

Aktennotiz

Thema: Mietvertrag zwischen Herrn Marcel Savary und der Orange Communications SA
vom 15. Juni 2010
Verfasser: RA Thomas Waldmeier, Lexpartners Advokaten & Notare
Datum: 11. Januar 2013

1. Ausgangslage und Fragestellung

Herr Marcel Savary (nachstehend mit „MS“ bezeichnet) und die Orange Communications SA (nachstehend mit „OC SA“ bezeichnet) schlossen am 15. Juni 2010 (Datum der Unterzeichnung durch MS; ein gegengezeichnetes Exemplar liegt dem Verfasser nicht vor) einen als „Mietvertrag für Geschäftsraum“ bezeichneten Vertrag ab. Gemäss den Ziffern 3 und 4.1 dieses Vertrages verpflichtete sich MS insbesondere, der OC SA gegen Bezahlung eines Mietzinses eine im Plan (Beilage 2 zum Vertrag) bezeichnete Fläche der Liegenschaft Am Wasser 73 in 8049 Zürich (Kataster-Nr. HG3620) für die Installation, den Betrieb, den Unterhalt sowie die Erweiterung und Aufrüstung von Telekommunikationsausrüstungen zu überlassen. Die OC SA wird vertraglich ermächtigt, die Funkanlage zu installieren und zu betreiben, die nötigen Kabel zu verlegen und anzuschliessen. MS hat nebst der Zurverfügungstellung des Mietobjekts rund um die Uhr freien Zutritt zu diesem zu gewähren. Der Mietvertrag ist auf feste Dauer abgeschlossen bis 31. Dezember 2021, wobei die automatische Verlängerung vorgesehen ist, falls eine Kündigung entsprechend den vertraglichen Modalitäten unterbleibt (vgl. Ziff. 4.3.1 und 4.3.2 des Vertrages).

Seitens von MS wurde die Frage gestellt, ob im Falle einer Überschreibung der Liegenschaft auf eine Drittperson diese den Mietvertrag innert 30 Tagen kündigen könne oder ob sie an den Mietvertrag gebunden sei. Nachstehend werden die sich in diesem Kontext stellenden Fragen erörtert.

2. Gesetzliche Regelung des Schicksals eines Mietverhältnisses bei Veräusserung des Mietobjekts

- a) Art. 261 Abs. 1 OR sieht vor, dass bei Veräusserung des Mietobjekts nach Abschluss des Mietvertrages mit dem Eigentum auch das Mietverhältnis auf den Erwerber übergeht. Es gilt also der Grundsatz „Kauf bricht Miete nicht“.
- b) Dem neuen Eigentümer werden jedoch durch Art. 261 Abs. 2 OR Kündigungsmöglichkeiten eingeräumt, welche in Abhängigkeit davon, ob es sich beim Mietobjekt um „Wohn- und Geschäftsräume“ oder um „eine andere Sache“ handelt, unterschiedlich ausgestaltet sind. Die fragliche Bestimmung lautet wie folgt:

≙ Der neue Eigentümer kann jedoch:

- a. bei Wohn- und Geschäftsräumen das Mietverhältnis mit der gesetzlichen Frist auf den nächsten gesetzlichen Termin kündigen wenn er einen dringenden Eigenbedarf für sich, nahe Verwandte oder Verschwägte geltend macht;*
- b. bei einer anderen Sache das Mietverhältnis mit der gesetzlichen Frist auf den nächsten gesetzlichen Termin kündigen, wenn der Vertrag keine frühere Auflösung ermöglicht.*

Bei der Miete von Geschäftsräumen beträgt die gesetzliche Kündigungsfrist 6 Monate. Gekündigt werden kann auf einen ortsüblichen Termin oder, wenn es keinen solchen gibt, auf das Ende einer dreimonatigen Mietdauer (Art. 266d OR). Bei der Miete von unbeweglichen Sachen beträgt die gesetzliche Kündigungsfrist 3 Monate, gekündigt werden kann auf einen ortsüblichen Termin oder, wenn es keinen solchen gibt, auf das Ende einer sechsmonatigen Mietdauer (Art. 266b OR).

- c) Bei der Miete an einem Grundstück kann verabredet werden, dass das Mietverhältnis im Grundbuch vorgemerkt wird (Art. 261b Abs. 1 OR). Die Vormerkung bewirkt, dass der neue Eigentümer dem Mieter gestatten muss, das Grundstück entsprechend dem Mietvertrag zu gebrauchen (Art. 261b Abs. 2 OR). Ausgeschlossen wird durch die – im Grundbuch eingetragene – Vormerkung insbesondere die Kündigungsmöglichkeit des Erwerbers gemäss Art. 261 Abs. 1 OR.
- d) Kündigt der neue Eigentümer (Erwerber) früher, als es der Vertrag mit dem bisherigen Vermieter gestattet hätte, so haftet dieser (bisherige Eigentümer und Vermieter) dem Mieter für allen daraus entstehenden Schaden (Art. 261 Abs. 3 OR).

