

## Grundlagenirrtum bei Mängeln am Mietobjekt Bundesgerichtsurteil 4A\_125/2014 vom 2. Juni 2014

Mit Bemerkungen von RA M.A. HSG Yves Mauchle und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone\*

### Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen der Gerichte
  - 1. Entscheidung des Kreisgerichts St. Gallen vom 23. Januar 2013
  - 2. Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 13. Januar 2014
  - 3. Urteil des Bundesgerichts vom 2. Juni 2014
- III. Bemerkungen
  - 1. Bisherige Rechtsprechung und Kasuistik
  - 2. Teilnichtigkeit
  - 3. Abwicklung *ex tunc* oder *ex nunc*?
  - 4. Genehmigung des Vertrags durch Mängelrüge?
  - 5. Zusammenfassung und Schlussbemerkungen

### I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Im Herbst 2011 verhandelten die A. AG (Vermieterin, Klägerin, Beschwerdeführerin) und die B. AG (Mieterin, Beklagte, Beschwerdegegnerin) über den Abschluss eines Mietvertrags über Büroräumlichkeiten und einen Archiv- und Lagerraum in der Stadt St. Gallen.

Am 22. September 2011 fand die zweite Besichtigung des Mietobjekts statt, bei der die B. AG unangenehme Geräusche feststellte. Darauf teilte die B. AG der A. AG mit, dass dieser Lärm auf Dauer «nicht so erträglich» für ihre Mitarbeiter sei. Die A. AG antwortete mit Schreiben vom 30. September 2011, dass das Geräusch von der Lüftung stamme und diese entsprechend gedämmt werde.

Die Parteien unterzeichneten am 21. September bzw. 19. Oktober 2011 den Mietvertrag mit einem monatlichen Bruttomietzins von CHF 2544.15. Der Mietantritt sollte per 1. Januar 2012 erfolgen.

Nachdem der Einzug der Mieterin am 19. Dezember 2011 erfolgt war, wurde sie am 5. Januar 2012 über einen Prüfungsbericht bezüglich der akustischen Verhältnisse in der Liegenschaft informiert. Gemäss dem Bericht des Akustikers stammten die störenden Geräusche aus dem Technikraum der angrenzenden MRI-Anlage. Der Expertise zufolge würden die Schallschutzanforderungen nach SIA 181

aufgrund dieses Lärms nicht eingehalten und die Normalanforderungen der SUVA seien nur teilweise erfüllt. Der Akustiker befand, dass eine Schallisolierung der Maschinengeräusche mittels einer Vorsatzschale in den Räumlichkeiten der Mieterin grundsätzlich möglich sei. Unklar sei hingegen, ob auch der Pfeifton isoliert werden könne.

Die Mieterin erklärte am 11. Januar 2012 gegenüber der Vermieterin, dass sie das Mietvertragsverhältnis wegen Willensmängeln und Täuschung für unverbindlich bzw. aufgelöst betrachte. *Eventualiter* trete sie im Sinne von Art. 258 i.V.m. Art. 107/108 OR sofort vom Vertrag zurück. Die Vermieterin hielt am Mietverhältnis fest und sicherte zu, dass das Mietobjekt rasch und möglichst störungsfrei saniert würde. Die Mieterin entgegnete darauf, die vorgeschlagene Sanierungsmassnahme sei untauglich und unzumutbar. Am 2. März 2012 zog die Mieterin aus den Mieträumlichkeiten aus.

Mit Klage vom 17. August 2012 stellte die Vermieterin das Rechtsbegehren, die Mieterin sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 33 073.95 (Mietzinse vom 1. Januar 2012 bis 31. Januar 2013) zuzüglich Verzugszinsen zu bezahlen. Die Mieterin beantragte Abweisung der Klage, wobei sie sich wiederum auf Willensmängel und Täuschung sowie *eventualiter* auf den sofortigen Rücktritt vom Vertrag berief.

Die Einzelrichterin des Kreisgerichts St. Gallen hiess die Klage der Vermieterin mit Entscheid vom 23. Januar 2013<sup>1</sup> gut. Die Mieterin erhob dagegen Berufung an das Kantonsgericht St. Gallen, welches den Grundlagenirrtum der Mieterin als erwiesen betrachtete und deshalb mit Urteil vom 13. Januar 2014<sup>2</sup> das Rechtsmittel grundsätzlich guthiess. Für die Zeitperiode, in der die Mieterin das Mietobjekt belegte, wurde eine Mietzinsreduktion von 30% gewährt. Schliesslich gelangte die Vermieterin mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht. Dieses wies die Beschwerde ab.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> KreisGer St. Gallen VV.2012.115 vom 23. Januar 2013.

<sup>2</sup> KGer SG BO.2013.32-K3 vom 13. Januar 2014.

<sup>3</sup> BGer 4A\_125/2014 vom 2. Juni 2014; Zusammenfassung mit Kurzkomentar bei Harald Bärtschi, Unverbindlichkeit eines Mietvertrags wegen Irrtums über Lärm, ius.focus 10/2014, 7.

\* Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <<http://www.rwi.uzh.ch/vdc>>.

