vertragsübergangs nach Art. 261 OR anzurechnen.

Zusammenfassend erweist sich die Änderung vom 24. Mai 2016 zumindest als anfechtbar im Sinne des mietrechtlichen Kündigungsschutzes und ist daher aufzuheben.

(...)"

**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 P. Zumsteg, Leitende Gerichtsschreiberin;  
Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident