Neue Entwicklungen im Arbeits-

Roger Rudolph
Rechtsanwalt und Professor, Zürich (Arbeitsrecht)

Markus Wyttenbach
Rechtsanwalt, Zürich (Mietrecht)

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

1. Arbeitsrecht

1.1 Arbeitszeit

Überstundenstreitigkeiten entscheiden sich häufig aufgrund der Beweislage. Dabei trifft Angestellte gestützt auf die allgemeine Beweislastregel von Artikel 8 ZGB der Nachweis, die geltend gemachten Überstunden tatsächlich geleistet zu haben. Dass der Nachweis schwierig sein kann, musste ein Direktor vor dem Arbeitsgericht Zürich erfahren.[1] Einerseits wurden die von ihm behaupteten Stunden als nicht rechtsgenügend substanziiert angesehen. Andererseits verneinte das Arbeitsgericht die Beweistauglichkeit der eingereichten Outlook-Kalendereinträge. Dies unter anderem mit der Erwägung, dass die Kalendereinträge (anders als eine Arbeitszeiterfassung) als Gedankenstütze und als Planungs- und Organisationsinstrument dienen würden. Es sei nicht möglich, damit genau zu ermitteln, wie viel Zeit die Termine effektiv in Anspruch nahmen, und somit auch nicht, wann die Arbeit jeweils begonnen oder beendet wurde beziehungsweise wie lange effektiv gearbeitet wurde. Es sei völlig üblich, dass im Kalender erfasste Termine nicht wie geplant stattfänden.

Das Kantonsgericht Neuenburg hat in einem viel beachteten Urteil entschieden, dass die Regelung eines Neuenburger Uhrenunternehmens, wonach Angestellte für Toilettenpausen ausstempeln müssen, zulässig sei.[2] Es erwog, dass sich Angestellte während der Toilettenpause nicht im Sinne des Arbeitsgesetzes zur Verfügung des Betriebs halten müssten. Allerdings wies das Kantonsgericht auch darauf hin, dass die fragliche Pflicht zum Ausstempeln unter dem Blickwinkel des Geschlechterdiskriminierungsverbots gemäss Artikel 8 Absatz 3 BV und Artikel 3 GlG problematisch sei, insbesondere weil Frauen während ihrer Menstruation vermehrt die Toilette aufsuchen müssten. Eine generelle Stempelpflicht sei daher wohl («probable») unverhältnismässig. Es könnten etwa kompensatorische Massnahmen eingeführt werden. Da dieser Aspekt von keiner Partei eingebracht wurde, erfolgte eine Rückweisung der Angelegenheit an das kantonale Arbeitsamt.

1.2 Lohnfragen

Verschiedene Kantone haben in den letzten Jahren kantonale Mindestlöhne erlassen, so Basel-Stadt, Genf, Jura, Neuenburg und Tessin.[3] Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hatte zu entscheiden, ob vergleichbare Regelungen auf kommunaler Basis, konkret der Städte Zürich und Winterthur, zulässig sind.[4] Es hat dies wegen Verstosses gegen die kantonale Kompetenzordnung in einem nicht einstimmig gefällten Urteil verneint und die entsprechenden Verordnungen aufgehoben. Der Entscheid ist nicht rechtskräftig, und es wurde der Weiterzug an das Bundesgericht angekündigt.

Seit 1. Juli 2021 ist der neue Betreuungsurlaub für gesundheitlich schwer beeinträchtigte Kinder in Kraft (Artikel 329i OR). Das Bundesgericht hat nun klargestellt, dass ein Vater keinen Anspruch auf Betreuungsentschädigung hat, solange die Mutter Taggelder der Mutterschaftsversicherung bezieht.[5]

Eine unechte Gratifikation und nicht Lohn lag vor, als ein Salarypartner einer Zürcher Anwaltskanzlei einen leistungsorientierten Bonus geltend machte.[6] Der Basis-Bonus wurde durch objektive, mathematisch bestimmbare Werte festgesetzt. Die Arbeitgeberin konnte in einem zweiten Schritt durch einen Multiplier Einfluss auf die Höhe des Bonus nehmen. Darin lag für das Arbeitsgericht Zürich ein Ermessen der Arbeitgeberin begründet, das allerdings als «Anpassung des Basis-Bonus» nicht die Wirkung eines gänzlichen Freiwilligkeitsvorbehalts hatte.

In einem steuerrechtlichen Fall hatte das Bundesgericht zu beurteilen, ob Prämien für eine Krankentaggeldversicherung Gewinnungskosten sind. Massgebend sei das Kriterium der Freiwilligkeit zur Bezahlung.[7] Aufgrund der einschlägigen Bestimmungen im Landes-Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes, der für allgemeinverbindlich erklärt wurde, könne nicht von durch den steuerpflichtigen Arbeitnehmer freiwillig geleisteten Prämien gesprochen werden, die im Rahmen des betragsmässig beschränkten allgemeinen Versicherungsabzugs abziehbar sind.[8] Vorliegend sei der Gewinnungskostencharakter im Sinne von Artikel 26 Absatz 1 litera c DBG und damit die Abzugsfähigkeit bei Prämien, die vom Arbeitgeber auf Angestellte überwälzt wurden, zu bejahen.

