

# Neue Entwicklungen im Arbeits-

**Roger Rudolph**

Rechtsanwalt und Professor, Zürich  
(Arbeitsrecht)<sup>1</sup>

**Markus Wyttenbach**

Rechtsanwalt, Zürich  
(Mietrecht)

Ein Überblick über die wichtigsten Entscheide im Arbeits- und Mietrecht der vergangenen zwölf Monate.

## 1. Arbeitsrecht

### 1.1 Arbeitszeit

Überstunden- und Überzeitstreitigkeiten entscheiden sich häufig an der Beweisfrage. Dies belegen zwei Urteile des Bundesgerichts und des Arbeitsgerichts Zürich. Im ersten Fall ging es um Artikel 21 Absatz 4 des Landes-Gesamtarbeitsvertrags des Gastgewerbes. Er sieht vor, dass im Streitfall bei einer unterlassenen Buchführung des Arbeitgebers eine Arbeitszeiterfassung oder eine Arbeitszeitkontrolle von Angestellten als Beweismittel zugelassen wird. Das Bundesgericht hat seine Rechtsprechung bestätigt, wonach diese Regelung nicht zu einer echten Umkehr der Beweislast führe. Allerdings komme der von Angestellten durchgeführten Kontrolle der Wert eines Beweismittels und nicht einer blossen Parteibeauptung zu.<sup>2</sup>

Das Arbeitsgericht Zürich verneinte das Vorliegen einer höheren leitenden Tätigkeit<sup>3</sup> eines IT-Verantwortlichen und bejahte damit seinen Anspruch auf Entschädigung von Überzeitarbeit. Daran änderte nichts, dass der Kadermann 5 von 500 Angestellten in der Schweiz direkt und 25 bis 35 indirekt sowie zehn externe Berater direkt führte. Auch ein hohes Einkommen allein reiche für die Qualifikation der Tätigkeit als höher leitend im Sinne des Arbeitsgesetzes nicht aus. In beweismittler Hinsicht wurde dem Arbeitgeber zum Verhängnis, dass die Personaladministration vom Angestellten einmal jährlich mit einer Übersicht der Jahreszeitsaldi bedient wurde. Damit, so das Arbeitsgericht, gelte

die Mehrarbeit als genehmigt, selbst wenn der Angestellte seinen Mehrzeitsaldo Ende Jahr selbst wieder auf null gesetzt hatte.<sup>4</sup>

Das Bundesgericht hat eine Regelung im Kanton Genf für unzulässig erklärt, wonach die Gewährung von bis zu vier bewilligungsfreien Sonntagsverkaufstagen gemäss Artikel 19 Absatz 6 des Arbeitsgesetzes das Vorliegen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags im Detailhandel voraussetze. Die Genfer Regelung verstosse gegen den verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundsatz des Vorrangs des Bundesrechts.<sup>5</sup>

Als zulässig erwies sich dagegen eine Regelung im Kanton Genf, wonach Polizisten ihr Diensttelefon ausserhalb des Diensts überprüfen müssen. Im konkreten Fall ging es um die Mitteilung von Einsätzen via SMS. Vergeblich berief sich eine Polizistin auf ihr Recht auf Nichterreichbarkeit, abgeleitet unter anderem aus der Kantonsverfassung und dem Übereinkommen Nummer 108 des Europarats. Das Bundesgericht erwog, dass die Verpflichtung, das geschäftliche Telefon einmal pro Tag zu konsultieren, auch während der Urlaubszeit, nicht unverhältnismässig sei. Eine solche Pflicht, die sich auf das Abrufen eventueller Benachrichtigungen beschränke, sei nicht mit einer Pflicht vergleichbar, jederzeit auf berufliche Anforderungen zu antworten oder einer Anordnung des Arbeitgebers sofort Folge zu leisten.<sup>6</sup>

### 1.2 Lohn

Mehrere Kantone, darunter Genf, haben kantonale Mindestlohnbestimmungen erlassen. Das Bun-

desgericht hatte in einem neuen Entscheid zu beurteilen, ob ein Genfer Unternehmen zu Recht wegen Verletzung des kantonalen Mindestlohns gebüsst worden ist. Es hat die Frage bejaht und die vorinstanzliche Busse von 25 000 Franken bestätigt.<sup>7</sup>

Das Bundesgericht hat eine Sondervergütung im Betrag von 700 000 Franken, die nur beim Fortbestand des Arbeitsverhältnisses ausgerichtet wird, als unzulässig beurteilt, da der Sondervergütung Lohncharakter zugekommen sei. Es bestätigte damit seine umstrittene Rechtsprechung. Allerdings bleibt es auch in diesem Fall eine tragfähige Begründung schuldig, weshalb Lohn bedingungsfeindlich sein soll.<sup>8</sup>

Verlangt ein Arbeitnehmer einen Bonus von 400 000 Franken brutto, darf ihm das Gericht nicht einen Nettobetrag in dieser Höhe zusprechen. Zu diesem Schluss kam das Bundesgericht in einem anderen Fall in Anwendung der Dispositionsmaxime.<sup>9</sup>

Das Obergericht des Kantons Aargau hat einen Arbeitgeberverzug und damit die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers bejaht, als die IT eines Aargauer Labors nach einem Hackerangriff lahmgelegt wurde und die Angestellten nach Hause geschickt wurden. Anders als kriegerische Ereignisse oder behördliche Betriebsschliessungen wegen Epidemien falle die Computersicherheit in die Risikosphäre des Arbeitgebers. Infolgedessen erwies sich der vom Arbeitgeber vorgenommene Abzug vom Gleitzeitkonto des Angestellten als unzulässig.<sup>10</sup>

Ein Servicetechniker im Aussendienst verursachte mit 1,9 Pro-

# und Mietrecht

mille Alkohol im Blut einen Verkehrsunfall, woraufhin ihm der für seine Arbeit notwendige Führerausweis entzogen wurde und er eine stationäre Behandlung seiner Alkoholabhängigkeit aufnahm. Das Bundesgericht stufte die über Jahre entstandene, schwere Alkoholsucht als unverschuldete Krankheit ein, ohne die es nicht zum Verkehrsunfall, zur anschließenden fürsorglichen Unterbringung sowie zum Entzug des Führerausweises gekommen wäre, und bejahte die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers.<sup>11</sup>

Es kann vorkommen, dass ein Arbeitgeber versehentlich Lohnzahlungen ausrichtet. So geschehen in der Stadt Dübendorf ZH, als einer Primarlehrerin irrtümlicherweise nicht geschuldeter Lohn vergütet wurde. Den Rückforderungsanspruch der Stadt im Betrag von rund 30 000 Franken hiess das Bundesgericht gestützt auf eine analoge Anwendung des Bereicherungsrechts gut. Die zahlreichen, primär bereicherungsrechtlichen Einwendungen der Angestellten blieben allesamt erfolglos.<sup>12</sup>

In einem sozialversicherungsrechtlichen Fall hat das Bundesgericht klargestellt, dass ein Vater keinen Anspruch auf Betreuungsentschädigung gemäss Artikel 16n EOG hat, solange die Mutter Taggelder der Mutterschaftsentschädigung bezieht (vergleiche Artikel 16g Absatz 1 EOG). Ein gleichzeitiger Anspruch auf Mutterschafts- und Betreuungsentschädigung könne dann bestehen, wenn in der gleichen Familie, in welcher ein gesundheitlich schwer beeinträchtigtes Kind lebt, ein weiteres Kind zur Welt kommt. Es entstehe aber auch in dieser

vom Gesetzgeber explizit vorgesehenen Konstellation nur ein Anspruch pro Krankheitsfall.<sup>13</sup>

Zwei Hauspflegekräfte arbeiteten nicht nur bis zu 136,5 Stunden pro Woche, sondern erhielten über die Dauer von viereinhalb Jahren 624 352 Franken weniger Lohn, als es der mit zwingenden Mindestlöhnen versehene NAV économie domestique genevois vorschrieb. Das Bundesgericht beurteilte den Fall als schwerwiegend und sah keinen Ermessensmissbrauch in der Auferlegung einer Busse, die sich mit einem Betrag von 29 400 Franken im oberen Rahmen des Sanktionensystems des Entsendegesetzes (maximal 40 000 Franken) bewegte.<sup>14</sup>

### 1.3 Arbeitszeugnis und Referenzen

Das Bundesgericht erinnert daran, dass Arbeitgebern bei der Auswahl von konkreten Zeugnisformulierungen ein breites Ermessen zusteht. In einem illustrativen Fall machte ein Thurgauer Staatsanwalt erfolglos vier Berichtigungsansprüche geltend, darunter den Ersatz «fundierter Fachkenntnisse» durch «sehr gute Fachkenntnisse» sowie von «stets guten Endprodukten» durch «jederzeit hochwertige und fehlerfreie Endprodukte».<sup>15</sup>

In einem anderen Fall schützte das Bundesgericht die Schlussformulierung in einem Arbeitszeugnis «aufgrund von Differenzen bezüglich des Umgangs mit den staatlichen Vorgaben zur Pandemiebekämpfung» endete.<sup>16</sup>

Das Obergericht des Kantons Zürich hat sich in einem neuen Urteil zur vor allem für die Ver-

fahrensart und die Kostenfolgen bedeutsamen Frage des Streitwerts eines Arbeitszeugnisses geäußert. Demnach gilt im Kanton Zürich folgende Faustregel: für die Ausstellung eines Vollzeugnisses ein voller (Brutto-)Monatslohn, für die Änderung ein halber Monatslohn, für eine Arbeitsbestätigung ein pauschaler Wert von 500 Franken. Jene Partei, die einen höheren oder tieferen Streitwert geltend macht, habe dies substantiiert zu begründen, so das Obergericht weiter.<sup>17</sup> Anzumerken bleibt, dass sich das Bundesgericht auch in jüngeren Entscheiden gegen solche Schematismen ausgesprochen hat und auf den jeweiligen Einzelfall abstellen will,<sup>18</sup> was allerdings unter dem Blickwinkel der Praxistauglichkeit und der Rechtssicherheit problematisch scheint.

Das Bundesgericht hatte den seltenen Fall zu beurteilen, dass ein Arbeitnehmer von seiner ehemaligen Arbeitgeberin Schadenersatz einfordert, weil sie eine Referenzauskunft verspätet behandelt und schliesslich zu Unrecht verweigert habe. Im konkreten Fall ging es um die Schadenersatzforderung eines Devisenhändlers in der Höhe von fast einer Million Franken. Der Arbeitnehmer hatte geltend gemacht, dass er seine neue Stelle wegen der verspäteten beziehungsweise verweigerten Referenz nicht antreten konnte. Seine Klage blieb indessen vor Bundesgericht erfolglos, während das Arbeitsgericht Zürich sie als Erstinstanz noch grösstenteils gutgeheissen hatte. Weiter hielt das Bundesgericht fest, dass im konkreten Fall eine Beantwortungsfrist von zehn

- 1 Der Autor bedankt sich bei BLaw Skyla Rossi für die Mitarbeit an diesem Beitrag. Grundlage dieser Urteilsübersicht bilden die Newsletter 1/2025 bis 4/2025 in von Kaenel / Rudolph, Elektronischer Update-Service zum Praxiskommentar, [www.schulthess.com/arbeitsvertrag](http://www.schulthess.com/arbeitsvertrag). Auf eine Einzelzitation wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit verzichtet.
- 2 BGer 4A\_59/2024 vom 20.12.2024.
- 3 Vgl. dazu Art. 3 lit. d des Arbeitsgesetzes (ArG), wonach dieses Gesetz auf höhere leitende Angestellte grundsätzlich keine Anwendung findet und diese somit auch keine Überzeitsprüche nach Art. 13 ArG geltend machen können.
- 4 Arbeitsgericht Zürich, Entscheide 2025, Nr. 4.
- 5 BGer 2C\_616/2024 vom 4.9.2025.
- 6 BGer 1C\_316/2024 vom 6.2.2025.
- 7 BGer 2C\_431/2024 vom 21.3.2025.
- 8 BGer 4A\_506/2023 vom 19.2.2025.
- 9 BGer 4A\_173/2024 vom 30.10.2024.
- 10 Obergericht AG, ZVE.2024.43 vom 20.3.2025, in: *plädoyer* 6/2025, S. 64.
- 11 BGer 4A\_221/2025 vom 11.9.2025, zur amtlichen Publikation vorgesehen.
- 12 BGer 1C\_665/2024 vom 3.7.2025.
- 13 BGE 151 V 129.
- 14 BGer 2C\_548/2024 vom 16.9.2025.
- 15 BGer 1C\_400/2024 vom 23.4.2025.
- 16 BGer 4A\_630/2024 vom 8.5.2025.
- 17 Obergericht Zürich, Urteil LA240018 vom 18.6.2025, in: ZR 2025, Nr. 50.
- 18 Vgl. z.B. BGE 1C\_320/2024 vom 6.9.2024.

Tagen für die Rückmeldung auf eine Referenzanfrage noch ausreichend gewesen sei.<sup>19</sup>

#### 1.4 Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Ein Bankmitarbeiter hat vergeblich versucht, seine eigene Kündigung nachträglich wegen Urteilsunfähigkeit zu Fall zu bringen. Daran änderte auch nichts, dass zwei Gutachten belegten, dass der Arbeitnehmer an einer Beeinträchtigung seiner geistigen Fähigkeiten litt. Wie die Genfer Vorinstanz ging das Bundesgericht davon aus, dass der Arbeitnehmer zum massgeblichen Zeitpunkt der Kündigung urteilsfähig war.<sup>20</sup>

Das Bundesgericht hat sich ferner mit der Frage beschäftigt, ob eine inhaltlich falsche Kündigung oder Kündigungsbegründung als Urkundendelikt strafbar ist. Es hat die Frage im zu entscheidenden Fall, der eine Walliser Gemeinde betraf, verneint.<sup>21</sup>

Medial für Schlagzeilen sorgte der Berufungsentscheid des Obergerichts des Kantons Zürich in der Angelegenheit Roshani gegen den Verlag Tamedia. Wie schon das Arbeitsgericht Zürich schützte das Obergericht die Anfechtung der Entlassung der ehemaligen Redaktorin des «Magazins». Sie hatte erfolgreich geltend gemacht, dass ihr im Sinne von Artikel 10 des Gleichstellungsgesetzes nach einer Beschwerde unter anderem wegen sexueller Belästigung gekündigt worden sei. Ihr zusätzliches Rechtsbegehren zur Feststellung einer Persönlichkeitsverletzung wurde zur Neuurteilung an das Arbeitsgericht zurückgewiesen.<sup>22</sup>

Die Fachhochschule Graubünden scheiterte vor Bundesgericht mit dem Versuch, die Erstreckung einer Kündigungsfrist um rund sieben Monate bis zum nächsten ordentlichen Endtermin per Semesterende als rechtsmissbräuchlich abzuwenden, nachdem eine freigestellte wissenschaftliche Mit-

arbeiterin während der Kündigungsfrist elf Tage erkrankt war. Für das Bundesgericht waren anders als für die Bündner Vorinstanzen die Voraussetzungen für einen Rechtsmissbrauch nicht erfüllt. Daran änderten weder die Freistellung noch die Aussprechung der Kündigung zehn Tage vor der Kündigungsfrist etwas. Insbesondere, so das Bundesgericht, habe es sich der Arbeitgeber selbst zuzuschreiben, wenn er zur Fortzahlung des Lohns verpflichtet sei, ohne von der Arbeitsleistung zu profitieren. Im Ergebnis führte eine krankheitsbedingte Absenz von elf Tagen zu einer Erstreckung des Arbeitsverhältnisses um rund sieben Monate, und dies bei fortdauernder Freistellung und Lohnzahlung.<sup>23</sup>

Das Bundesgericht hatte zu entscheiden, ob die fristlose Entlassung einer Brauerin gerechtfertigt war, nachdem diese ihre Informationspflicht in Bezug auf eine geltend gemachte Arbeitsverhinderung innert weniger Tage gleich zwei Mal und trotz Verwarnung verletzt hatte. Das Bundesgericht bejahte die Rechtmässigkeit der Entlassung. Daran änderte nichts, dass das Arbeitsverhältnis bereits ordentlich gekündigt war.<sup>24</sup>

Als ungültig taxierte das Kantonsgericht St. Gallen einen sofort in Kraft tretenden Aufhebungsvertrag, da ein erkrankter Arbeitnehmer nicht im Voraus auf den Ersatz des Verdienstausfalls verzichten könne und auch keine ausreichenden Konzessionen des Arbeitgebers (mit Ausnahme des Verzichts auf die Arbeitsleistung) vorgelegen hätten. Unerheblich blieb für das Kantonsgericht, dass die Initiative zum Aufhebungsvertrag vom Arbeitnehmer, einem Juristen, ausgegangen war. Als Rechtsfolge ging das Gericht von einer Umwandlung des ungültigen Aufhebungsvertrags in eine ordentliche Kündigung aus. Letztlich wurde der Anspruch auf

Lohnzahlung aber verneint, weil der Arbeitnehmer unterlassen hatte, seine Arbeit anzubieten.<sup>25</sup>

Ein Urteil des Bundesgerichts zeigt, dass Arbeitnehmer unter Umständen mit arbeitslosenversicherungsrechtlichen Nachteilen rechnen müssen, wenn sie einen Aufhebungsvertrag vorschnell unterschreiben. Willigt nämlich ein Arbeitnehmer wegen des belasteten Betriebsklimas in die vorzeitige Aufhebung des Arbeitsverhältnisses ein, obschon es für ihn zumutbar wäre, die Kündigungsfrist abzuwarten, liegt für das Bundesgericht ein Fall selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit vor, was zur Kürzung von Taggeldern führen kann.<sup>26</sup>

#### 1.5 Konkurrenzverbot

Nachvertragliche Konkurrenzverbote enden häufig vor den Gerichten. Solche Verbotsklauseln sind bei den sogenannten freien Berufen (zum Beispiel Ärzte, Zahnärzte oder Rechtsanwälte) in der Regel unzulässig. Dies aufgrund der engen persönlichen Beziehung zur Kundschaft und der im Vordergrund stehenden persönlichen Fähigkeiten, welche die Kundenbeziehung prägen. Die Cour de justice des Kantons Genf hat diese Rechtsprechung nun auch auf eine Dentalhygienikerin angewandt, sodass die gegen sie gerichtete Klage auf Zahlung einer Konventionalstrafe erfolglos blieb.<sup>27</sup>

In einem bemerkenswerten Entscheid hat das Bundesgericht gleich zu zwei umstrittenen Rechtsfragen im Zusammenhang mit Karenzentschädigungen bei nachvertraglichen Konkurrenzverboten Stellung bezogen. Es hielt einerseits an seiner Rechtsprechung fest, dass der Arbeitgeber ohne entsprechende Vertragsgrundlage nicht einseitig auf die Einhaltung des Konkurrenzverbots verzichten beziehungsweise das Verbot kündigen könne, um so die Zahlung der Karenzentschädigung

zu vermeiden. Andererseits stellte das Bundesgericht klar, dass sich der Arbeitnehmer anderweitige Einkünfte inklusive Arbeitslosentgelt nicht an die Karenzentschädigung anrechnen lassen müsse. Anders sei es nur dann, wenn die Parteien die Karenzentschädigung vertraglich als Lohngarantie ausgestaltet hätten, die einen Minderverdienst des Arbeitnehmers ausgleichen soll.<sup>28</sup>

Vor dem Obergericht des Kantons Zürich war ebenfalls die Frage strittig, ob beziehungsweise unter welchen Voraussetzungen sich ein Arbeitnehmer ein anderweitig erzieltetes Einkommen an eine solche Karenzentschädigung anrechnen lassen muss. Das Obergericht schloss sich der herrschenden Lehre an, wonach dies nur der Fall ist, wenn eine Anrechnung vereinbart wurde.<sup>29</sup>

### 1.6 Kollektives Arbeitsrecht

Das Bundesgericht hat sich in drei amtlich publizierten Entscheiden mit der Anwendung beziehungsweise der Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrags für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR) beschäftigt. Diese auffällige Häufung bestätigt wie schon frühere Urteile die erhebliche praktische Bedeutung dieser sozialpartnerschaftlichen Regelung im Bauhauptgewerbe.<sup>30</sup> Im ersten Fall bejahte das Bundesgericht die strittige GAV-Unterstellung eines Unternehmens, das gemäss dem Handelsregistereintrag insbesondere die Herstellung und Applikation von sowie den Handel mit Strassenunterhalts- und anderen chemisch-technischen Produkten bezweckt.<sup>31</sup>

Der zweite Entscheid erinnert daran, dass unter Umständen auch Personalverleihunternehmen verpflichtet sein können, Beitragsleistungen für den flexiblen Altersrücktritt zu erbringen. Dies nämlich dann, wenn der Einsatz-

betrieb einem allgemeinverbindlich erklärten GAV untersteht, der den flexiblen Altersrücktritt regelt. Diese Pflicht ergibt sich unmittelbar aus Artikel 20 Absatz 3 AVG. In Auslegung dieser Norm hat das Bundesgericht nun klargestellt, dass es für die Beitragspflicht des Personalverleihers entscheidend sei, ob der betroffene Einsatzbetrieb unter den betrieblichen Anwendungsbereich fällt, wie er in der Allgemeinverbindlicherklärung des fraglichen GAV umschrieben ist. Hingegen genüge es nicht, dass ein Einsatzbetrieb Vorsorgebeiträge im Sinne eines allgemeinverbindlich erklärten GAV, der den flexiblen Altersrücktritt regelt, entrichtet. Würde eine rein vertragliche beziehungsweise bloss «freiwillige» Unterstellung eines Einsatzbetriebs eine Beitragspflicht des Personalverleihers nach sich ziehen, käme dies einem Vertrag zulasten Dritter gleich.<sup>32</sup>