3. Beurteilung

- a) Zur Frage der Vormerkung des Mietverhältnisses

Der Mietvertrag zwischen MS und der OC SA bevollmächtigt in Ziffer 9 die OC SA als Mieterin ausdrücklich, das Mietverhältnis auf eigene Kosten im Grundbuch vormerken zu lassen. Sobald diese Vormerkung erfolgt ist, scheidet die Kündigungsmöglichkeit eines Erwerbers gemäss vorstehender Ziffer 2. b) von vornherein aus, der Erwerber wäre genau gleich an den Mietvertrag gebunden, wie ursprünglich der Veräusserer. Eine vorzeitige Kündigung käme somit nur noch bei Vorliegen wichtiger Gründe gemäss Ziffer 4.3.5 des Vertrages.

Der dem Verfasser vorliegende Teilauszug aus dem Grundbuch vom 13. Dezember 2012 weist keine Vormerkungen, mithin auch keine Vormerkung des Mietverhältnisses mit der OC SA auf. Vorbehältlich einer seit dem Datum des Teilauszugs erfolgten Vormerkung steht somit der Weg einer Veräusserung mit anschliessender Kündigung durch den Erwerber *grundsätzlich* offen, wobei im Falles des Vorliegens einer Geschäftsmiete noch das Erfordernis des dringenden Eigenbedarfs erfüllt sein müsste). Hinzuweisen ist aber darauf, dass die OC SA, sobald sie von Verkaufsabsichten „Wind bekäme“, versucht sein könnte, die Vormerkung schnellstmöglich eintragen zu lassen. Käme sie damit der Eintragung des Eigentumswechsels zuvor, wäre die Kündigungsmöglichkeit des Erwerbers wiederum ausgeschlossen.

- b) Zur Qualifikation des Mietobjektes: Geschäftsraummiete oder „andere unbewegliche Sache“?

Da – wie gezeigt (vgl. vorstehende Ziff. 2. b) – die Kündigungsmöglichkeit je nach Qualifikation des Mietobjektes unterschiedlich ausgestaltet ist, stellt sich die Frage, ob eine Geschäftsraummiete oder aber die Miete einer „anderen“ unbeweglichen Sache vorliegt. Das Kriterium des *Raumes* setzt voraus, dass es sich um ein mehr oder weniger horizontal wie vertikal geschlossenes, fest mit dem Boden verbundenes und auf Dauer angelegtes Gebäude oder einen abgetrennten Teil davon handelt.

Der Raum muss zu *Geschäftszwecken* dienen, wobei für die Zweckbestimmung des Mietobjekts der Parteiwille (und nicht etwa die davon abweichende tatsächliche Nutzung) massgebend ist.

Der im Mietvertrag erwähnte Plan (Beilage 2), welcher das Mietobjekt genauer eingrenzt, liegt dem Verfasser nicht vor. Aus den (via <http://www.natur-fotograf.ch/index.php/funkantenne?limitstart=0>) konsultierten Planunterlagen geht jedoch hervor, dass nicht nur eine bloss (Dach-) Fläche vermietet wurde (die bloss Vermietung einer Fläche wäre keine Geschäftsmiete, vgl. BGE 4C.345/2005 vom 9. Januar 2006), sondern offensichtlich auch Fläche für das Aufstellen von Geräten *im Estrich* der Liegenschaft („Fläche Technik“). Zumindest diese „Fläche Technik“ stellt nach Auffassung des Verfassers die Miete von „Raum“ im vorgenannten Sinne dar. Das Aufstellen der Funkantenne dient unbestreitbar einem Erwerbszweck, sodass – was auch in der von den Parteien gewählten Vertragsbezeichnung zum Ausdruck kommt – im Ergebnis von einer Geschäftsraummiete auszugehen ist. Zum gleichen Schluss ist, wie dem handschriftlichen Vermerk auf dem Beschluss vom 7. November 2011 zu entnehmen ist, im Übrigen auch die Schlichtungsbehörde Zürich gekommen.