1.3 Beendigung des Arbeitsverhältnisses

In einem amtlich publizierten Urteil hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung bestätigt, wonach

und Mietrecht

eine Arbeitgeberin bei einer andauernden Krankheit nach Ablauf der gesetzlichen Sperrfrist[9] das Arbeitsverhältnis grundsätzlich frei kündigen kann, ohne dass deswegen Missbräuchlichkeit nach Artikel 336 Absatz 1 litera a OR vorliegt.[10] Wohl ist Krankheit eine persönliche Eigenschaft im Sinne dieser Bestimmung und kann insofern als Kündigungsgrund einen Missbrauchstatbestand erfüllen. Allerdings steht die Krankheit beziehungsweise die deswegen ausfallende Arbeitsleistung in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis, was nach dem klaren Gesetzeswortlaut rechtfertigende Wirkung hat und die Missbräuchlichkeit ausschliesst. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz anerkennt das Bundesgericht nur in krassen Fällen («situations très graves»), konkret nur dann, wenn aus dem Beweisergebnis eindeutig hervorgeht, dass die Arbeitgeberin die Krankheit des Arbeitnehmers direkt verursacht hat, zum Beispiel wenn sie es versäumt hat, Massnahmen zum Schutz des Arbeitnehmers gemäss Artikel 328 Absatz 2 OR zu ergreifen, und der Arbeitnehmer aus diesem Grund erkrankte.[11]

Die Missbräuchlichkeit einer Entlassung bejahte dagegen das Zivilgericht Basel-Stadt, als ein Inhaber einer Bar eine Kamera montierte, um die Waschmaschine zu überwachen, worauf ein Mitarbeiter die Kamera kurzerhand zuklebte, was zur Entlassung noch in der Probezeit führte. Das Zivilgericht ging von einer unzulässigen Verhaltensüberwachung der Arbeitnehmer aus.[12]

Das Bezirksgericht Bülach hat eine Weisung der Fluggesellschaft Swiss für zulässig erklärt, wonach sich Angestellte in gewissen Konstellationen einer Impfpflicht zu unterziehen haben.[13] In der Folge wies es die Klage von Crewmitgliedern ab, die ihre Entlassung wegen Verweigerung der Covid-Impfung angefochten hatten.

Das Bundesgericht hat mit Urteil vom 26. März 2024 eine in der arbeitsrechtlichen Literatur mit viel Herzblut kontrovers diskutierte Frage entschieden, nämlich, ob bei Vorliegen einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit der zeitliche Kündigungsschutz von Artikel 336c Absatz 1 litera b OR greift.[14] Typisch für diese Fälle ist, dass der Arbeitnehmer nur in Bezug auf seine konkrete Stelle an der Arbeit verhindert ist, im Übrigen aber ganz normal einsatzfähig und auch in seiner privaten Lebensgestaltung (zum Beispiel Freizeit, Hobbys, Mobilität) kaum eingeschränkt ist. Solche Konstellationen treten in der Praxis oft im Umfeld von psychischen Belastungssituationen am Arbeitsplatz auf, zum Beispiel wegen Konflikten oder Mobbings.[15] Das Bundesgericht hat sich der überwiegenden kantonalen Rechtsprechung angeschlossen und die Anwendbarkeit des zeitlichen Kündigungsschutzes in diesen Fällen verneint. Es erwog: «Cette disposition est inapplicable en cas de maladie dans la seule hypothèse où l'atteinte à la santé s'avère tellement insignifiante qu'elle ne peut en rien empêcher d'occuper un nouveau poste de travail (…), ce que la jurisprudence retient lorsque l'incapacité de travail est limitée au poste de travail.»[16]

Gerechtfertigt war für das Obergericht des Kantons Zürich die fristlose Kündigung eines Betriebs des Zürcher Gesundheitswesens, nachdem sich eine von Covid genesene, aber ungeimpfte Betreuerin geweigert hatte, an regelmässigen Spucktests teilzunehmen.[17]

Als ungerechtfertigt erwies sich dagegen eine fristlose Entlassung, als ein Arbeitnehmer zwei Kolleginnen zur Kündigung motiviert hatte.[18] Das Kantonsgericht Wallis sah darin zwar eine Verletzung der Treuepflicht, doch sei diese unter anderem mit Blick auf die fehlende leitende Stellung nicht ausreichend, um die fristlose Entlassung zu rechtfertigen. Anders wäre es bei einem anhaltenden Aufhetzen des Personals gewesen, so das Kantonsgericht.

Gerechtfertigt war für das Bundesgericht die fristlose Entlassung eines beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten tätigen Juristen, nachdem dieser Tweets mit polemischem beziehungsweise herabsetzendem Inhalt verfasst und gegen den Verhaltenskodex der Bundesverwaltung verstossen hatte.[19] Das Bundesgericht bestätigte ausserdem seine Rechtsprechung, wonach die Reaktionsfrist zum Aussprechen einer fristlosen Kündigung im öffentlichen Personalrecht eine längere ist als im Privatrecht, wo sie in der Regel lediglich zwei bis drei Arbeitstage beträgt.

1.4 Arbeitszeugnis und Referenzen

Das Bundesgericht hat die Möglichkeit bejaht, dass der auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses klagende Arbeitnehmer direkt einen bestimmten Zeugnistext beantragen kann.[20] Der Arbeitnehmer muss also nicht zweistufig