Das dritte Urteil beschlägt das Verhältnis des GAV FAR zum ebenfalls allgemeinverbindlich erklärten GAV Vorruhestandsmo- dell im Schweizerischen Maler- und Gipsergewerbe (GAV VRM Maler Gipser). Im konkreten Fall war unbestritten, dass ein im Fassadenbau tätiges Unternehmen von den Anwendungsbereichen beider GAV beziehungsweise den entsprechenden Allgemeinverbindlicherklärungen erfasst wurde, sodass ein sogenannter Fall von (echter) GAV-Konkurrenz vorlag. Die vertragsschliessenden GAV-Vertragsparteien haben diese Möglichkeit vorausgesehen und aus diesem Grund eine Abgrenzungsvereinbarung geschlossen, wonach «Betriebe, die ausschliesslich verputzte oder kompakte Fassaden erstellen (ausgenommen Betriebe, die in der Gebäudehülle tätig sind)» grundsätzlich dem GAV FAR unterstehen. Das Bundesgericht bejahte die Zulässig- und Wirksamkeit einer solchen Kollisionsregel, was in casu zur Anwendung des GAV FAR führte.<sup>33</sup>

Nach dem Günstigkeitsprinzip gemäss Artikel 357 Absatz 2 OR kann von Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrags abgewichen werden, sofern sich die Abweichung zugunsten der Angestellten auswirkt. Ob eine Regelung günstiger ist, bestimmt sich nach einem Gruppenvergleich, mit dem sachlich eng zusammenhängende Regelungskomplexe miteinander verglichen werden. Vor diesem Hintergrund erwies sich das Lohnsystem eines Neuenburger Unternehmens als unzulässig, da es erlaubte, den Mindestlohn gemäss Gesamtarbeitsvertrag zu unterschreiten. Eine «prime de sécurité», die vom Ermessen des Arbeitgebers abhing und nicht garantiert war, konnte sich der Arbeitgeber nicht im Rahmen des Gruppenvergleichs anrechnen lassen.<sup>34</sup>

### 1.7 Verschiedenes

Ein Fall aus dem Kanton Wallis gab dem Bundesgericht Gelegenheit, an die Unterscheidungskriterien zur Abgrenzung eines Arbeitsvertrags von einem Auftragsverhältnis zu erinnern. Konkret ging es um die Vertragsbeziehung zwischen einer Sittener Zahnarztpraxis und einer Person, die als Dentalhygienikerin tätig war, die Zahnpflegeprodukte verkaufte und dafür leistungsabhängig entlohnt wurde. Das Bundesgericht taxierte die Auffassung der Vorinstanz, wonach es sich vorliegend um ein Arbeitsverhältnis handelte, als nicht willkürlich.<sup>35</sup>

Ein Essenslieferdienst aus dem Kanton Genf, dessen Kuriere für die Abwicklung der Bestellungen die App Uber Eats benutzen, betreibt gegenüber Uber einen Personalverleih mit entsprechender Bewilligungspflicht. Das Bundesgericht hat eine Beschwerde des Lieferdiensts gegen das Urteil

<sup>19</sup> BGer 4A\_493/2024 vom 17.6.2025.

<sup>20</sup> BGer 4A\_1/2024 vom 16.1.2025.

<sup>21</sup> BGer 6B\_1315/2023 vom 26.11.2024.

<sup>22</sup> Obergericht Zürich, Entscheide LA240029 und LA240031 vom 29.7.2025.

<sup>23</sup> BGer 1C\_499/2024 vom 3.9.2025.

<sup>24</sup> BGer 4A\_486/2024 vom 15.1.2025.

<sup>25</sup> Kantonsgericht St. Gallen, Entscheid BO.2023.40 vom 27.2.2025, in: *plädoyer* 5/2025, S. 65.

<sup>26</sup> BGer 8C\_775/2023 vom 15.1.2025.

<sup>27</sup> Cour de justice Genf, Entscheid CAPH/53/2024 vom 17.6.2024, in: JAR 2025, S. 522.

<sup>28</sup> BGE 151 III 544.

<sup>29</sup> Obergericht Zürich, Entscheid LA240005 vom 13.11.2024, in: JAR 2025, S. 794.

<sup>30</sup> Vgl. z.B. BGE 142 III 758 und BGE 141 V 657.

<sup>31</sup> BGE 151 III 28.

<sup>32</sup> BGE 151 III 143.

<sup>33</sup> BGE 151 III 168; mit guten Gründen kritisch besprochen von Jean-Fritz Stöckli, «Konkurrenz zwischen zwei allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsverträgen – Geltung und Wirkung einer Abgrenzungsvereinbarung», in: ARV 2025, S. 34 ff., S. 36 f.; ausführlich und differenzierend Lukasz Grebski, «Die sozialpartnerschaftliche Abgrenzungsvereinbarung – konsensuale Auflösung und Verhinderung von GAV-Konkurrenzen auf kollektiver Ebene», in: ARV 2025, S. 1 ff.

<sup>34</sup> BGer 4A\_138/2024 vom 31.1.2025.

<sup>35</sup> BGer 4A\_117/2024 vom 21.8.2024.

des Genfer Kantonsgerichts abgewiesen.<sup>36</sup>

Mit einem neuen Entscheid hat das Bundesgericht die Rechtsstellung von Hausangestellten in diplomatischen Vertretungen markant verbessert. Demnach genießen Diplomaten bezüglich ihrer Arbeitsverhältnisse mit privaten Hausangestellten keine zivilgerichtliche Immunität mehr, sofern die Hausangestellten ihren Wohnsitz in der Schweiz haben und nicht Staatsangehörige des Entsendestaats sind. Im konkreten Fall wurde die Lohnklage einer philippinischen Hausangestellten gegen den zweiten Sekretär der ständigen Vertretung der Islamischen Republik Pakistan bei der Uno zugelassen.<sup>37</sup> Der Entscheid ist insbesondere von Bedeutung, weil in der Vergangenheit im diplomatischen Umfeld verschiedentlich Fälle mit prekären und teils haarsträubenden Arbeitskonditionen bekannt wurden.

Das Bundesgericht hat die Beschwerde eines Genfer Krankenpflegers, Personalvertreters und Gewerkschaftsfunktionärs abgewiesen, nachdem dieser wegen eines kritischen Interviews gegenüber dem Westschweizer Fernsehen verurteilt worden war. Der Arbeitnehmer berief sich erfolglos auf die Meinungsäusserungs- und Vereinigungsfreiheit. Vergeblich unter anderem deswegen, weil er das Interview in seiner Funktion als Arbeitnehmer und nicht als Gewerkschaftsfunktionär gegeben hatte.<sup>38</sup>

Das Bundesgericht bejahte die Haftung eines ehemaligen CEO einer Finanzgesellschaft, der in Verletzung seiner Treuepflicht nach seinem Ausscheiden vertrauliche Informationen und Unterlagen gegenüber einem Journalisten und Behörden offenbart hatte. Zu ersetzen hatte der Arbeitnehmer die Kosten für externe Berater (Anwaltshonorar, Kosten für Kommunikationsberater), welche

der Arbeitgeber zur Bewältigung des medialen Skandals beiziehen musste.<sup>39</sup>

In einem anderen Fall bestätigte das Bundesgericht eine Konventionalstrafe im Betrag von 50 000 Franken zulasten eines angestellten Arztes. Dieser hatte im Zuge der Verhandlungen über eine allfällige Geschäftsübernahme eine zu diesem Zweck abgeschlossene Vertraulichkeitserklärung in Bezug auf den Kundenstamm verletzt. Eine Auseinandersetzung mit der jüngeren, die Zulässigkeit von Konventionalstrafen stark einschränkenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>40</sup> findet sich im Urteil allerdings nicht.<sup>41</sup>

