

Urteilstkopf

142 III 329

42. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. AG gegen B. und Pensionskasse C. (Beschwerde in Zivilsachen) 4A\_553/2015 vom 10. März 2016

**Regeste (de):**

Art. 261 Abs. 1 OR; Art. 779c ZGB; Übergang des Mietverhältnisses beim Heimfall einer im Baurecht erstellten Baute?

Der Heimfall gemäss Art. 779c ZGB bei Untergang des Baurechts ist keine Veräusserung im Sinne von Art. 261 Abs. 1 OR (E. 4). Auch eine analoge Anwendung von Art. 261 Abs. 1 OR kommt - jedenfalls wenn der Heimfall für den Mieter voraussehbar ist - nicht in Betracht, womit der Mietvertrag nicht auf den Grundeigentümer übergeht (E. 5).

**Regeste (fr):**

Art. 261 al. 1 CO; art. 779c CC; transfert du bail lors du retour d'un bâtiment érigé en vertu d'un droit de superficie?

Le retour selon l'art. 779c CC à l'expiration du droit de superficie n'est pas une aliénation au sens de l'art. 261 al. 1 CO (consid. 4). Même une application analogique de l'art. 261 al. 1 CO n'entre pas en considération - du moins lorsque le retour est prévisible pour le locataire -, de sorte que le bail ne passe pas au propriétaire du fonds (consid. 5).

**Regesto (it):**

Art. 261 cpv. 1 CO; art. 779c CC; passaggio della locazione in caso di riversione di una costruzione edificata in virtù di un diritto di superficie?

La riversione secondo l'art. 779c CC all'estinzione del diritto di superficie non costituisce un'alienazione nel senso dell'art. 261 cpv. 1 CO (consid. 4). Nemmeno un'applicazione per analogia dell'art. 261 cpv. 1 CO entra in linea di conto - perlomeno se la riversione è prevedibile per il conduttore - e di conseguenza il contratto di locazione non passa al proprietario del fondo (consid. 5).

Sachverhalt ab Seite 329

BGE 142 III 329 S. 329

A.

A.a Mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 24. Mai 1968 räumte der damalige Grundeigentümer D. der E. (heute: Pensionskasse C.; nachfolgend: Vermieterin, Streitberufene) auf dem Grundstück U.-GbbI. Nr. x ein selbstständiges und dauerndes Baurecht bis 30. April 2013 ein (Art. 675 und 779 ZGB). Für den Fall der Nichteinigung über eine Verlängerung des Baurechtsvertrages wurde die Übernahme der Bauten und Anlagen durch den Grundeigentümer gegen Vergütung zum dannzumaligen Zustandswert vereinbart. Das Baurecht wurde als eigenes Grundstück in das Grundbuch aufgenommen (U.-GbbI. Nr. y). Die Vermieterin vermietete das im Baurecht auf dem Grundstück U.-GbbI. Nr. x stehende Ladenlokal mitsamt Nebenräumen und Parkplätzen an der Strasse X. in U. ab 29. September 1980 an die A. AG  
BGE 142 III 329 S. 330

(Mieterin, Klägerin, Beschwerdeführerin). Der Mietvertrag wurde im Grundbuch vorgemerkt. Das baurechtsbelastete Grundstück U.-GbbI. Nr. x wurde im Jahre 2012 von B. (Beklagte, Beschwerdegegnerin) erworben. Die Beklagte teilte der Klägerin mit Schreiben vom 8. April 2013 mit,

dass deren Mietverhältnis mit der Vermieterin durch Heimfall per 30. April 2013 dahinfalle, sich die Klägerin deshalb ab 1. Mai 2013 in einem vertragslosen Zustand befinden werde und künftige Zahlungen direkt und als Entschädigung, ausdrücklich aber nicht als Mietzins entgegengenommen würden. Am 23. April 2013 kündigte die Vermieterin den Mietvertrag mit der Klägerin auf den 30. September 2014 mittels amtlichem Formular.

B.