1 Arbeitsgericht Zürich, Urteil AN220020 vom 28.3.2023 (zitiert in Arbeitsgericht Zürich, Entscheide 2023, Nr. 2).
2 Kantonsgericht Neuenburg, Urteil CDP.2024.36 vom 27.6.2024.
3 Vgl. zur Zulässigkeit solcher Regelungen BGE 143 I 403 (übersetzt in Praxis 2017, Nr. 100).
4 Verwaltungsgericht Zürich, Entscheide AN.2024.00001 und AN.2024.00002 vom 17.9.2024.
5 BGer 9C_596/2023 vom 30.8.2024.
6 Arbeitsgericht Zürich AN20086 vom 5.6.2023 (zitiert in Arbeitsgericht Zürich, Entscheide 2023, Nr. 7).
7 BGE 150 II 11.
8 Vgl. Art. 33 Abs. 1 lit. g DBG.
9 Vgl. Art. 336c Abs. 1 lit. b OR.
10 BGE 150 III 78.
11 BGE 150 III 78, E. 3.1.3.
12 Zivilgericht Basel-Stadt, Urteil GS.2022.28 vom 5.6.2023 (zitiert in *plädoyer* 2/2024, S. 59).
13 Bezirksgericht Bülach, Urteile AN230001 und AN230004 vom 5.7.2024.
14 BGer 1C_595/2023 vom 26.3.2024 (zitiert in ARV 3/2024, S. 283). Vgl. weiterführend Simon Hampl, «Zeitlicher Kündigungsschutz bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit», in: ARV 4/2024, S. 377 ff., und Werner Gloor, «Analyse de l'arrêt TF 1C_595/2023», in: Newsletter der Uni Neuenburg, Centre d'étude des relations de travail, Mai 2024.
15 Ullin Streiff / Adrian von Kaenel / Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, Zürich 2012, N 8 zu Art. 336c OR, S. 1083.
16 BGer 1C_595/2023 vom 26.3.2024, E. 5.1.
17 Obergericht Zürich, Urteil LA230021 vom 11.4.2024 (zitiert in *plädoyer* 5/2024, S. 72).
18 Kantonsgericht Wallis, Urteil C1 23 51 vom 25.7.2023 (zitiert in *plädoyer* 3/2024, S. 57 ff.).
19 BGer 1C_514/2023 vom 4.3.2024.
20 BGer 4A_50/2023 vom 5.2.2024, besprochen von Hans Schinz, «Klage auf erstmalige Ausstellung eines ausformulierten Arbeitszeugnisses (Art. 330a OR)», in: ARV 2/2024, S. 169 ff.

vorgehen, indem er zunächst nur abstrakt auf Ausstellung eines Zeugnisses klagen kann, um erst in einem Folgeprozess inhaltliche Änderungen verlangen zu können. Allerdings könne der Arbeitnehmer nicht gezwungen werden, selbst einen Zeugnistext vorzulegen. Legt der Arbeitnehmer einen Zeugnistext vor, sei es Sache der Arbeitgeberin, ihre Einwände rechtzeitig vorzubringen.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hatte die Zulässigkeit der folgenden Formulierung im Zeugnis einer Lehrerin zu prüfen: «Die Zusammenarbeit mit Vorgesetzten gestaltete sich seit der Pandemie zunehmend schwieriger. Sie hatte die sanitarischen Vorgaben nur teilweise beachtet. Seit dem 4. Oktober 2021 bis 31. Juli 2022 war sie krankgeschrieben.»[21] Unter anderem wegen Verletzung des Klarheits- und Wahrheitsgebots verneinte das Verwaltungsgericht die Zulässigkeit dieser Formulierung und ordnete deren Streichung an.

Als Enddatum der Anstellung ist in einem Arbeitszeugnis in der Regel das rechtliche Ende des Arbeitsverhältnisses anzugeben. Anders verhält es sich nach einem neuen Entscheid des Bundesgerichts bei einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung des Arbeitnehmers.[22] Dieser machte erfolgreich geltend, dass nicht das rechtliche Ende, sondern der Tag massgebend ist, an dem das Arbeitsverhältnis ordentlich geendet hätte, also normalerweise das Monatsende. Auf diese Weise lässt sich Fehlschlüssen einer neuen Arbeitgeberin in Bezug auf die Kündigungsumstände vorbeugen.

Den seltenen Fall einer gerichtlich umstrittenen Referenzerteilung hatte die Cour de justice des Kantons Genf zu beurteilen.[23] In casu hatte die aktuelle Arbeitgeberin ohne Zustimmung des Arbeitnehmers mit der neuen Arbeitgeberin telefoniert, um so zu sehen, ob die Anstellung rückgängig gemacht werden könne («et voir si son engagement pourrait être repoussé»). Darin sah das Gericht eine Verletzung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers. Eine Genugtuung wurde mangels ausreichender Schwere der Verletzung nicht zugesprochen, während ein Anspruch auf Feststellung einer Persönlichkeitsverletzung bejaht wurde. Der Arbeitnehmer konnte seine neue Stelle trotz allem antreten.

1.5 Kollektives Arbeitsrecht

Das Bundesgericht hat die Anwendbarkeit des Landesmantelvertrags (LMV) Bauhauptgewerbe auf eine Arbeitgeberin bejaht, die laut Handelsregistereintrag die Ausführung von Trax-, Bagger- und Aushubarbeiten, Transporte, Kieslieferungen, Kehrichtabfuhr sowie den Betrieb von Wechselladungskippern, Grosscontainern und Möbeltransportkasten bezweckt.[24] Das Vorliegen eines echten Mischbetriebs in Bezug auf den Betriebsteil «Transporte» und damit die Nichtanwendbarkeit des LMV für diesen Bereich wurde verneint. Als Folge davon hiess das Gericht die auf den LMV gestützte Überstundenforderung eines Chauffeurs sowie eine Missbrauchspönale gut, da die Kündigung nach Geltendmachung der Überstundenforderung ergangen war und somit eine Rachekündigung im Sinn von Artikel 336 Absatz 1 litera d OR darstellte.

Ein anderer Bundesgerichtsentscheid erinnert daran, dass unter Umständen auch Arbeitnehmer mit gesamtarbeitsvertraglichen Konventionalstrafen belegt werden können.[25] So erwies sich die Sanktionierung von drei Strassenbauern mit einer Konventionalstrafe von je 600 Franken als zulässig, nachdem sie in Verletzung des GAV-Bauhauptgewerbes beziehungsweise jenes des Kantons Wallis in ihrer Freizeit Berufsarbeiten für einen Freund (Aussenarbeiten für einen Swimmingpool) geleistet hatten.