Vor Bundesgericht war strittig, ob die Hochschule Luzern anteilmässige Mietkosten übernehmen muss, weil sie einer Angestellten angeblich keinen geeigneten Arbeitsplatz zur Verfügung stellen konnte und diese deshalb im Homeoffice arbeiten musste. Während das Luzerner Kantonsgericht eine Mietkostenbeteiligung von 200 Franken pro Monat anordnete, wies das Bundesgericht die Angelegenheit zur ergänzenden Sachverhaltsfeststellung und Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück.<sup>42</sup>

In einem anderen Fall wurde die EPFL Lausanne verpflichtet, einer Assistenzprofessorin rund 4500 Franken an Anwaltskosten zu erstatten, welche dieser im Rahmen einer Administrativuntersuchung entstanden waren.<sup>43</sup>

Ein Zürcher Kantonspolizist, der zeitweise als Protokollführer bei der Staatsanwaltschaft tätig war, hatte im Frühjahr 2022 mit seiner Partnerin eine sechswöchige Auslandsreise geplant und diese Ferien auch vorgängig so eingegeben. Die Ferien wurden ihm in der Folge nicht bewilligt. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich befand, dass die Staatsanwaltschaft unter anderem aufgrund widersprüchlicher Kommu-

nikation gegen die Fürsorgepflicht verstossen habe. Den Schadenersatzanspruch des Polizisten beschränkte das Gericht allerdings auf den reinen Vermögensschaden wie die Stornierungs- und Umbuchungskosten von rund 13700 Franken, während es einen weiteren Schadenersatz für den verpassten Feriengenuss beziehungsweise «verpfuschte Ferien» verneinte.<sup>44</sup>

Ein Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich macht deutlich, dass im Urheberrecht kein gesetzlicher Übergang von Urheberrechten an den Arbeitgeber erfolgt, auch wenn der Arbeitnehmer diese Werke während der Anstellung erschaffen hat (vergleiche für den Sonderfall bei Computerprogrammen Artikel 17 URG). Weil im Arbeitsvertrag auch keine IP-Übertragungsklausel vorgesehen war, konnte der Arbeitgeber im vorliegenden Fall keine Rechte aus der angeblichen Verletzung ihres Urheberrechts ableiten.<sup>45</sup>

## 2. Mietrecht

### 2.1 Missbräuchlicher Mietzins

#### 2.1.1 Erhöhung wegen gestiegenen Unterhalts

Ein Eigentümer renovierte in Genf ein Mehrfamilienhaus und erhöhte danach den Mietzins. Er machte einen Mehrwert der Liegenschaft und eine pauschale Erhöhung der Unterhaltskosten von 0,5 Prozent pro Jahr geltend. Ein Mieter verlangte statt einer Erhöhung eine Senkung des Mietzinses. Umstritten war die Berücksichtigung der geltend gemachten Kostensteigerungen für die Unterhaltskosten seit letzter Mietzinsfestsetzung. Die Vermieterin machte dafür in pauschalierter Form 0,5 Prozent Mietzinserhöhung pro Jahr geltend (total 11 Prozent). Diese Pauschalierung ist nach der Rechtsprechung des

Bundesgerichts nur ausnahmsweise zulässig, wenn die für die letzten Jahre ermittelten Abschlüsse im Vergleich zum Bezugsjahr ungewöhnlich niedrige oder hohe Werte aufweisen. Nur unter diesen Umständen kann der geltend gemachte Pauschalsatz behelfsmässig berücksichtigt werden. Die Pauschalierung kann jedoch nicht dazu führen, dass der Vermieter keine konkreten Zahlen mehr nachweisen muss. Da die Vermieterin es unterliess, diesen Teil der Mietzinserhöhung mit konkreten Zahlen zu untermauern, darf unter diesem Titel auch keinerlei Mietzinsanpassung berücksichtigt werden. Damit festigte das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung in dieser Frage.<sup>46</sup>

## 2.2 Sicherheiten

### 2.2.1 Zulässige Sicherheiten des Mieters

Die A. AG vermietete Geschäftsräume an die Z.C. AG in Genf, wobei die Z.D. AG und B. als «Bürgen» agierten. Ein Streit ergab sich über die Verpflichtung von B. zur Leistung einer Garantie. Die A. AG hat einen Zahlungsbefehl gegen B. erwirkt, welcher Rechtsvorschlag erhob. In der Folge verlangte die A. AG die provisorische Rechtsöffnung, was in den vorinstanzlichen Entscheiden abgelehnt wurde. Im Wesentlichen musste das Bundesgericht entscheiden, welche Sicherheiten grundsätzlich vom Mieter verlangt werden können und ob die Kantone befugt sind, den Katalog der zulässigen Sicherheiten einzuschränken. Was die erlaubten Sicherheiten betrifft, sieht Artikel 257e OR ein Mietzinsdepot vor, das der Mieter als Sicherheit in bar oder Wertpapieren leisten muss. Die Kantone können ergänzende Bestimmungen zu Artikel 257e OR erlassen. Davon hatte der Kanton Genf Gebrauch gemacht. Er lässt auch Bürgschaften zu. Bei Mietverträgen über

ausschliesslich gewerblich genutzte Räume die einfache oder solidarische Bürgschaft. Die Vermieterin stellt sich allerdings auf den Standpunkt, dass der Kanton zwar weitere Formen von Sicherheiten anbieten könne, jedoch nicht befugt sei, die gängigen Instrumente der Sicherheiten einzuschränken. Dem widerspricht das Bundesgericht gestützt auf eine ältere Rechtsprechung, die bis heute in der Lehre anerkannt wird. B. konnte sich daher der Beteuerung widersetzen. Im Übrigen hätte er sich dem auch widersetzen können, weil seine Bürgschaft formnichtig war. Es fehlten die öffentliche Beurkundung und die Zustimmung des Ehegatten (Artikel 493 Absatz 2 OR).<sup>47</sup>

## 2.3 Mangel am Mietobjekt

### 2.3.1 Immissionen rauchender Nachbarn

Es geht um ein Mietverhältnis in Genf. Ab dem 16. Juli 2020 klagten die Mieter über Zigarettenrauch und dessen Auswirkungen auf die Gesundheit in ihrer Wohnung, der von einem neuen Mieter im unteren Stockwerk ausgegangen sein soll. Sie legten der Vermieterin Messungen über Feinstaub und Nikotin vor, die eine geringe Konzentration von passivem Rauchen ergaben. Trotz mehrfachen Aufforderungen und Aufenthalt in einem Hotel wegen der Unannehmlichkeiten stellten sich die Probleme nicht als behoben heraus. Am 19. Mai 2021 mieteten die Mieter eine andere Wohnung und erklärten, nicht zurückkehren zu wollen. Am 2. März 2022 wurde das Mietverhältnis formell beendet. Die Mieter reichten eine Klage gegen die Vermieterin ein, in der sie eine Mietzinsreduktion sowie Schadenersatz forderten. Ein erstinstanzliches Urteil reduzierte den Mietzins um 15 Prozent, da Nikotin, Feinstaub und Zigarettengeruch einen Mangel der Mietsa-

che darstellten. Auf Berufung bestätigte das kantonale Gericht das Urteil. Die Mietzinsreduktion von 15 Prozent wurde durch das Bundesgericht geschützt.<sup>48</sup>