B.a Mit Eingabe vom 28. August 2013 erhob die Klägerin beim Regionalgericht Bern-Mittelland Klage gegen die Beklagte und beantragte im Wesentlichen, die Kündigung vom 23. April 2013 sei als ungültig zu erklären, eventualiter sei das Mietverhältnis erstmalig um zwei Jahre zu erstrecken. Gleichzeitig verkündete sie der Vermieterin den Streit. Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage und in prozessualer Hinsicht, das Verfahren sei auf die Frage betreffend den Übergang des Mietverhältnisses zu beschränken. Sie verkündete der Streitberufenen ebenfalls den Streit. An der Hauptverhandlung vom 7. Mai 2014 wurde das Verfahren auf die Frage der Passivlegitimation der Beklagten beschränkt und die Streitberufene für diesen ersten Teil des Verfahrens als Intervenientin zugunsten der Klägerin zugelassen. Mit Entscheid vom 2. Februar 2015 wies das Regionalgericht Bern-Mittelland die Klage ab.

B.b Dagegen erhob die Klägerin Berufung beim Obergericht des Kantons Bern, welches in Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheides die Klage mit Entscheid vom 8. September 2015 abwies.

C. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht unter Aufrechterhaltung ihrer vorinstanzlichen Begehren die Aufhebung des Entscheides des Obergerichts des Kantons Bern vom 8. September 2015. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab, soweit es darauf eintritt. (Zusammenfassung)

Erwägungen

BGE 142 III 329 S. 331

Aus den Erwägungen:

4. Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass sich einzig die Frage stellt, ob beim Heimfall gemäss Art. 779c ZGB der Mietvertrag von Gesetzes wegen auf die Grundeigentümerin übergeht. Sie bringt wie bereits vor Vorinstanz vor, der Heimfall werde unmittelbar von Art. 261 Abs. 1 OR erfasst, denn Anknüpfungspunkt dieser Bestimmung sei der Eigentumsübergang, nicht das zugrunde liegende Veräusserungsgeschäft. Sie geht also davon aus, sämtliche Formen des Eigentumsübergangs würden von Art. 261 Abs. 1 OR erfasst. Sie macht geltend, bereits der Wortlaut von Art. 261 Abs. 1 OR spreche für diese Auslegung, indem sie den Satzteil "so geht das Mietverhältnis mit dem Eigentum an der Sache auf den Erwerber über" hervorhebt. Damit verkennt sie aber die Struktur der Norm. "So geht das Mietverhältnis mit dem Eigentum (...) über" ist die Rechtsfolge, wenn - und das ist die Voraussetzung - der Vermieter die Sache veräussert. Besonders deutlich wird die wenn/dann-Konklusion im französischen Text der Norm ( Si, [...] le bailleur aliène la chose louée[...], le bail passe à l'acquéreur avec la propriété de la chose"). Nichts anderes ergibt sich aus der von der Beschwerdeführerin zitierten Stelle (S. 1440 Ziff. 421.108) in der Botschaft des Bundesrats vom 27. März 1985 zur Revision des Miet- und Pachtrechts (BBl 1985 I 1389 [nachfolgend: Botschaft]). Zwar heisst es dort, der bisherige Randtitel "Kauf bricht Miete" sei ungenau, denn nicht der Kauf, sondern der Übergang des Eigentums breche die Miete. Diese Aussage bezieht sich aber einzig auf den Zeitpunkt. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend ausführte, wird damit lediglich der Umstand berücksichtigt, dass das Mietverhältnis nicht bereits mit dem Verpflichtungsgeschäft (dem Kaufvertrag), sondern erst zum Zeitpunkt des Verfügungsgeschäfts übergeht. In der Botschaft wird denn auch unmissverständlich festgehalten, Art. 261 OR regle "die Auswirkungen der Veräusserung der Mietsache" (Botschaft, a.a.O.). Aus den Materialien ergeben sich keine Hinweise, dass sich der Gesetzgeber bewusst gewesen wäre, dass ein Zusammenhang der obligationenrechtlichen Regelung mit dem Sachenrecht besteht (BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht, 2008, Rz. 482 ff., v.a. Rz. 499 mit umfassenden Hinweisen). Die Vorinstanz ging somit zu Recht davon aus, dass Art. 261 Abs. 1 OR den Fall des Untergangs des Baurechts und Heimfall gemäss Art. 779c nicht erfasst. Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, ist offensichtlich unbehelflich.