1.6 Verschiedenes

Erfolglos blieb der Versuch eines Adjunkts in einem Zürcher Statthalteramt, vor dem Bundesgericht Schadenersatz und Genugtuung wegen Überlastung und daraus folgender Arbeitsunfähigkeit geltend zu machen.[26] Daran änderte die unbestrittenermassen hohe Arbeitslast nichts. Dem Adjunkt wurde unter anderem zum Verhängnis, dass ihm der Nachweis nicht gelang, sich bei der Arbeitgeberin wegen der Überlastung beklagt zu haben. Der Ausgang des Verfahrens zeigt: Sogenannte Stresshaftungsfälle haben in der Schweiz einen schweren Stand.

Das Obergericht des Kantons Zürich hat die Haftung einer Arbeitgeberin bejaht, welche dem verunfallten Angestellten die Arbeiten an einem Deckenkran nicht ausdrücklich verboten beziehungsweise ihn nicht über die zur Verfügung stehenden Sicherheitsmittel informiert und angeleitet hatte.[27] Allerdings reduzierte das Gericht den eingeklagten Erwerbsersatz von 30 000 Franken um die Hälfte wegen Mitverschuldens. Konkret ging es um einen untauglichen beziehungsweise eigenmächtigen Reparaturversuch des Arbeitnehmers.

Das Regressprivileg der Arbeitgeberin gegenüber der Unfallversicherung für einen Berufsunfall entfällt nach Artikel 75 ATSG, wenn die Arbeitgeberin den Unfall absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt hat. Dabei muss dieses schwere Verschulden jedoch der Arbeitgeberin selbst oder einer Organperson zur Last gelegt werden können und nicht bloss einer Hilfsperson. Es besteht laut Bundesgericht kein Anlass, den Organbegriff auf Hilfspersonen auszudehnen.[28]

Mit einem bedeutsamen Entscheid hat das Bundesgericht zur strittigen Frage der Anwendbarkeit strafprozessualer Verfahrensregeln in einer internen Untersuchung der Arbeitgeberin Stellung genommen.[29] Dabei relativierte es seine frühere Rechtsprechung[30] markant. Insbesondere verneinte das Bundesgericht eine (direkte) Wirkung strafprozessualer Garantien auf eine interne Untersuchung. Auch verbiete sich eine Übernahme strafprozessualer Regeln in das Privatrecht.[31]

Die Frage, ob beziehungsweise in welchen Fällen ein Arbeitgeber einen Bewerber googeln darf, ist in der Schweiz ungeklärt.[32] Interessant ist vor diesem Hintergrund ein neues Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf.[33] Es hatte zu entscheiden, ob ein Bewerber für eine Stelle als Jurist bei einer Universität gegoogelt werden durfte, nachdem er wegen Betrugs zu einer bedingten, noch nicht rechtskräftigen und später aufgehobenen Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und vier Monaten verurteilt worden war. Das Gericht bejahte die Zulässigkeit der Google-Recherche mit Blick auf die Zweckbindung der Datenerhebung und weil der Name des Kandidaten einem Mitglied der Auswahlkommission bekannt war. Es liess aber offen, ob eine solche Datenerhebung auch anlasslos zulässig gewesen wäre. Ganz ungeschoren kam die Universität nicht davon: Wegen Verletzung der Informationspflicht nach Artikel 14 der Europäischen Datenschutzgrundverordnung wurde sie zu einer Entschädigungszahlung von 1000 Euro verpflichtet.

Ein nachvertragliches Konkurrenzverbot fällt nach Artikel 340c Absatz 2 OR dahin, wenn der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus einem begründeten, von der Arbeitgeberin zu verantwortenden Anlass kündigt.[34] Darauf berief sich ein Banker erfolglos, als er seine Kündigung damit begründete, dass eine geschuldete Bonuszahlung ausgeblieben sei. Das Bundesgericht schützte die Erwägung der Zürcher Vorinstanz, wonach zwischen dem Ausbleiben des Bonus und der Kündigung zu viel Zeit vergangen sei, weshalb es am erforderlichen Kausalzusammenhang fehle.

2. Mietrecht

2.1 Anfangsmietzins

2.1.1 Festsetzung durch den Richter

1986 erwarben die Brüder G. das Aktienkapital der Immobiliengesellschaft H. AG, die damals Eigentümerin des Grundstücks war, auf dem sich das streitbetroffene Mietobjekt befindet. 1998 verkaufte die Immobiliengesellschaft die Liegenschaft im Rahmen einer Liquidation an die Gebrüder G. Der Verkauf wurde im Grundbuch eingetragen. 2014 übertrugen die Brüder ihr Immobilienvermögen auf die A. AG, die sie zuvor erworben hatten. Im September 2019 fochten neue Mieter einer Wohnung in der Liegenschaft den Anfangsmietzins von 2700 Franken als missbräuchlich an. Die Mieter verlangten von der Vermieterin die Herausgabe von Unterlagen für die Berechnung der Nettorendite. Die Gerichte im Kanton Waadt setzten den Anfangsmietzins auf 2300 Franken fest. Die Vermieterin gelangte an das Bundesgericht.