## II. Erwägungen der Gerichte

### 1. Entscheidung des Kreisgerichts St. Gallen vom 23. Januar 2013

Das Kreisgericht St. Gallen prüfte gemäss den Vorbringen der Mieterin, ob ein Irrtum (i) über die Behebung des Lärms vor Mietantritt, (ii) über die Quelle des Lärms oder (iii) über das Nichteinhalten der Lärmschutzgrenzwerte vorlag.<sup>4</sup> Bezüglich des ersten Punkts lag nach dem Kreisgericht kein Irrtum vor, da die Mieterin selbst an der Behebung des Lärms vor Mietantritt gezweifelt habe.<sup>5</sup> Bezüglich der Quelle des Lärms könne hingegen davon ausgegangen werden, dass die Mieterin einem Irrtum unterlegen sei: Sie sei aufgrund der Angaben der Vermieterin<sup>6</sup> davon ausgegangen, dass die Geräusche von der Lüftung stammen würden.<sup>7</sup> Dieser Irrtum über die Lärmquelle sei jedoch objektiv nicht wesentlich, da es objektiv betrachtet nicht auf die Quelle des Lärms ankommen könne, solange der Lärm als solcher bekannt gewesen sei.<sup>8</sup> Auch bezüglich der Nichteinhaltung der SIA-Mindestanforderungen<sup>9</sup> und SUVA-Richtwerte<sup>10</sup> lag nach dem Kreisgericht ein Irrtum vor,<sup>11</sup> der aber wiederum unwesentlich war. Dies wurde damit begründet, dass primär die subjektive Empfindung zu berücksichtigen sei, welche der Mieterin bereits bewusst gewesen sei. Die nachträgliche Quantifizierung des Lärms im Bericht des Akustikers habe an der Lärmwahrnehmung der Mieterin nichts geändert, weshalb das Kreisgericht dem Irrtum bzw. der Ignorantia bezüglich der Nichteinhaltung der Schallschutzwerte keine subjektive Wesentlichkeit zu-mass.<sup>12</sup> Nachdem auch keine Täuschung belegt wer-

den konnte,<sup>13</sup> urteilte das Kreisgericht, dass die Mieterin zu Unrecht die Unverbindlichkeit des Vertrags geltend mache.<sup>14</sup>

### 2. Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 13. Januar 2014

Methodisch schlug das Kantonsgericht den Weg einer Gesamtbetrachtung des Sachverhalts ein, verzichtete also darauf, den Irrtum bezüglich einzelner Sachverhaltselemente getrennt zu prüfen. Hinsichtlich der subjektiven Wesentlichkeit ging das Gericht davon aus, dass es für die Mieterin «notwendige Grundlage des Vertrags war, Büroräumlichkeiten anzumieten, in welchen ruhiges und konzentriertes Arbeiten grundsätzlich möglich ist, die gesetzlichen Lärmwertgrenzen eingehalten werden und nicht anhaltend störende Geräusche zu hören sind und kurz nach dem Einzug während Wochen grössere Umbauarbeiten erfolgen, um die Lärmproblematik – mit ungewissem Erfolg – zu lösen».<sup>15</sup> Dagegen spreche auch nicht, dass die Mieterin vorerst in das Mietobjekt einzog, da sie erst nachträglich mit der Zustellung des Berichts des Akustikers von der aufwendigen, langwierigen und unsicheren Sanierung erfuhr. Entsprechend liege ein subjektiv wesentlicher Irrtum vor.<sup>16</sup> Dieselben Punkte würden grundsätzlich auch im loyalen Geschäftsverkehr vorausgesetzt. Generell könne gesagt werden, dass ein Mieter ein im Wesentlichen mängelfreies Mietobjekt oder aber die rasche und störungsfreie Behebbarkeit der Mängel erwarte. Diese objektiv wesentliche Voraussetzung sei *in casu* nicht gegeben gewesen: Betrachte man die Lärmproblematik in ihrer Gesamtheit, «wäre im allgemeinen Geschäftsverkehr nicht mit dem Zustandekommen eines entsprechenden Mietvertrages zu rechnen».<sup>17</sup> Da die Wesentlichkeit ausserdem für die Gegenpartei

<sup>4</sup> KreisGer St. Gallen VV.2012.115 vom 23. Januar 2013, E. III.3.

<sup>5</sup> KreisGer St. Gallen VV.2012.115 vom 23. Januar 2013, E. III.4b.

<sup>6</sup> Schreiben vom 30. September 2011; vgl. vorne Ziff. I.

<sup>7</sup> KreisGer St. Gallen VV.2012.115 vom 23. Januar 2013, E. III.5b.

<sup>8</sup> KreisGer St. Gallen VV.2012.115 vom 23. Januar 2013, E. III.5c.

<sup>9</sup> Überschreitung der Mindestanforderungen gemäss SIA 181 um 9 dB.

<sup>10</sup> Überschreitung der SUVA-Richtwerte für Hintergrundgeräusche um 4 bzw. 9 dB.

<sup>11</sup> KreisGer St. Gallen VV.2012.115 vom 23. Januar 2013, E. III.6b.

<sup>12</sup> KreisGer St. Gallen VV.2012.115 vom 23. Januar 2013, E. III.6c.

<sup>13</sup> KreisGer St. Gallen VV.2012.115 vom 23. Januar 2013, E. III.7c.

<sup>14</sup> KreisGer St. Gallen VV.2012.115 vom 23. Januar 2013, E. III.8; in E. III.9 wird ausserdem der Eventualstandpunkt der Beklagten (Rücktritt nach Art. 258 i. V. m. Art. 107/108 OR) verworfen, namentlich weil die Beklagte das Mietobjekt trotz der Lärmimmissionen übernahm (E. III. 9b).

<sup>15</sup> KGer SG BO.2013.32-K3 vom 13. Januar 2014, E. III.1b/aa S. 10.

<sup>16</sup> KGer SG BO.2013.32-K3 vom 13. Januar 2014, E. III.1b/aa S. 10.