### 2.3.2 Mietzinsherabsetzung während Pandemie

Die Parteien schlossen im Jahr 2018 einen Mietvertrag über das Lokal «Z.» ab. Dieses durfte als «Restaurant, Bar, Club» genutzt werden. Aufgrund der Covid-19-Pandemie und der vom Bundesrat verfügt Schliessungen musste die Mieterin den Club zweimal schliessen (März bis Juni 2020 und Oktober 2020 bis Juni 2021). Die Mieterin verlangte darauf eine Mietzinsreduktion von mindestens 50 Prozent, was die Vermieterin ablehnte. Nach gescheitertem Schlichtungsversuch klagte die Mieterin beim Regionalgericht auf Mietzinsherabsetzung von mindestens Fr. 34'600.<sup>55</sup> Das Regionalgericht und anschliessend das Kantonsgericht Graubünden wiesen die Klage ab, da sie keinen Mangel am Mietobjekt erkannten, der eine Mietzinsherabsetzung rechtfertigen würde. Die Mieterin gelangte ans Bundesgericht. Dieses hielt fest, dass ein Mangel vorliegt, wenn der tatsächliche Zustand der Mietsache vom für den vereinbarten Gebrauch vorausgesetzten Zustand abweicht, sei es, weil eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder weil eine Eigenschaft fehlt, die die Mieterin bei einem zum vertragsgemässen Gebrauch tauglichen Objekt erwarten darf. Erfasst werden sowohl körperliche als auch immaterielle oder rechtliche Mängel (zum Beispiel fehlende Bewilligungen). Nach herrschender Lehre ist zu unterscheiden zwischen objektbezogenen Eigenschaften (Beschaffenheit, Zustand, Lage des Objekts) und betriebsbezogenen Eigenschaften (konkrete Geschäftstätigkeit der Mieterin). In der Regel umfasst die

<sup>36</sup> BGE 151 II 178, in: Praxis 2025, Nr. 64.

<sup>37</sup> BGer 4A\_170/2024 vom 25.9.2025.

<sup>38</sup> BGer 1D\_1/2024 vom 21.2.2025.

<sup>39</sup> BGer 4A\_159/2024 vom 23.4.2025.

<sup>40</sup> Vgl. dazu insbesondere BGE 144 III 327.

<sup>41</sup> BGer 4A\_675/2024 vom 15.8.2025.

<sup>42</sup> BGer 1C\_328/2024 vom 4.3.2025.

<sup>43</sup> BGer 1D\_4/2024 vom 2.4.2025.

<sup>44</sup> Verwaltungsgericht Zürich, Entscheidung VB.2024.00203 vom 13.3.2025, *plädoyer* 4/2025, S. 67.

<sup>45</sup> Obergericht Zürich, Urteil UE230323 vom 17.2.2025.

<sup>46</sup> BGer 4A\_515/2024 vom 3.3.2025, übersetzt in: mp 3/2025, S. 243 ff.

<sup>47</sup> BGE 151 III 538, übersetzt in: mp 4/2025, S. 302 ff.

<sup>48</sup> BGer 4A\_452/2024 vom 20.2.2025, übersetzt in: mp 3/2025, S. 222 ff.

vereinbarte Beschaffenheit nur objektbezogene Eigenschaften. Pandemiebedingte behördlich angeordnete Betriebsschliessungen betreffen dagegen die betriebsbezogene Sphäre und begründen deshalb grundsätzlich keinen Mangel an der Mietsache. Das Bundesgericht folgt dieser Auffassung und hält fest, dass Covid-19-Schliessungen eines Nachtclubs nicht auf einem Defekt oder der Lage des Lokals beruhen, sondern auf einem generellen Verbot der betreffenden Tätigkeit, das für jedes Lokal gelten würde. Die Vermieterin erfüllt ihre Pflicht, wenn sie ein an sich für den Betrieb taugliches Lokal überlässt. Das unternehmerische Risiko verbleibt grundsätzlich bei der Mieterin. Ein Mangel kann sich nur dann aus der Geschäftstätigkeit ergeben, wenn die Parteien ausdrücklich oder konkludent vereinbart haben, dass die Vermieterin das Verwendungsrisiko (ganz oder teilweise) übernimmt, etwa durch eine Nutzungsgarantie. Eine blosser Umschreibung des Verwendungszwecks (zum Beispiel «Restaurant, Bar, Club») genügt laut Bundesgericht nicht.<sup>49</sup>

### 2.3.3 Mietzinsherabsetzung wegen Lärms

Ein Arzt im Kanton Waadt reklamierte beim Vermieter wegen Lärms, Staubs und Vibrationen während Renovationen, die sieben Jahre lang dauerten. Er forderte eine Mietzinsreduktion von 40 Prozent und 350 000 Franken Schadenersatz für entgangenen Gewinn. Das Kantonsgericht sprach ihm eine Mietzinsherabsetzung von 30 Prozent für sechs Jahre und 274 000 Franken Schadenersatz zu. Ein Privatgutachten habe den entgangenen Gewinn nachgewiesen. Zum Schaden hielt das Bundesgericht im Wesentlichen fest, dass grundsätzlich der Mieter sowohl das Bestehen als auch den Umfang des Schadens

beweisen müsse (Artikel 42 Absatz 1 OR). Ist der Schaden nicht genau bezifferbar, kann das Gericht ihn nach Ermessen schätzen (Artikel 42 Absatz 2 OR). Diese Schätzung dient als Beweiserleichterung, wenn der genaue Schadensnachweis unmöglich oder unzumutbar ist, etwa beim entgangenen Gewinn. Der Geschädigte bleibt aber verpflichtet, alle zumutbaren Angaben zu machen, die den Schaden plausibel machen und eine Schätzung ermöglichen. Unterlässt er dies, entfällt die Beweiserleichterung gemäss Artikel 42 Absatz 2 OR.<sup>50</sup>

## 2.4 Kündigungsschutz

### 2.4.1 Abbruchkündigung

Die Vermieterschaft kündigte das Mietverhältnis betreffend eine 2½-Zimmer-Wohnung unter Verweis auf eine Überbauung, die von der Eigentümerin der Nachbargrundstücke realisiert werden sollte. Zur Begründung führte die Vermieterschaft aus, dass die Überbauung das Gebiet, zu welchem auch die Liegenschaft mit dem Mietobjekt gehörte, in einem anderen Erscheinungsbild zeigen werde, weshalb auch die in die Jahre gekommene Mietliegenschaft ein neues Erscheinungsbild erhalten solle. Im amtlichen Kündigungsformular lautete die Begründung: «Abbruch/Neubau des Gebäudes». Nach der Kündigung wurde die Liegenschaft an die Eigentümerin der Nachbargrundstücke verkauft. Die Mieterschaft focht die Kündigung an, woraufhin das Kantonsgericht Zug die Kündigung für missbräuchlich befand, da die Vermieterschaft ein konkretes Bauvorhaben weder substantiiert behauptet noch bewiesen habe. Das Obergericht des Kantons Zug bestätigte das Urteil. Im Entscheid des Bundesgerichts wird der Unterschied zwischen einer Sanierungs- oder Umbaukündigung (nachfolgend Sanierungskündigung) und einer