Bei einer Anfechtung des Anfangsmietzinses muss festgestellt werden, ob der Mietzins missbräuchlich ist. Bei dieser Prüfung hat das Kriterium der Nettorendite auf dem investierten Eigenkapital Vorrang vor dem Kriterium der Orts- und Quartierüblichkeit. Bei einer Altbaute, das heisst einer Liegenschaft, die mindestens 30 Jahre vor Beginn des Mietverhältnisses erbaut oder erworben wurde, ist die Hierarchie umgekehrt. In diesen Fällen ist der Vermieter berechtigt, sich auf das Kriterium des Vergleichs der orts- oder quartierüblichen Mietzinse zu berufen. Denn bei solchen Gebäuden fehlen häufig die Buchhaltungsunterlagen, die zur Bestimmung des investierten Eigenkapitals im Hinblick auf die Berechnung der Nettorendite notwendig sind, oder sie führen zu wirtschaftlich unrealistischen Ergebnissen. Im vorliegenden Verfahren musste das Bundesgericht die Frage beantworten, ob die Übertragungen in den Jahren 1998 und 2014 als Neuerwerb der fraglichen Liegenschaft zu werten sind. Die Beschwerdeführerin argumentierte, dass es sich um eine Altbaute handle, da die Liegenschaft zuletzt 1986 erworben wurde, das heisst vor mehr als 30 Jahren seit Abschluss des Mietvertrags. Damit drang sie nicht durch. Gemäss dem Bundesgericht wurde die Liegenschaft sowohl 1998 als auch 2014 tatsächlich verkauft. Beide Male wurde eine Verkaufsurkunde erstellt und die Eigentumsübertragung im Grundbuch eingetragen. Der Fall ist nicht mit einem Erbgang oder einer Fusion vergleichbar. Im Ergebnis wies das Bundesgericht die Beschwerde ab und bestätigte das kantonale Urteil.[35]

2.2 Missbräuchliche Mietzinse

2.2.1 Überwälzung wertvermehrender Investitionen

Im Oktober 2020 erhöhte das Bundesgericht die Rendite auf dem Eigenkapital der Vermieter. Seitdem kann das ganze Eigenkapital der Teuerung angepasst werden. Bisher war diese Teuerungsanpassung nur für den risikotragenden Anteil des Eigenkapitals erlaubt, das heisst bis zu einem Anteil von maximal 40 Prozent der Anlagekosten. Weiter darf das teuerungsbereinigte Eigenkapital

21 Verwaltungsgericht Zürich, Urteil VB.2023.00244 vom 28.8.2023.
22 BGer 4D_103/2024 vom 5.9.2024.
23 Cour de justice Genf, Urteil CAPH/19/2023 vom 15.2.2023 (zitiert in JAR 2024, S. 517).
24 BGer 4A_402/2023 vom 26.2.2024 (zitiert in ARV 2024, S. 271, mit Besprechung durch Nic Frei und Kurt Pärli).
25 BGer 4A_289/2024 vom 16.7.2024.
26 BGer 1C_566/2023 vom 16.5.2024.
27 Obergericht Zürich, Entscheid LA220029 vom 16.3.2023.
28 BGer 4A_383/2022 vom 25.9.2023.
29 BGer 4A_368/2023 vom 19.1.2024.
30 Vgl. BGer 4A_694/2015 vom 4.5.2016.
31 Vgl. weiterführend zu diesem Entscheid und zu weiteren arbeitsrechtlichen Fragen rund um interne Untersuchungen Roger Rudolph, «Interne Untersuchungen, Arbeitsrechtliche Aspekte im Lichte der neueren Rechtsprechung», in: Jusletter vom 2.9.2024.
32 Ablehnend z.B. Streiff / von Kaenel / Rudolph, a.a.O., N 10 zu Art. 328b OR, S. 594 und 597; anders bei Businessnetzwerken mit nicht privater Prägung wie Xing oder Linkedin.
33 Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Urteil 12 Sa 1007/23 vom 10.4.2024.
34 BGer 4A_426/2023 vom 3.1.2024 (zitiert in ARV 2024, S. 62).
35 BGer 4A_585/2023 vom 12.8.2024 (übersetzt in mp 1/2025, S. 88 ff.).

bei tiefen Hypothekarzinsen seit Ende Oktober 2020 höher verzinst werden. Der bis dahin erlaubte Zinssatz von 0,5 Prozent über dem Referenzzinssatz für Hypotheken wurde auf einen Zuschlag von 2 Prozent angehoben. Diese Regelung gilt, solange der Referenzzinssatz der Hypotheken die Marke von 2 Prozent nicht übersteigt.[36] Neu erlaubt das Bundesgericht die Anwendung dieses Zinssatzes auch bei der Überwälzung von wertvermehrenden Leistungen des Vermieters. Es entschied dies in einem Genfer Fall, der die Mietzinserhöhung nach einer umfassenden Sanierung betraf. In der Wohnung des Mieters wurden Küche, Sanitärinstallationen und Leitungen erneuert. Nach bisheriger Rechtsprechung führte dies im konkreten Fall zu einer Mietzinserhöhung von 17,1 Prozent. Das Bundesgericht hob die zulässige Erhöhung nun mit seiner neuen Rechtsprechung auf 23,5 Prozent an und begründet dies als logische Folge der 2020 eingeführten Rechtsprechung: Die höhere Verzinsung des Eigenkapitals in Tiefzinsphasen muss seiner Ansicht nach auch für die Überwälzung wertvermehrender Investitionen und energetischer Verbesserungen gelten. Zudem sei eine Erhöhung der möglichen Renditen bei wertvermehrenden Arbeiten geeignet, die Anreize für Vermieter zu erhöhen, ihre Liegenschaft zu unterhalten und Renovationsarbeiten durchzuführen. Das entspreche dem vom Gesetzgeber angestrebten Ziel.[37]