<sup>17</sup> KGer SG BO.2013.32-K3 vom 13. Januar 2014, E. III.1b/bb.

erkennbar gewesen sei,<sup>18</sup> sei der Vertrag für die Mieterin in Anwendung von Art. 23 OR unverbindlich.<sup>19</sup> Das Kantonsgericht ging für den Zeitraum zwischen der Unverbindlichkeitserklärung und dem Verlassen des Mietobjekts von einem faktischen Vertragsverhältnis aus, aufgrund dessen ein Mietzins geschuldet war.<sup>20</sup> Dieser wurde durch das Gericht wegen des Lärms um 30% reduziert.<sup>21</sup>

### 3. Urteil des Bundesgerichts vom 2. Juni 2014

Das Vorliegen des Irrtums ist eine Sachfrage und wurde vom Bundesgericht entsprechend nicht beurteilt.<sup>22</sup> Das Bundesgericht stützte die Erwägungen des Kantonsgerichts St. Gallen, wonach die Wesentlichkeitsmerkmale i. S. v. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR erfüllt sind, und verneinte dementsprechend die unrichtige Anwendung von Art. 23 f. OR.<sup>23</sup> Auf den Themenkomplex des faktischen Vertragsverhältnisses und der Mietzinsreduktion ging das Bundesgericht mangels zureichend begründeter Rüge nicht ein.<sup>24</sup>

## III. Bemerkungen

### 1. Bisherige Rechtsprechung und Kasuistik

Nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann sich der Mieter bei Mängeln an der Mietsache auf die Unverbindlichkeit des Vertrags wegen Grundlagenirrtums berufen, wenn dieser Tatbestand erfüllt ist. Mit anderen Worten ist Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR neben den Rechtsbehelfen des Mietrechts

(Art. 258 ff. OR) alternativ<sup>25</sup> anwendbar.<sup>26</sup> Im Gegensatz zum Verhältnis zwischen Grundlagenirrtum und kaufrechtlicher Sachgewährleistung, welches in der Lehre kontrovers diskutiert wird,<sup>27</sup> ist die Alternativität zwischen den Gewährleistungsregeln des Mietrechts und dem Grundlagenirrtum kaum umstritten.<sup>28</sup> Der Grund dürfte darin liegen, dass bei den mietrechtlichen Behelfen keine strikten Prüfungs- und Rügeobliegenheiten zu beachten sind,<sup>29</sup> welche durch die uneingeschränkte alternative Berufung auf den Grundlagenirrtum relativiert würden.<sup>30</sup>

In den Leitentscheiden des Bundesgerichts<sup>31</sup> waren es namentlich fehlerhafte Flächenangaben, welche einen Irrtum des Mieters bezüglich einer Eigenschaft des Miet- bzw. Pachtobjekts begründeten.<sup>32</sup>

<sup>18</sup> KGer SG BO.2013.32-K3 vom 13. Januar 2014, E. III.1b/aa S. 10 und III.1c.

<sup>19</sup> KGer SG BO.2013.32-K3 vom 13. Januar 2014, E. III.1c.

<sup>20</sup> KGer SG BO.2013.32-K3 vom 13. Januar 2014, E. III.2a S. 12; vgl. dazu die Bemerkungen hinten Ziff. III.3.2 und III.3.3.

<sup>21</sup> KGer SG BO.2013.32-K3 vom 13. Januar 2014, E. III.2c/bb S. 15.

<sup>22</sup> BGer 4A\_125/2014 vom 2. Juni 2014, E. 3.4; vgl. auch E. 2.2. Wissen und Willen der Parteien beim Vertragsabschluss werden von der Vorinstanz grundsätzlich verbindlich festgestellt (Sachfrage; vgl. Art. 97 Abs. 1 BGG). Rechtsfrage und damit der Kognition des Bundesgerichts zugänglich ist dagegen, ob der Irrtum wesentlich i.S.v. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR ist.

<sup>23</sup> BGer 4A\_125/2014 vom 2. Juni 2014, E. 3.4.

<sup>24</sup> BGer 4A\_125/2014 vom 2. Juni 2014, E. 4.

<sup>25</sup> Zur Terminologie und den Erscheinungsformen von Normenkonkurrenzen sowie methodischen Lösungsansätzen siehe *Yves Mauchle*, Normenkonkurrenzen im Obligationenrecht – zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, *AJP* 21 (2012), 933–952.

<sup>26</sup> Vgl. *Andreas Béguin/David Lachat*, Das Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl., Zürich 2009, N 11/1.2 S. 162; *Peter R. Burkhalter/Emmanuelle Martinez-Favre*, Le droit suisse du bail à loyer, Commentaire SVIT, Genf 2011, rem. prélim. aux art. 258–259i CO, N 74; *Roger Weber*, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–530 OR, Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), 5. Aufl., Basel 2011 (zit. BSK OR I-Bearbeiter), Art. 258 N 9; *Peter Zihlmann*, Das Mietrecht, 2. Aufl., Zürich 1995, 73; *Christian Eichenberger*, Der Flächenbegriff im Mietrecht, *MietRecht Aktuell* 3/2013, 3–27, 10 f.; ablehnend *Peter Higi*, in: Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Teilband V2b: Die Mietsache, Erste Lieferung, Art. 253–265 OR, 3. Aufl., N 19 zu Art. 259a OR.

<sup>27</sup> Siehe die ausführlichen Nachweise bei BSK OR I-Schwenzler (Fn. 26), Vor Art. 23–31 N 9.

<sup>28</sup> Vgl. die Hinweise in Fn. 26.

<sup>29</sup> Vgl. BGE 113 II 25, E. 2a; *Christoph Müller*, Contrats de droit suisse, Bern 2012, Rz. 744.

<sup>30</sup> Dazu *Mauchle* (Fn. 25), 946.

<sup>31</sup> Zur Rechtsprechung bezüglich Mängeln am Mietobjekt im Allgemeinen siehe *Claude Roy*, Mängelentscheide – Arrêts sur des cas de défauts, *mietrechtspraxis/mp* 25 (2011), 171–192.