c) Zum Erfordernis des dringenden Eigenbedarfs

Da vorliegend von einer Geschäftsraummiete auszugehen ist, setzt eine Kündigung durch einen Erwerber zwingend voraus, dass dieser betreffend das Mietobjekt dringenden Eigenbedarf (für sich, nahe Verwandte der Verschwägerte) geltend machen kann (vgl. vorstehende Ziffer 2. b). Da es sich beim Mietobjekt – soweit dem Verfasser bekannt – um Dachfläche sowie um Raum im Estrich der Liegenschaft handelt, ist kaum vorstellbar, dass sich ein dringender Eigenbedarf begründen liesse. Selbst wenn der Erwerber z.B. eine Wohnung in der Liegenschaft beziehen und den gesamten Estrich als Lagerraum für sich reklamieren würde, müsste er sich wohl entgegen halten lassen, dass er sich auch anderweitig solchen Lagerraum verschaffen könne, mithin der geltend gemachte Eigenbedarf nicht vorliege. Auch wenn natürlich versucht werden könnte, den erforderlichen dringenden Eigenbedarf zu konstruieren, ist doch mit sehr grosser Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass einer allfälligen Kündigungsanfechtung der OC SA Erfolg beschieden wäre. Dies umso mehr im Falle der Übertragung der Liegenschaft nicht auf einen x-beliebigen Dritten, sondern auf die Enkelin von MS. Seitens der OC SA dürfte in diesem Falle der Einwand erhoben werden, die Übertragung diene lediglich der Ermöglichung der Kündigung (was ja wohl eben stimmen dürfte), das ganze Vorgehen sei somit Rechtsmissbräuchlich und der geltend gemachte Eigenbedarf sei per se zu verneinen.

d) Schadenersatzpflicht des Veräusserers

Wenn - entgegen den vorstehenden Ausführungen zum Eigenbedarf - von einer Kündigungsmöglichkeit des Erwerbers auszugehen wäre, müsste die Schadenersatzpflicht des Veräusserers im Auge behalten werden (vgl. vorstehende Ziffer 2. d). Zu entschädigen sind zum einen die Differenz zwischen dem Mietzins, den die Mieterschaft ohne Kündigung bezahlt hätte, und demjenigen Mietzins, den sie für ein neues (teureres) Mietobjekt bezahlen muss. Zum andern dürften vor allem frustrierte Aufwendungen der Mieterin im Hinblick auf den (langjährigen) Bestand des Mietverhältnisses zum Thema werden, z.B. Planungs- und Installationskosten der Funkanlage, eventuell auch Investitionskosten, sofern bzw. soweit die Anlage nicht einfach an anderer Stelle wiederverwendet werden kann (wobei dem Verfasser unbekannt ist, ob und inwieweit mit dem Bau bzw. der Installation unterdessen

bereits begonnen wurde). Vom Grundsatz her zu ersetzen (aber wohl sehr schwierig nachzuweisen) wäre auch entgangener Gewinn.

Verlässliche Aussagen zur Höhe eines solchen Schadenersatzes kann der Verfasser nicht machen. Es dürfte aber (je nach Stand der Planung und Umsetzung der Installation der Funkantenne) das Risiko bestehen, dass MS als Veräusserer mit erheblichen Schadenersatzforderungen der OC SA konfrontiert werden würde. Das Risiko, dass solche Forderungen zumindest teilweise geschützt würden (und das damit verbundene Prozess- und Kostenrisiko), ist als hoch einzustufen.

4. Fazit

Wie die vorstehende Prüfung ergibt, dürfte die angedachte Vorgehensweise (Überschreibung der Liegenschaft auf einen Dritten / anschliessende Kündigung des Mietvertrages durch den Erwerber) kaum einen gangbaren Weg darstellen, um sich des Mietvertrages betreffend die ungeliebte Funkantenne zu entledigen. Abgesehen von einer allfälligen vorherigen Vormerkung des Mietverhältnisses stellt insbesondere das Erfordernis des dringenden Eigenbedarfs eine wohl kaum zu nehmende Hürde dar. Ob MS bzw. der Erwerber bereit sind:

- den beträchtlichen Aufwand (Überschreibung der Liegenschaft und die damit verbundenen Kosten sowie die zu erwartende prozessuale Auseinandersetzung mit der OC SA betreffend Gültigkeit der Kündigung) auf sich zu nehmen, obwohl
- die Chance, dass das dadurch angestrebte Ziel (Kündigung des Mietvertrages) effektiv erreicht werden kann, als eher gering einzustufen ist, und
- MS im Falle, dass die entscheidende gerichtliche Instanz die Gültigkeit der Kündigung des Mietvertrags entgegen der vorstehend geäusserten Erwartung bejahen würde, zumindest damit rechnen müsste, von der OC SA auf Schadenersatz verklagt zu werden,

muss selbstverständlich vor allem MS entscheiden. Nach Auffassung des Verfassers stehen jedoch die Chancen und Risiken nicht in vertretbarer Relation, sodass von der ins Auge gefassten Vorgehensweise abgeraten wird.