2.2.2 Höhere Bruttorendite

Das Bundesgericht weitet diese Rechtsprechung auch auf die Berechnung der Bruttorendite aus. Auch sie soll gleich wie die Nettorendite um 1,5 Prozent erhöht werden, solange der hypothekarische Referenzzinssatz 2 Prozent nicht übersteigt. Anlass zu diesem Entscheid bot ein Fall aus dem Kanton Freiburg. Hier entdeckten die Mieter bei ihrem Auszug aus der Wohnung, dass ihr Anfangsmietzins von 1600 Franken pro Monat nichtig war, weil der Vermieter es versäumt hatte, ihn mit der bei Vertragsabschluss im Kanton Freiburg obligatorischen Formularanzeige mitzuteilen. Sie riefen den Richter an, der den Anfangsmietzins festsetzen musste. Da es sich um eine neuere Baute handelte, musste der Anfangsmietzins anhand der zulässigen Bruttorendite festgelegt werden. Das Mietgericht und das kantonale Gericht berechneten die Bruttorendite wie bisher mit einem Zuschlag von 1,5 Prozent zum jeweiligen Referenzzinssatz für Unterhalt und Abgaben sowie einem weiteren Zuschlag von 0,5 Prozent für die Verzinsung des Eigenkapitals, insgesamt also mit einem Zuschlag von 2 Prozent zum Referenzzinssatz. Das Bundesgericht hob diesen Zuschlag mit Verweis auf die eingeleitete Rechtsprechung der Renditen in einer Tiefzinsphase auf 3,5 Prozent an. In den 68 Monaten Mietzeit hatten die Mieter nach dieser neuen Berechnung immerhin noch Fr. 26 055.70 zu viel Mietzins bezahlt.[38]

2.2.3 Zulässige Nettorendite von Liegenschaften einer Pensionskasse

Eine Pensionskasse vermietete eine 4-Zimmer-Wohnung in Genf. Im April 2020 ersuchte die Mieterin eine Mietzinsherabsetzung wegen der Senkung des Referenzzinssatzes. Die Vermieterin lehnte das Begehren mit der Begründung ab, sie erziele keine übersetzte Rendite. Sie machte geltend, dass sie einen speziellen Renditebedarf von 4,55 Prozent habe. Dem folgte die Genfer Justiz nicht. Sie befand, die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur zulässigen Rendite sei anzuwenden, spezifische versicherungsmathematische Gutachten seien bei der Renditeberechnung nach Artikel 269 OR nicht zu berücksichtigen. Die Genfer Gerichte senkten deshalb den Nettomietzins von 21 888 auf 20 580 Franken pro Jahr. Das von der Pensionskasse angerufene Bundesgericht erinnerte an seine Rechtsprechung, wonach das investierte Eigenkapital zu einem Satz von 2 Prozent über dem hypothekarischen Referenzzinssatz verzinst wird, sofern dieser 2 Prozent oder weniger beträgt. Das kantonale Gericht ging bei der Berechnung der Mietzinsherabsetzung zu Recht von einer Rendite von 3,5 Prozent aus. Die von der Pensionskasse geltend gemachte Rendite von 4,55 Prozent lässt sich nicht halten.[39] Die Bestimmungen des BVG und der BVV2 regeln nicht das Verhältnis zwischen Eigentümern und Mietern.

2.2.4 Mietzinserhöhung nach einer Handänderung

Eine vermietete Liegenschaft wurde verkauft. Die neue Eigentümerin stellte den Mieterinnen am 8. März 2021 eine Mietzinserhöhung zu. Dabei wurden bestehende Mietzinsvorbehalte ausgeschöpft. Am 12. April 2021 kündigte die Vermieterin das Mietverhältnis. Die Kündigung wurde damit begründet, dass die gesetzlich zulässige Nettorendite nicht erzielt werde. Die Mieterinnen fochten die Kündigung an. Am 10. Dezember 2021 folgte eine weitere Mietzinserhöhung mit der Begründung «Anpassung an eine kostendeckende Nettorendite aufgrund Handänderung». Auch diese Mietzinserhöhung wurde angefochten. Das Mietgericht Zürich wies die Klage der Mieterinnen ab, erklärte die Kündigung für gültig und gewährte keine Erstreckung. Die Rechtmässigkeit der Mietzinserhöhung vom 10. Dezember 2021 beurteilte es nicht. Das Obergericht Zürich er-

klärte die Kündigung vom 12. April 2021 und die Mietzinserhöhung vom 10. Dezember 2021 für ungültig. Die Vermieterin akzeptierte den Entscheid betreffend die Ungültigkeit der Kündigung. Die Frage der Ungültigkeit der Mietzinserhöhung vom 10. Dezember 2021 unterbreitete sie dem Bundesgericht. Dieses bestätigte die Auffassung der Vorinstanz: Nach dem Erwerb der Liegenschaft sei es der Vermieterin freigestanden, den Mietzins nach der absoluten Methode anzupassen. Allerdings habe sie am 8. März 2021 vorbehaltlos eine Mietzinserhöhung erklärt. Daran sei sie gebunden gewesen. Nach der relativen Methode werde das Vertrauen der Mieterschaft in das bisherige rechtsgeschäftliche Verhalten der Vermieterschaft geschützt. Namentlich dürfte die Mieterschaft davon ausgehen, dass der vertraglich vereinbarte oder nachträglich angepasste Mietzins der Vermieterschaft einen zulässigen und genügenden Ertrag verschaffe, sofern kein Vorbehalt angebracht wird. Vorliegend falle eine neuerliche Anpassung des Mietzinses nach absoluter Methode nach nur neun Monaten seit der letzten Mietzinsanpassung ausser Betracht. Die Mietzinserhöhung vom 10. Dezember 2021 erweist sich deshalb als missbräuchlich und ist für ungültig zu erklären.[40]