<sup>32</sup> Abgelehnt wurde die Berufung auf Grundlagenirrtum hingegen in BGer 4C.5/2001 vom 16. März 2001 (=Droit du bail 15 [2003] Nr. 10): Dass die 3-Zimmer-Mietwohnung statt der angegebenen 100 m<sup>2</sup> nur eine Fläche von 87,7 m<sup>2</sup> aufwies, begründete keinen Grundlagenirrtum, da die Vorinstanz festgestellt hat «che la superficie dell'ente locato non costituiva per l'attore un elemento soggettivamente essenziale ai fini della stipulazione del contratto» (E. 3). Ähnlich BGer 4A\_465/2010 vom 30. November 2010, E. 5: Die Fläche von nur 122,5 m<sup>2</sup> statt den vertraglichen 178 m<sup>2</sup> hatte gemäss der Vorinstanz keinen Einfluss

- In BGE 39 II 241 erwog das Bundesgericht, dass der Pächter eines Grundstücks mit einer tatsächlichen Fläche von 12  $\frac{3}{4}$  Jucharten einem wesentlichen Irrtum unterlag, wenn er von einer Fläche von 20 Jucharten ausging. Das Bundesgericht sah darin einen Anwendungsfall des *error in quantitate* (Art. 19 Ziff. 4 aOR<sup>33</sup>).<sup>34</sup>
- Ähnlich war der Fall in BGE 64 II 132 gelagert: Die Fläche des Pachtgrundstücks betrug nur 44 613 m<sup>2</sup> statt der vertraglich vereinbarten 64 529 m<sup>2</sup>. Offen blieb die Qualifikation des Irrtums: «Qu'on l'envisage comme une erreur sur la quantité (art. 24, n° 3) ou comme une erreur sur les éléments nécessaires du contrat (art. 24, n° 4), elle est de toute façon essentielle.»<sup>35</sup> Hier zeigte sich die Problematik der Typologie von Erklärungs- und Motivirrtum;<sup>36</sup> in den nachfolgenden Fällen ging das Bundesgericht richtigerweise von einem Motivirrtum aus.
- Im Fall von BGE 113 II 25 wurde gemäss Inserat eine «komfortable 5-Zimmer-Wohnung etwa 160 m<sup>2</sup>» vermietet. Tatsächlich war die Wohnfläche um rund 13 m<sup>2</sup> kleiner. Obwohl die Grösse mit «etwa 160 m<sup>2</sup>» angegeben wurde, müsse der Mieter nicht mit einem solchen Unterschied rechnen. Ausserdem entspräche es der allgemeinen Lebenserfahrung, «dass der Mietzins einer Wohnung von deren Grösse, insbesondere der Zimmerzahl und der bewohnbaren Fläche abhängt.»<sup>37</sup>

auf den Entscheid, den Vertrag abzuschliessen. In beiden Entscheiden ging es um Wissen und Willen der Mietpartei und damit um Sachfragen ausserhalb der Kognition des Bundesgerichts (vgl. Fn. 22). Des Weiteren wurde in BGER 4A\_408/2007 vom 7. Februar 2008 (=Cahiers du Bail 2/2008, 47–52) dem Mieter die Berufung auf Grundlagenirrtum verwehrt, da es «à l'œil nu» klar gewesen sei, dass die Fläche des Objekts kleiner ist als im Inserat und Mietvertrag erwähnt (E. 3.3).

<sup>33</sup> Entspricht Art. 24 Abs. 3 OR.

<sup>34</sup> BGE 39 II 132, E. 3.

<sup>35</sup> BGE 64 II 132, E. 3.

<sup>36</sup> Dazu und zum Gedanken der Wertungsparallelität zwischen Erklärungs- und Motivirrtum siehe Hans Caspar von der Crone/Urs H. Hoffmann-Nowotny, Wertungsparallelität und Interessenausgleich im Irrtumsrecht, SJZ 104 (2008), 53–61.

<sup>37</sup> BGE 113 II 25, E. 1b.

- BGE 135 III 537<sup>38</sup> befasste sich mit der Vermietung eines Geschäftslokals mit einer Fläche von «ungefähr 246 m<sup>2</sup>», wobei der Mietzins anhand eines m<sup>2</sup>-Preises festgelegt wurde. Tatsächlich betrug die Fläche 204,2 m<sup>2</sup>. Das Bundesgericht bejahte den Grundlagenirrtum und betonte, dass die Fläche insbesondere bei Geschäftsräumen ein objektiv wesentliches Merkmal sei.<sup>39</sup>

## 2. Teilnichtigkeit

Abweichend vom Normalfall der vollständigen Nichtigkeit lässt die Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>40</sup> eine teilweise Unverbindlichkeitserklärung in analoger Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR zu.<sup>41</sup> Die Teilnichtigkeit im Sinne des *favor negotii* zielt darauf ab, die Unverbindlichkeit wegen Grundlagenirrtums nur so weit greifen zu lassen, als dies der mangelhafte Wille der irrenden Vertragspartei erfordert.<sup>42</sup> Massstab ist der hypothetische Parteiwille.<sup>43</sup> Die Teilnichtigkeit kommt zur Anwendung, wenn (i) nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Vertrag ohne den nichtigen Teil nicht geschlossen worden wäre und (ii) der Vertragsinhalt «in subjektiver wie in ob-

<sup>38</sup> Kurzbesprechungen bei Thomas Koller/Norbert Sennhauser, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2009, ZBJV 147 (2011), 294–329, 295 ff.; Pascal Pichonnaz, Entwicklungen im Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, SJZ 106 (2010), 189–195, 191; Bruno Hediger, Entwicklungen im Mietrecht, SJZ 106 (2010), 320–326, 321. Zur Fläche im Mietrecht im Allgemeinen Eichenberger (Fn. 26), 9 ff.

<sup>39</sup> BGE 135 III 537, E. 2.2 S. 542.

<sup>40</sup> BGE 135 III 537, E. 2.1 S. 541; 130 III 49, E. 3.2; 123 III 292, E. 2b; 116 II 685, E. 2b/aa; 107 II 419, E. 3a; 96 II 101, E. 3a; 78 II 216, E. 5; anders noch BGE 47 II 314, E. 1 S. 316.