Abbruchkündigung betont. Während die Vermieterin bei einer Sanierungskündigung nachweisen muss, dass die geplanten Arbeiten bei einem bewohnten Mietobjekt erheblich erschwert oder verzögert werden, ist die Abbruchkündigung nur missbräuchlich, wenn dem Abbruch der Liegenschaft Bestimmungen des öffentlichen Rechts, etwa des Denkmalschutzes, entgegenstehen, oder wenn der angegebene Kündigungsgrund bloss vorgeschoben und der wahre Grund nicht feststellbar ist. Die Vermieterin muss aber kein im Zeitpunkt der Kündigung bereits ausgereiftes Projekt zur Weiterverwendung des Grundstücks vorweisen, denn die konkreten Elemente eines allenfalls geplanten Neubaus ändern nach den Ausführungen des Bundesgerichts nichts an der Tatsache, dass der Mieter bei Abbruch ausziehen muss. Unerheblich ist zudem, ob der Abbruch der Liegenschaft zustandsbedingt angebracht oder dringend ist. Als legitim gelten auch ökonomische Überlegungen, so etwa bei einer unausgeschöpften Nutzungsziffer des Grundstücks. Nicht anders verhält es sich, wenn das Grundstück in eine Gesamtüberbauung mit höherer Ausnutzungsziffer eingebracht wird. Erlaubt sind auch wirtschaftliche Überlegungen, wie die Erzielung eines höheren Kaufpreises bei einem Leerverkauf.<sup>51</sup>

### 2.4.2 Missbräuchliche Kündigung

Die seit 1993 in einer 4½-Zimmer-Wohnung in Genf wohnende Mieterin lebt seit 15 Jahren mit ihrem Partner C. zusammen. Am 3. Dezember 2021 kam es zu einem heftigen Streit im Haus zwischen C., Nachbarn aus dem zweiten Stock und dem Ehepaar D. Es fielen grobe Worte, gegenseitige Beleidigungsvorwürfe, und der Ehemann D. behauptete, C. habe ihn ins Gesicht geschlagen.

Daraufhin wurden wechselseitig Strafanzeigen eingereicht. Gegen C. wurde ein Strafbefehl wegen Tötlichkeit erlassen. Eine andere Nachbarin meldete der Verwaltung, sie fühle sich wegen C. im Haus unwohl, und es solle etwas unternommen werden, damit er ausziehe, nachdem angeblich schon ein früherer Mieter seiner wegen ausgezogen sei. In der Folge kündigte der Vermieter der Mieterin am 21. Dezember 2021 auf den 30. Juni 2022 unter Hinweis auf die Auseinandersetzung vom 3. Dezember 2021 und weitere gemeldete Vorfälle. Die Mieterin focht die Kündigung an. Das Mietgericht erklärte die Kündigung für ungültig, und das Kantonsgericht Genf wies die Berufung des Vermieters ab. Nachdem vom Vermieter bisher in den letzten 30 beziehungsweise 15 Jahren keine Vorwürfe gegen die Mieterin und ihren Lebensgefährten erhoben wurden, konnte entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht ausschliesslich auf die Version der Geschehnisse von ein paar Hausbewohnern abgestellt werden. Das Kantonsgericht kam zum Schluss, dass C. seiner Nachbarschaft keine Probleme bereitet hat, mit Ausnahme des Vorfalls vom 3. Dezember 2021, bei dem er lediglich eines Vergehens (Tötlichkeit) für schuldig befunden wurde. Die Kündigung sei unnötig streng und daher nicht schützenswert. Dagegen erhob der Vermieter erfolglos Beschwerde an das Bundesgericht. Für das Bundesgericht bestand kein Anlass, das Ermessen des kantonalen Gerichts durch eine neue Beurteilung infrage zu stellen.<sup>52</sup>

### 2.4.3 Auslegung einer Kündigungsklausel

Das Bundesgericht hatte zu klären, wie eine einseitige Kündigungsklausel in einem befristeten Geschäftsmietvertrag auszulegen ist. Der Vertrag lief vom 1. De-

zember 2017 bis 30. November 2022. Artikel 3 sah vor, der Mieter könne «ein Jahr nach Beginn des Mietverhältnisses» mit einer Frist von sechs Monaten kündigen. Der Mieter kündigte per 31. Juli 2020 und verweigerte weitere Mietzinse. Die Vermieterin klagte auf Zahlung der ausstehenden Mieten bis Ende 2022 wegen Kündigung vor Ablauf der festen Mietvertragsdauer. Erstinstanzlich wurde die Kündigung als rechtzeitig betrachtet. Die Vorinstanz hingegen verpflichtete den Mieter zur Zahlung. Gemäss Bundesgericht ist nach Artikel 18 OR zuerst der tatsächliche gemeinsame Parteiwille (subjektive Auslegung) zu ermitteln. Gelingt dies nicht, erfolgt eine objektive Auslegung nach dem Vertrauensprinzip. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Klausel nach Treu und Glauben zwei vernünftige Interpretationen zulässt und die objektive Auslegung den Zweifel nicht zu beseitigen vermag. In einem solchen Fall sei die Regel in dubio contra stipulatorem anzuwenden, wonach unklare Klauseln zuungunsten ihres Urhebers auszulegen sind. Obwohl die heutige Vermieterin den Vertrag nicht selbst formuliert hatte, wurde die Klausel zu ihren Lasten ausgelegt, da sie das Mietobjekt unter unveränderten Vertragsbedingungen übernommen hatte. Danach durfte der Mieter den Mietvertrag nach Ablauf eines Jahres seit Vertragsbeginn jederzeit mit sechsmonatiger Frist kündigen. Die Kündigung per 31. Juli 2020 war daher gültig, und die Mietzinsforderungen ab August 2020 wurden abgewiesen.<sup>53</sup>

### 2.4.4 Zahlungsverzug: Anrechnung einer Zahlung

Wohnungsmieter hatten ihre Miete wiederholt nicht fristgerecht bezahlt. Die Vermieterin stellte den Mietern am 13. April 2023 eine Zahlungserinnerung für den fäl-

ligen Betrag von 1770 Franken zu, der innerhalb von 30 Tagen zu begleichen war. Trotz späteren Zahlungen (am 25. April und 26. Mai 2023) kündigte die Vermieterin das Mietverhältnis zum 30. Juni 2023 wegen Zahlungsverzugs. In der Folge wurde ihr Ausweisungsbegehren gutgeheissen und die Berufung der Mieter abgewiesen. Das Bundesgericht schützte die kantonalen Entscheide: Hat ein Schuldner mehrere Schulden an denselben Gläubiger zu bezahlen, so ist er berechtigt, bei der Zahlung zu erklären, welche Schuld er tilgen will (Artikel 86 Absatz 1 OR). Mangelt eine solche Erklärung, wird die Zahlung auf diejenige Schuld angerechnet, die der Gläubiger in seiner Quittung bezeichnet, vorausgesetzt, dass der Schuldner nicht sofort Widerspruch erhebt (Artikel 86 Absatz 2 OR). Liegt aber weder eine gültige Erklärung des Schuldners noch eine Bezeichnung in der Quittung vor, wird die Zahlung gemäss Artikel 87 Absatz 1 OR auf die fällige Schuld angerechnet und unter mehreren fälligen Schulden auf diejenige Schuld, für die der Schuldner zuerst betrieben worden ist. Hat keine Betreibung stattgefunden, auf die zuerst fällige Schuld. Bei Zahlungsverzug mit der Miete oder den Nebenkosten im Sinne von Artikel 257d OR ist daher die Zahlung mangels einer Erklärung des Mieters oder einer schriftlichen Bezeichnung des Vermieters auf die Mietschuld anzurechnen, die zuerst zu einer Betreibung geführt hat, beziehungsweise zuerst fällig geworden ist. Nach der Sachverhaltsfeststellung des Kantonsgerichts waren Anfang April 2023 die Mietzinse März und April 2023 offen. Ausserdem hätten die Mieter die Zuordnung ihrer Zahlung vom 25. April 2023 gegenüber der Vermieterin nie näher bezeichnet und sie auch nicht als Zahlung

<sup>49</sup> BGer 4A\_37/2025 vom 11.9.2025.