2.3 Mangel am Mietobjekt

2.3.1 Herausgabe hinterlegter Mietzinse

Eine Gesellschaft mietete im Sommer 2014 Geschäftsräume in Neuenburg. Mit Schreiben vom 9. Dezember 2020 verlangte die Mieterin eine Mietzinsreduktion seit September 2014 von 20 Prozent wegen eines Mangels am Mietobjekt (ungenügende Temperatur) sowie die Vornahme von Arbeiten zur Verbesserung der Isolation. Die Mieterin hinterlegte die Mietzinse zwischen dem 1. Februar 2021 und dem 28. Februar 2022. Die Mieterin kündigte das Mietverhältnis per 28. Februar 2022. Das kantonale Gericht stellte in einzelnen Büroräumen eine deutlich zu tiefe Temperatur im Winter fest. Die Mieterin hatte mehrfach darauf hingewiesen. Das Gericht gewährte eine Mietzinsreduktion von 15 Prozent für die Perioden von Anfang Oktober bis Ende April, insgesamt für 42 Monate (zwischen März 2016 und Februar 2022), gesamthaft Fr. 14 764.25. Betreffend die hinterlegten Mietzinse ordnete es die Freigabe in Höhe von Fr. 2812.25 (das heisst Fr. 351.53 mal acht «kalte» Monate zwischen Februar 2021 und Februar 2022) an die Mieterin und den Restbetrag an die Vermieterin an. Die Mieterin gelangte an das Bundesgericht und verlangte die Freigabe sämtlicher hinterlegter Mietzinse zu ihren Gunsten. Das Bundesgericht gab ihr recht. Die Mieterin kann die Herabsetzung des Mietzinses ab dem Zeitpunkt verlangen, in dem die Vermieterin vom Mangel Kenntnis hat. Unabhängig vom Zeitpunkt der Hinterlegung stehen hinterlegte Mietzinse im Umfang der zulässigen Mietzinsreduktion der Mieterin zu.[41]

2.4 Kündigung

2.4.1 Kündigung per Telefax

B. und C. mieteten ein Einfamilienhaus und eine Reitanlage in U., Kanton Aargau. Am 31. März 2012 übermittelten die Mieter die Kündigung vom 30. März 2012 per Telefax. Anschliessend sandten sie das Original der Kündigung per Briefpost, die am 2. April 2012 bei der Vermieterin einging. Es entwickelte sich ein Rechtsstreit betreffend die Rechtzeitigkeit der Kündigung. Die Vermieterin beantragte beim Bezirksgericht Zurzach, die Mieter zu verpflichten, ihr 51 000 Franken (Mietzinse vom 1. Oktober 2012 bis 31. März 2013) zu zahlen. Das Gericht hiess die Klage teilweise gut. Das von den Mietern angerufene Obergericht wies die Klage ab. Es sei von einer form- und fristgerechten Kündigung per Ende September 2012 auszugehen, womit die Mietzinsforderungen von Oktober 2012 bis März 2013 nicht bestünden. Das von den Vermietern angerufene Bundesgericht folgte dem Standpunkt der Vorinstanz nicht. Es hielt fest, dass die Übermittlung einer unterzeichneten Urkunde per Fax dem Erfordernis der einfachen Schriftlichkeit nicht genüge. Das formgerechte per Einschreiben versandte Kündigungsschreiben gelangte nicht fristgerecht in den Herrschaftsbereich der Vermieterin. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut und verurteilte die Mieter zur Zahlung von 51 000 Franken.[42] Das Telefax ist als Übermittlungstechnik inzwischen in die Jahre gekommen. Die Erwägungen des Gerichts lassen sich aber auch auf aktuellere Methoden übertragen, bei denen ebenfalls nur eine Kopie der Kündigung übermittelt wird, wie zum Beispiel beim Versenden einer Scan-Kopie der Kündigung als E-Mail-Anhang.

2.4.2 Kündigung mangels Haftpflichtversicherung

In einer seit 2007 vermieteten Wohnung im Kanton Waadt kam es im Jahr 2021 zu einem Brand. Mit Schreiben vom 11. August 2021 forderte der Vermieter den Mieter auf, einen Nachweis über eine Mieterhaftpflichtversicherung vorzulegen. Nachdem kein Versicherungsnachweis beigebracht worden war, kündigte der Vermieter ausserordentlich. Anlässlich der mietgerichtlichen Hauptverhandlung legte der Mieter eine Bescheinigung der Haftpflichtversicherung mit Gültigkeit seit 5. Dezember 2011 vor. Das Mietgericht hob die Kündigung auf. Das Kantonsgericht hiess die

36 BGE 147 III 14 (übersetzt in mp 1/2021, S. 45 ff.).
37 BGer 4A_75/2022 vom 30.7.2024, zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung vorgesehen (übersetzt in mp 4/2024, S. 347 ff.).
38 BGer 4A_339/2022 vom 31.10.2024, zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung vorgesehen (übersetzt in mp 1/2025, S. 73 ff.).
39 BGer 4A_241/2023 vom 29.7.2024 (übersetzt in mp 1/2025, S. 66 ff.).
40 BGer 4A_548/2023 vom 14.2.2024.
41 BGer 4A_433/2023, 4A_451/2023 vom 10.1.2025.
42 BGer 4A_32/2024 vom 1.10.2024.