<sup>41</sup> Vgl. BSK OR I-Schwenzer (Fn. 26), Art. 23 N 11; Bruno Schmidlin, Berner Kommentar, Band VI, 1. Abteilung, 2. Teilband, Unterteilband 1b (Art. 23–31 OR), Bern 1995 (zit. BK-Schmidlin), N 148 ff. zu Art. 23/24 OR; Peter Gauch/Walter R. Schluemp/Jörg Schmid/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Zürich 2014, Rz. 852; Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, 214; Karl Spiro, Können übermässige Verpflichtungen oder Verfügungen im reduzierten Umfang aufrechterhalten werden?, ZBJV 88 (1952), 497–533, 501 ff.

<sup>42</sup> BK-Schmidlin (Fn. 41), N 149 zu Art. 23/24 OR.

<sup>43</sup> BGE 116 II 685, E. 2b/aa S. 687; BGE 107 II 419, E. 3; vgl. Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012, Rz. 39.08.

jektiver Hinsicht teilbar ist, so dass der verbleibende Teil noch immer ein sinnvolles Vertrags Ganzes bildet, das für sich selbst bestehen kann.»<sup>44</sup>

Bei einem Grundlagenirrtum über Eigenschaften des Mietobjekts ist es entsprechend möglich, dass anstelle der vollständigen Unverbindlichkeit bloss auf partielle Nichtigkeit erkannt wird. In diesen Fällen bleibt der Vertrag bestehen, der Mietzins wird jedoch herabgesetzt.<sup>45</sup> Beispielsweise wird der Mieter bei einem Irrtum über die Fläche regelmässig nur – aber immerhin – die Reduktion des Mietzinses verlangen können, wenn sich die Parteien auf einen Quadratmeterpreis geeinigt haben.<sup>46</sup>

### 3. Abwicklung *ex tunc* oder *ex nunc*?

Beruft sich der Mieter auf einen Grundlagenirrtum wegen Mängel am Mietobjekt, ist insbesondere bei längeren Mietverhältnissen relevant, ob die Unverbindlichkeit nur für die Zukunft (*ex nunc*) wirkt oder ob der Vertrag von Anfang an (*ex tunc*) dahinfällt. Damit verbunden ist die Frage nach einer etwaigen Rückerstattung von zu viel bezahltem Mietzins.

#### 3.1 Lehre und Rechtsprechung zur Abwicklung von mangelhaften Dauerverträgen

Im Allgemeinen führt die Geltendmachung der einseitigen Unverbindlichkeit zum Dahinfallen des Vertrags *ex tunc*.<sup>47</sup> Die rückwirkende Abwicklung von Verträgen mit andauerndem Leistungsaustausch

stösst jedoch regelmässig auf Probleme, insbesondere dann, wenn der Leistungsvollzug schon längere Zeit im Gang ist.<sup>48</sup> Solche Dauerverträge sind nach verbreteter Auffassung mit Wirkung *ex nunc* aufzulösen.<sup>49</sup> Dies wird teils mit der Rechtsfigur des faktischen Vertragsverhältnisses<sup>50</sup> begründet und teils mit Art. 25 Abs. 1 OR, weil es bei Dauerverträgen Treu und Glauben widerspreche, die Unverbindlichkeit auch für die Vergangenheit geltend zu machen.<sup>51,52</sup> Im «Klärschlamm»-Entscheid<sup>53</sup> hat das Bundesgericht in diesem Sinne festgehalten, dass die Unverbindlichkeitserklärung bei Dauerverträgen grundsätzlich als «Kündigung»<sup>54</sup> *ex nunc* wirkt. Diese Auflösung *ex nunc* gelte jedoch nicht für den Fall, in dem sich «der Willensmangel [...] im Synallagma selbst auswirkte, d.h. für das Leistungsversprechen des Irrenden in quantitativer Hinsicht bestimmend war.»<sup>55</sup> In einer solchen Situation wirke die Unverbindlichkeitserklärung insofern zurück, als die gegenseitigen Leistungen in «gerichtlicher Vertragsanpassung» neu bewertet und in (analoger) Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR modifiziert würden.<sup>56</sup>

#### 3.2 Rechtsfolgen bei Grundlagenirrtum bezüglich Eigenschaften der Mietsache

Bei der vorne<sup>57</sup> beschriebenen Teilnichtigkeit wegen Mangels an der Mietsache war der Willensmangel begriffsnotwendig für das Leistungsversprechen der irrenden Partei in quantitativer Hinsicht bestimmend – aufgrund der fehlerhaften bzw. fehlenden Vorstellung über den Sachverhalt wurde ein zu hoher

<sup>44</sup> BGE 130 III 49, E. 3.2.

<sup>45</sup> Auch beim Kaufvertrag ist mit einer teilweisen Unverbindlichkeitserklärung eine Herabsetzung des Kaufpreises möglich, die faktisch einer Minderung nach Art. 205 Abs. 1 OR gleichkommt: BGE 107 II 419, E. 2b S. 425; vgl. dazu *Schwenzer* (Fn. 43), Rz. 39.08.

<sup>46</sup> Vgl. BGE 135 III 537, E. 2.1 f., diskutiert bei *Eichenberger* (Fn. 26), 12.

<sup>47</sup> Ausführlich BGE 114 II 131, E. 3b: Das BGER folgt der Ungültigkeitstheorie, wobei es davon ausgeht, dass der Vertrag auch bei Anwendung der Anfechtungstheorie *ex tunc* aufgehoben würde; a.M., zumindest bezüglich des Verjährungslaufs, *Paul Piotet*, A propos de l'arrêt «Picasso», JdT 136 (1988), 519–523, 522; kritisch auch *Wolfgang Wiegand*, Bemerkungen zum Picasso-Entscheid (BGE 114 II 131), recht 7 (1989), 101–112, 109 f.; vgl. ferner *Eveline Wyss/Hans Caspar von der Crone*, Bestechung bei Vertragsabschluss, Bemerkungen zum Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. September 2002 i.S. ABZ Recycling AG (Klägerin und Appellantin) gegen Stadt Zürich (Beklagte und Appellantin), SZW 75 (2003), 35–44, 41.