BGE 142 III 329 S. 332

5. Es trifft aber zu, dass der Mieter sich in einer ähnlichen Situation befinden kann wie bei einer Veräusserung der Mietsache, wenn der Inhaber eines Baurechts die Sache vermietet und das Recht

vor Ablauf des Mietvertrags untergeht. Zu prüfen ist daher, ob Art. 261 Abs. 1 OR in einer solchen Situation analog angewendet werden kann.

5.1 Das Bundesgericht hat diese Frage im Hinblick auf den Heimfall einer im Baurecht erstellten Baute bislang nicht beantwortet. In BGE 113 II 121 (E. 3b) hat es die analoge Anwendung von aArt. 259 Abs. 2 OR beim Untergang der Nutzniessung zufolge Todes des Nutzniessers bejaht. Der Untergang der Nutzniessung wurde also gleich behandelt wie die Veräusserung des Mietobjekts. Dies wurde begründet mit der Interessenlage des Mieters einerseits und jener des Dritten, der zuvor nur das nackte Eigentum innehatte. Der Mieter sei plötzlich und ohne sein Verschulden mit einem Dritten konfrontiert, der nicht sein Vertragspartner sei. Zwar sei es möglich, dass auch der Dritte - anders als der Erwerber im Rahmen eines Kaufvertrages - überrascht werde. Aber viel wahrscheinlicher sei, dass der Erbe, dem zuvor nur das nackte Eigentum zustand, sich um die Vermögenswerte der Erbschaft gekümmert habe und ihm daher das Bestehen eines Mietvertrages betreffend einer Erbschafts-Liegenschaft bekannt sei. Berücksichtigt wurde zudem, dass aArt. 259 Abs. 2 OR die Übernahme des Mietvertrages nur für eine sehr begrenzte Zeit vorsah.

5.2 In der Lehre wird die Frage unterschiedlich beantwortet, ob und wenn ja wieweit Art. 261 OR bei Erlöschen eines beschränkten dinglichen Rechts - wobei es in der Praxis um die Nutzniessung und das Baurecht geht - analog anwendbar ist. Eine analoge Anwendung befürworten: ROGER WEBER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 6. Aufl. 2015, N. 2 zu Art. 261a OR; Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, 3. Aufl. 2008, N. 7 zu Art. 261-261a OR; PETER HEINRICH, in: Vertragsverhältnisse, Bd. I, 2. Aufl. 2012, N. 2 zu Art. 261-261b OR; ISLER/GROSS, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. II, 5. Aufl. 2015, N. 4 zu Art. 779c ZGB; MAX BAUMANN, in: Zürcher Kommentar zum Zivilgesetzbuch, 3. Aufl. 1999, N. 12 zu Art. 751 ZGB und N. 21 zu Art. 758 ZGB (bezieht sich auf die Nutzniessung); PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, Bd. III, 4. Aufl. 2012, Rz. 2430a und Rz. 2438c (bezogen auf die Nutzniessung, keine expliziten Ausführungen zum Baurecht); NICOLAS SAVIAUX, Le sort du bail en cas de changement de propriétaire, BGE 142 III 329 S. 333