<sup>50</sup> BGer 4A\_659/2024 vom 2.5.2025, übersetzt in: mp 3/2025, S. 227 ff.

<sup>51</sup> BGE 151 III 481.

<sup>52</sup> BGer 4A\_475/2024 vom 2.5.2025, übersetzt in: mp 4/2025, S. 326 ff.

<sup>53</sup> BGer 4A\_245/2024 vom 24.6.2025, übersetzt in: mp 1/2026, S. 25 ff.

des abgemahnten Mietzinses April 2023 deklariert. Aus diesen Gründen sei die erste Instanz zu Recht davon ausgegangen, dass die Zahlung vom 25. April 2023 gestützt auf Artikel 87 Absatz 1 OR als Tilgung der ältesten Schuld, nämlich des offenen Mietzinses für März 2023 anzurechnen sei.<sup>54</sup>

#### 2.4.5 Zahlungsverzug bei Verrechnung

Die Mieter B.B. und C.B. mieteten eine 5½-Zimmer-Wohnung. B.B. arbeitete zudem ab 2005 als Hauswart für den Vermieter. Zusätzlich mietete er ab 2009 einen Luftschutzkeller und ab 2012 einen Velokeller. Der Hauswartlohn wurde zumindest teilweise mit der Forderung des Vermieters aus der Vermietung der 5½-Zimmer-Wohnung verrechnet. Allerdings war offen, in welchem Umfang die Parteien dies vereinbart hatten. Ende 2019 verlangte der Vermieter die Nachzahlung von Nebenkosten in Höhe von insgesamt Fr. 6801.21. Da die Mieter nicht zahlten, kündigte der Vermieter am 30. Januar 2020 die Wohnung sowie die beiden Keller per 29. Februar 2020 wegen Zahlungsverzugs. Die Mieter forchten die Kündigungen an. Das Regionalgericht erklärte sie für ungültig. Das Obergericht des Kantons Bern bestätigte das Urteil. Es prüfte dabei zunächst, ob eine Kündigung nach Artikel 257d OR zulässig war, wofür ein effektiver Zahlungsrückstand an Mietzins oder Nebenkosten vorausgesetzt wäre. Das Obergericht stellte fest, dass eine mündliche Abrede bestand, wonach der Hauswartlohn des Mieters den Mietzins und die effektiven Nebenkosten der 5½-Zimmer-Wohnung vollständig abgelten und laufend verrechnet würden. Insbesondere wurde berücksichtigt, dass diese Praxis über Jahre hinweg so gelebt wurde und der Ver-

mieter bis zum Zerwürfnis Ende 2019 nie Nebenkosten in Rechnung gestellt hatte. Dies führte die Vorinstanz zum Ergebnis, dass den Mietern keine Nebenkosten schulden verblieben und deshalb kein Rückstand im Sinne von Artikel 257d OR bestand. Die Kündigung der Wohnung wurde daher als unwirksam bestätigt. Hinsichtlich Luftschutz- und Velokeller bejahte die Vorinstanz einen funktionellen Zusammenhang mit der Wohnung und Parteiidentität, womit die Regeln über Wohnraummiete inklusive Artikel 257d OR auch auf diese Nebenräume Anwendung finden. Da der Vermieter die Kündigung für den Luftschutz- und den Velokeller nicht korrekt nach Artikel 257d OR angedroht hatte, erklärte die Vorinstanz auch diese Kündigungen als unwirksam. Der Vermieter erhob vergebens Beschwerde ans Bundesgericht. Dieses bestätigte die Unwirksamkeit der Kündigung der Wohnung und auch der Kündigung der Nebenräume.<sup>55</sup>

#### 2.4.6 Missbräuchliche Zahlungsverzugskündigung

Die Parteien schlossen 2015 einen Mietvertrag über Büroräume und einen Parkplatz ab. Bis September 2019 beglich die Mieterin die Miete durch Verrechnung mit Honorarforderungen aus Architektendienstleistungen, was akzeptiert wurde. Ab Oktober 2019 erfolgten keine Zahlungen mehr. Am 12. Juli 2024 mahnte die Vermieterin die Mieterin wegen Mietzinsausständen von 194 300 Franken und drohte die Kündigung an. Die Mieterin bestritt den Zahlungsrückstand und erklärte die Verrechnung mit weiteren, bestrittenen Honorarforderungen von über 1,5 Millionen Franken. Da keine Zahlung erfolgte, kündigte die Vermieterin das Mietverhältnis am 16. August 2024 ausserordentlich per 30. September 2024.

Daraufhin rief die Mieterin die Schlichtungsbehörde an, während die Vermieterin beim Zivilgericht Basel-Stadt im Verfahren des «Rechtsschutzes in klaren Fällen» eine sofortige Räumung verlangte. Das Gericht trat auf das Gesuch allerdings nicht ein. Auch die Berufung vor dem Appellationsgericht blieb erfolglos. Dieses lehnte das Begehren um Rechtsschutz in klaren Fällen ab, weil es den Einwand der Mieterin, die Kündigung sei treuwidrig erfolgt, als nicht offensichtlich unbegründet erachtete. Gemäss dem Bundesgericht kann eine Zahlungsverzugskündigung, die den Anforderungen von Artikel 257d OR entspricht, gemäss Artikel 271 f. OR nur unter aussergewöhnlichen Umständen wegen Verstosses gegen Treu und Glauben angefochten werden. Eine Anfechtung muss innerhalb der Verwirkungsfrist von Artikel 273 OR erfolgen. Das Bundesgericht bestätigte die Argumentation der Vorinstanz, die von einer «ganz besonderen Situation» ausging: Die Mietvertragsparteien hatten seit dem Jahr 2015 vereinbart und bis September 2019 gelebt, dass die Mietzinse durch Verrechnung mit Honorarforderungen aus Architektenleistungen getilgt werden. Diese Form der Begleichung hatte die Vermieterin vorbehaltlos akzeptiert. Nach September 2019 setzte die Mieterin diese Praxis fort, ohne dass die Vermieterin ihr jemals mitgeteilt hätte, dass diese Art der Mietzinsbegleichung nicht mehr akzeptiert werde und nunmehr effektive Zahlungen zu leisten seien. Der «Gesinnungswandel» der Vermieterin wurde der Mieterin erst knapp fünf Jahre später durch einen Einschreibebrief am 12. Juli 2024 kundgetan, der direkt mit einer Kündigungsandrohung wegen des über die Jahre akkumulierten Mietzinsausstands verbunden war.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> BGer 4A\_307/2024 vom 6.8.2024, übersetzt in: mp 2/2025, S. 143 ff.

<sup>55</sup> BGer 4A\_603/2024 vom 5.5.2025.

<sup>56</sup> BGer 4A\_239/2025 vom 12.8.2025.