<sup>48</sup> Vgl. *Peter Gauch*, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Freiburg 1968 (=AISUF 34), 209 ff.; *Susanne Polydor-Werner*, Rückabwicklung und Aufrechterhaltung fehlerhafter Dauerschuldverträge, Diss. Genf 1988 (=SSHW 114), 17; siehe auch BGE 129 III 320, E. 7.1.2.

<sup>49</sup> *Stephan Hartmann*, Die Rückabwicklung von Schuldverträgen, Habil. Luzern, Zürich 2005 (=Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft 9), Rz. 68 m.w.H.

<sup>50</sup> BK-Schmidlin (Fn. 41), N 108 zu Art. 31 OR.

<sup>51</sup> *Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger* (Fn. 41), Rz. 944.

<sup>52</sup> Vgl. zum Ganzen auch *Schwenzer* (Fn. 43), Rz. 39.25.

<sup>53</sup> BGE 129 III 320, E. 7.1.2 f.; dabei ging das Bundesgericht gerade nicht von einem faktischen Vertragsverhältnis aus, schob aber die Bemerkung nach, dass «die dogmatischen Unterschiede auch nicht überzubetonen» seien.

<sup>54</sup> Dieselbe Terminologie ist zu finden bei *Gauch* (Fn. 48), 212.

<sup>55</sup> BGE 129 III 320, E. 7.1.4.

<sup>56</sup> BGE 129 III 320, E. 7.1.4 m.H.

<sup>57</sup> Ziff. III.2.

Mietzins versprochen.<sup>58</sup> Das pragmatische Abwicklungsregime des Bundesgerichts aus dem «Klär-schlamm»-Entscheid beantwortet entsprechend die Frage der Rechtsfolge einer solchen teilweisen Unverbindlichkeit: Der Mietzins wird von Anfang an gemindert, und ein für die bisherige Mietdauer zu viel bezahlter Zins kann zurückgefordert werden.<sup>59</sup> Der Restmietzins war bzw. ist auf vertraglicher Grundlage geschuldet.

Was aber gilt im normalen Anwendungsfall des Grundlagenirrtums, nämlich dann, wenn der Vertrag als vollständig nichtig zu betrachten ist? In solchen Fällen wurden die geleisteten Mietzinszahlungen bzw. der Gebrauch der Mietsache nicht von einem Konsens der Parteien getragen – es bestand mit anderen Worten keine vertragliche Causa.

Im vorliegend besprochenen Fall erkannte das Kantonsgericht St. Gallen<sup>60</sup> auf ein faktisches Vertragsverhältnis, wobei grundsätzlich der «vertraglich vereinbarte» Mietzins geschuldet war. Dieser wurde wegen des Lärms entsprechend gemindert.<sup>61</sup> Die Annahme eines faktischen Vertragsverhältnisses kann mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vereinbart werden.<sup>62</sup> Methodisch korrekt wäre es jedoch, vom objektiven Gebrauchswert der Mietsache und nicht vom «vertraglich vereinbarten» Mietzins auszugehen,<sup>63</sup> denn der «vereinbarte» Mietzins wird im An-

wendungsfall eines Willensmangels gerade nicht durch den Parteiwillen getragen. Freilich kann der «vereinbarte» Zins, solange keine besonderen Umstände vorliegen, als Ankerpunkt für die Bestimmung des objektiven Gebrauchswerts verwendet werden.

Macht der Mieter wegen des Mangels erfolgreich die vollständige Nichtigkeit geltend, wird er im Regelfall einen Mietzins bezahlt haben, der den objektiven Gebrauchswert der mangelhaften Mietsache übersteigt. Dann hat der Mieter – wie im Falle der Teilnichtigkeit – einen Rückerstattungsanspruch<sup>64</sup> auf die Differenz.

### 3.3 Stellungnahme

Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im Gesetz sind Dauer- bzw. Mietverträge nach einer Unverbindlichkeitserklärung i.S.v. Art. 23 f. OR – genauso wie «einfache» Verträge – als *ex tunc* unwirksam zu betrachten.<sup>65</sup> In Einzelfällen, insbesondere nach sehr langer Zeit des Leistungsaustauschs, kann die Geltendmachung der Unverbindlichkeit auch für die Vergangenheit jedoch gegen Treu und Glauben verstossen (Art. 25 Abs. 1 OR).<sup>66</sup>

Für den Gebrauch des Mietobjekts, den der Mieter ohne vertragliche Grundlage bis zur Unverbindlichkeitserklärung (und gegebenenfalls danach) gemacht hat, wäre Bereicherungsrecht (Art. 62 ff. OR) zur Anwendung zu bringen.<sup>67</sup> Der Rückgriff auf die

<sup>58</sup> Siehe das Beispiel aus BGE 135 III 537, vorn Ziff. III. 1.

<sup>59</sup> So z.B. bei BGE 135 III 537, wo die Vorinstanz Berechnungen zur Rückerstattung des zu viel bezahlten Mietzins angestellt hatte (E. 2.2 a.E.). Vgl. dazu *Hediger* (Fn. 38), 321; *Eichenberger* (Fn. 26), 12.

<sup>60</sup> KGer SG BO.2013.32-K3 vom 13. Januar 2014, E. III.2a S. 12: «Bis zur Rückgabe des Mietobjekts durch die Beklagte an die Klägerin liegt ein faktisches Vertragsverhältnis vor. Die Anfechtung des Vertrags kommt damit einer Kündigung gleich [...]. Den im Rahmen des faktischen Vertragsverhältnisses bereits vorgenommenen Leistungen werden vertragliche Wirkungen zuerkannt, mit der Konsequenz, dass die Beklagte für die Überlassung der Mieträumlichkeiten grundsätzlich den vertraglich vereinbarten Mietzins [...] zu bezahlen hat.» Vgl. auch vorne Ziff. II.2.