dagegen erhobene Berufung des Vermieters jedoch gut und erklärte die ausserordentliche Kündigung für gültig. Der Mieter gelangte an das Bundesgericht. Gemäss Artikel 5 RULV (kantonaler Rahmenmietvertrag des Kantons Waadt), der Artikel 6 des Rahmenmietvertrags der Westschweiz entspricht, ist der Mieter verpflichtet, eine Haftpflichtversicherung für Mieterschäden abzuschliessen. Er muss dem Vermieter den Abschluss mit einem Versicherungsnachweis belegen. Eine Weigerung des Mieters, eine Haftpflichtversicherung abzuschliessen oder einen Versicherungsnachweis beizubringen, setzt den Vermieter einem erheblichen Schadensrisiko aus und wiegt damit schwer, was eine vorzeitige Kündigung gestützt auf Artikel 257f Absatz 3 OR rechtfertigt. Die von Artikel 257f Absatz 3 OR verlangte vorgängige Mahnung lag vor, und der Mieter führte die Vertragsverletzung fort. Schliesslich muss die Aufrechterhaltung des Vertrags für den Vermieter unzumutbar sein. Diese Frage liegt im Ermessen des Richters, weshalb das Bundesgericht nur eingreift, wenn das kantonale Gericht sein Ermessen überschritten hat. Bei einer schweren Vertragsverletzung ist die Weiterführung des Mietverhältnisses für den Vermieter ohnehin unzumutbar. Dies gilt auch, wenn der Mieter es unterlässt, eine Haftpflichtversicherung abzuschliessen oder dem Vermieter eine Bestätigung zukommen zu lassen. Da sämtliche Voraussetzungen für eine ausserordentliche Kündigung vorlagen, bestätigte das Bundesgericht den Entscheid der Vorinstanz.[43]

2.4.3 Kündigung wegen Zahlungsverzugs

Die Mieterin eines Gewerbeobjekts bezahlte den Mietzins für den Monat September 2023 nicht. Sie wurde abgemahnt unter Androhung der Kündigung des Mietverhältnisses. Nach Ablauf der Zahlungsfrist sprach die Vermieterin eine Zahlungsverzugskündigung aus. Im Ausweisungsverfahren vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich machte die Mieterin unter anderem geltend, sie habe die Verrechnung mit Ansprüchen aus Mietzinsherabsetzung erklärt. Das Schreiben hatte folgenden Wortlaut: «Ich ersuche Sie höflich um Mitteilung, ob dieser Betrag mit den nächsten monatlichen Mietzinsen verrechnet werden soll oder ob Sie den Betrag zurückerstatten möchten. Gerne erwarte ich Ihre Rückmeldung ebenfalls innert der nächsten 20 Tage ab heute.» Das Handelsgericht hiess ein Ausweisungsbegehren der Vermieterin gegen die Mieterin gut. Die Mieterin gelangte erfolglos an das Bundesgericht. Es erinnerte die Mieterin daran, dass der Mieter, der von der Hinterlegung der Mietzinse keinen Gebrauch machen will, seine Verrechnungsforderung sofort beweisen muss. Die Verrechnung von unklaren und streitigen Herabsetzungsansprüchen mit ausstehenden Mietzinsen darf nicht dazu führen, dass der Anspruch des Vermieters auf rasche Beendigung des Mietverhältnisses und Ausweisung der Mieterin vereitelt wird.[44]

2.4.4 Anwendungsbereich vereinfachtes Verfahren

Die Mieterin von Geschäftsräumen kündigte ein befristetes Mietverhältnis vor dem vereinbarten Termin unter Berufung auf Mängel, welche die Vermieterin bestritt. Vor dem Auszug der Mieterin klagte die Vermieterin auf Feststellung der Nichtigkeit oder Unwirksamkeit der Kündigung, eventualiter auf Aufhebung der Kündigung. Im Verlauf des Verfahrens verliess die Mieterin die Räumlichkeiten. Die Vermieterin schloss daraufhin in ihrer Replik auf Zahlung einer vertraglich vereinbarten Konventionalstrafe und allfälligen Schadenersatzes. Nachdem das Verfahren im ordentlichen Verfahren durchgeführt worden war, hiess das Gericht die Klage grösstenteils gut, indem es die Nichtigkeit der Kündigung feststellte und die Mieterin zur Zahlung der Konventionalstrafe verurteilte. Sein Entscheid wurde vom kantonalen Gericht bestätigt. Die Mieterin gelangte an das Bundesgericht und rügte insbesondere, die Vorinstanzen hätten zu Unrecht das ordentliche und nicht das vereinfachte Verfahren angewendet. Zum Anwendungsbereich des vereinfachten Verfahrens verwies das Bundesgericht auf seine jüngste Rechtsprechung.[45] Das vereinfachte Verfahren kommt unter anderem beim Kündigungsschutz unabhängig vom Streitwert zur Anwendung. Der Begriff des Kündigungsschutzes ist dabei grundsätzlich weit auszulegen. Beschränkt sich der Streitgegenstand allerdings auf rein finanzielle Fragen, ist dieser Schutz nicht mehr angebracht. Der Richter muss nicht mehr darüber entscheiden, wie lange der Mieter noch in den gemieteten Räumlichkeiten bleiben kann. Er muss nur noch die finanziellen Folgen der Kündigung regeln. In der Regel fehlt es in diesen Fällen auch an dem für den Kündigungsschutz typischen ungleichen Verhältnis zwischen den Parteien und an der Dringlichkeit des Entscheids. Diese Argumente übernahm das Bundesgericht auch auf den vorliegenden Fall, in dem die Mieterin das Mietverhältnis selbst gekündigt und das Mietobjekt von sich aus verlassen hat. Die Gültigkeit ihrer Kündigung stellt sich damit nur noch als Vorfrage zur Regelung der finanziellen Folgen. Unter diesen Umständen hat die Mieterin keinen Anspruch mehr auf den prozessualen Schutz des vereinfachten Verfahrens.[46]

43 BGer 4A_500/2023 vom 11.4.2024 (übersetzt in mp 3/2024, S. 222 ff.).
44 BGer 4A_211/2024 vom 11.6.2024.
45 BGE 149 III 469.
46 BGE 150 III 257 (übersetzt in mp 3/2024, S. 239 ff.).