CdB 2003 S. 65 ff., 73 Fn. 38 (bezogen auf die Nutzniessung); wohl auch DAVID LACHAT, Le bail à loyer, 2008, Ziff. 4.1.2. Diese Autoren begründen indessen ihre Auffassung nicht weiter. Zum Teil verweisen sie einfach auf BGE 113 II 121, womit nicht klar ist, ob bzw. inwieweit sie auch die analoge Anwendung bei Beendigung des Baurechts zufolge Ablauf der vertraglichen Befristung bejahen. Umgekehrt spricht sich PETER HIGI (in: Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, 1994, N. 7 zu Art. 261-261a OR) gegen eine analoge Anwendung aus - ebenfalls ohne weitere Begründung. Jener Teil der Lehre, der sich vertieft mit dem Erlöschen des Baurechts befasst, erachtet in Anlehnung an die Wertungen in BGE 113 II 121 als entscheidend, ob die Beendigung des Baurechts für den Mieter voraussehbar war. War sie nicht voraussehbar, sei eine analoge Anwendung des Art. 261 Abs. 1 OR gerechtfertigt wie beim Untergang der Nutzniessung durch Tod. Gehe jedoch das Baurecht unter durch Zeitablauf, sei im Grundsatz ein Übergang des Mietvertrages abzulehnen. In diesem Fall könne der Mieter wissen, wann die Rechte seines Vermieters untergingen. Auch die Interessenlage des Grundeigentümers, dem die Bauwerke heimfallen, sei eine andere als diejenige des Käufers einer Liegenschaft, der - wenn er sich zum Kauf entscheide - um das Bestehen des Mietvertrages wisse. Der Grundeigentümer dürfe vielmehr davon ausgehen, dass er sein Eigentum unbelastet zurückerhalte (PAUL-HENRI STEINAUER, Retour anticipé et extinction du droit de superficie, in: Droit de superficie et leasing immobilier, Bénédicte Foëx [Hrsg.], 2011, S. 75). HÜRLIMANN-KAUP erachtet die Interessenlage im Fall des Untergangs durch Zeitablauf nicht als eindeutig, denn der Mieter wisse unter Umständen nicht, dass sein Vermieter lediglich Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts sei, sodass er sich nicht rechtzeitig um ein Ersatzobjekt bemühen könne. Im Gegensatz zu STEINAUER stellt sie also auf das tatsächliche Wissen ab. Namentlich angesichts der Wertungen des Gesetzgebers bei der Untermiete, wo der Anspruch des Untermieters auf Realerfüllung des Untermietvertrages durch die Dauer des Hauptmietvertrages beschränkt sei, lehnt sie aber ebenfalls eine analoge Anwendung von Art. 261 Abs. 1 OR bei Untergang des beschränkten dinglichen Rechts (Nutzniessung und Baurecht) durch Zeitablauf ab (HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., Rz. 695, 697 und 707 f.). Auf den Vergleich mit dem Untermietverhältnis beziehen sich auch PIOTET und ihm folgend HENGGELE, die eine analoge Anwendung von Art. 261 Abs. 1 OR aber vor allem aus BGE 142 III 329 S. 334

dogmatischen Gründen als mit der Eigentümerstellung nicht vereinbar ablehnen (DENIS PIOTET, Le principe "la vente ne rompt pas le bail" et le système général des droits réels, 1993, Rz. 182 i.V.m. Rz. 171 betreffend eine zeitlich vorhersehbare Beendigung der Nutzniessung; BENNO HENGGELE, Die Beendigung der Baurechtsdienstbarkeiten infolge Zeitablaufs und der vorzeitige Heimfall [Art. 779c ff. ZGB], 2005, S. 89 f.).

5.3 Analogie ist die teleologisch motivierte Erweiterung des Anwendungsbereichs einer Rechtsnorm jenseits der äusseren Wortlautgrenze (EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, in: Berner Kommentar, 2012, N. 376 zu Art. 1 ZGB). Auf den Theorienstreit, ob es sich dabei um Auslegung (Art. 1 Abs. 1 ZGB) oder Lückenfüllung (Art. 1 Abs. 2 ZGB) handelt (vgl. EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, a.a.O., N. 377 ff. zu Art. 1 ZGB), muss hier nicht weiter eingegangen werden. Eine teleologisch motivierte Erweiterung von Art. 261 OR setzt auf jeden Fall voraus, dass die Interessenlage der vom Heimfall Betroffenen vergleichbar ist mit jener der Parteien gemäss Art. 261 OR.