<sup>61</sup> Um 30%: KGer SG BO.2013.32-K3 vom 13. Januar 2014, E. III.2c/bb S. 15; vgl. vorne Ziff. II.2.

<sup>62</sup> Auch wenn dieser Begriff im «Klär-schlamm»-Entscheid (BGE 129 III 320, E. 7.1.3) scheinbar verworfen wurde, ging das Bundesgericht in miet- und pachtrechtlichen Entscheiden bei Weiterbenutzung des Objekts ausdrücklich von einem faktischen Vertragsverhältnis aus, z.B. in BGE 131 III 257, E. 1 und BGE 63 II 368, E. 9 a.E.

<sup>63</sup> So der Sache nach BGE 108 II 112, E. 5.

<sup>64</sup> Zur Diskussion über die bereicherungs- oder vertragsrechtliche Abwicklung («Umwandlungstheorie») sowie die Modalitäten des Rückerstattungsanspruchs siehe *Wolfgang Wiegand*, Zur Rückabwicklung gescheiterter Verträge, in: *Tercier/Amstutz/Koller/Schmid/Stöckli* (Hrsg.), *Gauchs Welt: Recht, Vertragsrecht und Baurecht*, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, 709–722, insb. 711 ff.; *Isabelle Monferrini/Hans Caspar von der Crone*, Die Rückabwicklung mangelhafter Verträge, Bemerkungen zum Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts 4A\_562/2010 [=BGE 137 III 243] vom 3. Mai 2011 i.S. X. Corp. (Beschwerdeführerin) gegen A. (Beschwerdegegnerin), SZW 83 (2011), 485–496, m.w.H.

<sup>65</sup> *Wyss/von der Crone* (Fn. 47), 41; gl.M. *Polydor-Werner* (Fn. 48), 17 f.; kritisch gegenüber der «Kündigungstheorie» auch *Stephan Hartmann*, Die «Kündigungstheorie» bei einseitig unverbindlichen Dauerverträgen, Bemerkungen zu BGE 129 III 320, *AJP* 12 (2003), 1475–1480, 1477 ff.

<sup>66</sup> Vgl. vorne Ziff. III.3.1.

<sup>67</sup> Gl.M. *Alfred Koller*, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Bern 2009 (zit. *Koller*, OR AT), § 6 N 39; *Alfred Koller*, *Schweizerisches Obligationenrecht*

kontroverse<sup>68</sup> und gesetzlich schwach abgestützte Rechtsfigur des faktischen Vertragsverhältnisses – gegenüber der auch das Bundesgericht<sup>69</sup> einige Skepsis bekundet – erscheint in diesem Zusammenhang nicht notwendig.<sup>70</sup> In der Praxis spielt dies jedoch regelmässig keine Rolle, da sich die Höhe des Anspruchs für die ohne gültigen Vertrag erfolgte Nutzung des Mietobjekts sowohl nach Bereicherungsrecht als auch beim faktischen Vertragsverhältnis nach dem objektiven Gebrauchswert richtet.<sup>71</sup>

#### 4. Genehmigung des Vertrags durch Mängelrüge?

##### 4.1 Judikatur

Bei der Geltendmachung eines Grundlagenirrtums wegen Mängel am Vertragsobjekt gilt es, sich einer prozessualen Gefahr bewusst zu sein: Das Bundesgericht erblickt in der Berufung auf Mängelrechte des Besonderen Teils des OR (OR BT) eine Genehmigung des Vertrags, wonach die rügende Partei präkludiert sei, die Unverbindlichkeitserklärung i.S.v. Art. 23 f. OR geltend zu machen. Dies gilt gemäss der Rechtsprechung sowohl für die kaufrechtlichen (Art. 197 ff. OR)<sup>72</sup> als auch für die mietrechtlichen (Art. 258 ff. OR)<sup>73</sup> Mängelrechte. Die Judikatur zur automatischen Vertragsgenehmigung durch Anrufung der

Mängelrechte wird in der Lehre beinahe unisono kritisiert.<sup>74</sup>

##### 4.2 Stellungnahme

Die vom Bundesgericht in stetiger Rechtsprechung vertretene, gerade auch wertungsmässig<sup>75</sup> begründete Alternativität zwischen Gewährleistung und Grundlagenirrtum wird durch den «Genehmigungsautomatismus» bei Anrufung der Mängelrechte erheblich eingeschränkt. Der verfolgte Zweck des Schutzes der schwächeren Partei wird dabei infrage gestellt – etwa, wenn sich ein juristischer Laie auf einen nicht durchsetzbaren Rechtsbehelf beruft und sich damit die spätere Berufung auf den eigentlich alternativ anwendbaren Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR präkludiert.

Insbesondere müsste jedoch aus vertrauenstheoretischen Gesichtspunkten zumindest vom konkreten Einzelfall ausgegangen werden, denn «[o]b eine bestimmte Handlung des Anfechtungsberechtigten als eindeutiger Ausdruck einer Genehmigung zu verstehen sei, beurteilt sich nach den Grundsätzen der Vertrauensstheorie»<sup>76</sup>. Vorweg ist klar, dass die Genehmigung des Vertrags durch Geltendmachung eines nutzlosen Rechtsbehelfs nicht dem tatsächlichen Willen der rügenden Partei entspricht.<sup>77</sup> Vor allem aber ist die Anrufung von nicht durchsetzbaren Mängelrechten des OR BT aus der Optik des Erklärungsempfängers kein Verhalten, das normativ auf die Genehmigung des mangelhaften Vertrags und damit den Verzicht auf die Unverbindlichkeitserklärung nach Art. 23 f. OR schliessen lässt – aus welchen Gründen sollte die rügende Partei dies auch tun wol-

Besonderer Teil, Bd. I, Bern 2012 (zit. *Koller*, OR BT I), § 9 N 315.

<sup>68</sup> Vgl. die ausführliche Kritik am «faktischen Vertragsverhältnis» bei *Jörg Schmid*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Habil. Freiburg 1992 (=AISUF 116), Rz. 1842 ff.; kritisch z.B. auch *Claire Huguenin*, Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 2014, Rz. 1473, m.w.H.

<sup>69</sup> BGE 129 III 320, E. 7.1.3; vgl. aber die weiteren Hinweise in Fn. 62.

<sup>70</sup> Gl. M. *Pascal Pichonnaz*, Le centenaire du Code des obligations, ZSR 130 (2011) II, 117–226, 160.

<sup>71</sup> *Koller*, OR AT (Fn. 67), § 6 N 39; *Koller*, OR BT I (Fn. 67), § 9 N 315.

<sup>72</sup> BGE 127 III 83, E. 1b; 88 II 410, E. 2.

<sup>73</sup> BGER 5P.360/2001 vom 14. Dezember 2001, E. 4a; BGER 4C.43/2001 vom 20. Juni 2001, E. 3a/bb; eine Übersetzung und Kommentierung des letzteren Entscheids findet sich bei *Lukas Polivka*, Mitvermietete Sachen i.S.v. Art. 253a Abs. 1 OR und Formularpflicht gemäss Art. 270 Abs. 2 OR (Kommentar zum Bundesgerichtsentscheid 4C.43/2001), MietRecht Aktuell 2/2002, 74–82.

<sup>74</sup> *Ernst A. Kramer*, Bemerkungen zu BGE 127 III 83, AJP 10 (2001), 1454–1456, 1456; *Peter Gauch*, Sachgewährleistung und Willensmängel beim Kauf einer mangelhaften Sache – Alternativität der Rechtsbehelfe und Genehmigung des Vertrages, Bemerkungen zu BGE 127 III 83 ff., recht 19 (2001), 184–190, 185 ff.; *Koller*, OR BT I (Fn. 67), § 4 Anm. 107; *Koller*, OR AT (Fn. 67), § 14 N 97; *Markus Müller-Chen/Daniel Girsberger/Andreas Furrer*, Obligationenrecht – Besonderer Teil, Zürich 2011, Rz. 132; *BSK OR I-Weber* (Fn. 26), Art. 258 N 9; *Burkhalter/Martinez-Favre* (Fn. 26), rem. prélim. aux art. 258–259i CO, N 74; bejahend hingegen *BK-Schmidlin* (Fn. 41), N 139 zu Art. 28 OR.

<sup>75</sup> BGE 114 II 131, E. 1c; 82 II 411, E. 6 a.E.

<sup>76</sup> BGE 108 II 102, E. 2 S. 105.

<sup>77</sup> Vgl. *Gauch* (Fn. 74), 187.

len?<sup>78</sup> Die Genehmigung des Vertrags ist also nicht *per se* aus der Anrufung von Mängelrechten abzuleiten; wenn die Mängelrechte des OR BT präkludiert sind, entspricht die Genehmigung weder dem tatsächlich Gewollten noch dem normativ Erklärten.

Ein *ius variandi* steht hingegen nicht zur Verfügung. Wurde ein Rechtsbehelf gewählt, der durchsetzbar ist und somit einen effektiven Rechtsschutz bietet, darf der Erklärungsempfänger vertrauenstheoretisch betrachtet von der Finalität dieser Wahl ausgehen. Die rügende Partei muss sich bei der getroffenen Wahl behaften lassen.

## 5. Zusammenfassung und Schlussbemerkungen

Bei Mängeln an einem Mietobjekt ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sowohl die vollständige als auch die teilweise Unverbindlichkeitserklärung nach Art. 23 f. OR möglich.

Macht der Mieter erfolgreich die vollständige Nichtigkeit geltend, hat der Vermieter zwar keinen Anspruch auf Einbehaltung des während der Gebrauchsdauer bezahlten Mietzinses, jedoch auf Vergütung des objektiven Gebrauchswerts. Leistete der

Mieter während der Gebrauchsdauer einen Mietzins, der den objektiven Gebrauchswert übersteigt, hat er einen dahingehenden Rückerstattungsanspruch. Aus diesem Grund wird sich der Mieter auch bei einer Teilnichtigkeit regelmässig auf den Grundlagenirrtum und nicht bloss auf die Minderung des Mietzinses nach Art. 259d OR berufen wollen, denn die letztere Rechtsgrundlage gewährt nur eine Minderung *ex nunc*, oder genauer vom «Zeitpunkt, in dem [der Mieter] vom Mangel erfahren hat».<sup>79</sup> Da der Mieter einen den objektiven Gebrauchswert übersteigenden Mietzins zurückfordern kann, sollte der Vermieter vor Vertragsschluss sicherstellen, dass keine Mängel bestehen, die nach längerer Vertragsdauer zu einer solchen Rückforderung führen können. Ein besonderes Augenmerk ist dabei auf Flächenangaben zu legen.

Das Bundesgericht erblickt in der Geltendmachung von Rechtsbehelfen des OR BT eine Genehmigung des Vertrags, worauf der Verkäufer präkludiert ist, den Grundlagenirrtum geltend zu machen. Dieser prozessuale Stolperstein muss umgangen werden, indem primär die Unverbindlichkeit des Vertrags und nur *eventualiter* Mängelrechte des OR BT geltend gemacht werden.

<sup>78</sup> Kramer (Fn. 74), 1456; Gauch (Fn. 74), 187.

<sup>79</sup> Ein weiterer Grund für die Berufung auf Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR mag sein, dass «seit längerer Zeit höchstrichterliche Präjudizien vorliegen»: Koller/Sennhauser (Fn. 38), 297.