5.3.1 Das Bundesgericht rechtfertigte seinen Analogieschluss in BGE 113 II 121 massgeblich damit, dass der plötzliche Tod des Nutzniessers für den Mieter ebenso wenig voraussehbar sei wie der Eigentumswechsel zufolge Veräusserung und daher das Schutzbedürfnis vergleichbar. Entsprechend knüpft denn auch ein Teil der zitierten Lehre bei der Voraussehbarkeit an. Auch die Vorinstanz ging davon aus. Für sie war in der Folge entscheidend, dass es sich um einen ordentlichen Heimfall infolge Zeitablaufs des Baurechts nach Art. 779c ZGB handelt, das betreffende selbstständige und dauernde Baurecht als eigenes Grundstück im Grundbuch aufgenommen und dem Grundbucheintrag die zeitliche Beschränkung bis zum 30. April 2013 zu entnehmen war. Gestützt auf Art. 970 Abs. 4 ZGB bestehe die Fiktion der Kenntnis des Grundbucheintrags. Auf den tatsächlichen Kenntnisstand der Beschwerdeführerin komme es daher nicht an. Habe sie somit jedenfalls fiktiv Kenntnis von der Befristung gehabt, bestehe keine unerwartete Entwicklung im Sinn der bundesrechtlichen Rechtsprechung. Die Beschwerdeführerin rügt, damit verkenne die Vorinstanz die Tragweite von Art. 970 Abs. 4 ZGB. Auch wenn das Grundbuch öffentlich ist, könne nicht vorausgesetzt werden, dass eine Mieterschaft im Grundbuch nachforscht, ob die Vermieterin nur Baurechtsnehmerin oder Eigentümerin ist und wann ein allfälliges Baurecht abläuft.  
BGE 142 III 329 S. 335

5.3.2 Die Rüge ist grundsätzlich berechtigt. Die Fiktion der Kenntnis des Grundbuchinhalts (Art. 970 Abs. 4 ZGB) dient der Verkehrssicherheit im Immobilienverkehr und bewirkt, dass sich der gutgläubige Erwerber eines dinglichen oder vormerkbaren persönlichen Rechts nicht auf die Unkenntnis der durch das Grundbuch ausgewiesenen Rechtslage berufen kann, angesichts der einschneidenden Rechtsfolgen des Art. 973 ZGB. Die Fiktion hat jedoch nicht die Bedeutung, dass für jedermann der Inhalt des Grundbuchs als bekannt vorausgesetzt werden darf (JÜRIG SCHMID, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. II, 5. Aufl. 2015, N. 32 zu Art. 970 ZGB; ARTHUR HOMBERGER, Zürcher Kommentar, 2. Aufl. 1938, N. 21 Vorbemerkungen zu Art. 942 ff. ZGB i.V.m. N. 1 zu Art. 970 ZGB; vgl. auch die Einschränkung der Bedeutung im Urteil 4C.458/1996 vom 20. Februar 1997 E. 3, in: ZBGR 79/1998 S. 49). Vorliegend wurde die Beschwerdeführerin aber durch den Mietvertrag ermächtigt, den Mietvertrag im Grundbuch vormerken zu lassen, was zulässig ist (HIGI, a.a.O., N. 8 zu Art. 261b OR mit Hinweisen). Der Mietvertrag wurde denn auch, wie die Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich festgestellt hat, tatsächlich im Grundbuch vorgemerkt auf dem selbstständigen und dauernden Baurechtsgrundstück. Mit diesem Eintrag auf dem entsprechenden Grundbuchblatt war der Beschwerdeführerin - auch ohne Nachforschung - tatsächlich zur Kenntnis gebracht, dass die Vermieterin lediglich Baurechtsinhaberin war. Ob sie sich heute noch daran erinnert, ist nicht von Belang. War der Beschwerdeführerin aber die Tatsache des Baurechts als solches bekannt, hat sie es sich selbst zuzuschreiben, wenn sie sich nicht um die Befristung kümmerte, die aus dem Grundbuch ersichtlich war. Im Ergebnis ging die Vorinstanz daher zu Recht davon aus, dass der Heimfall für die Beschwerdeführerin voraussehbar gewesen wäre, weshalb eine analoge Anwendung von Art. 261 Abs. 1 OR bereits aus diesem Grund nicht in Frage kommt und die Passivlegitimation zu verneinen ist.

Aufgrund dieses Ergebnisses kann offenbleiben, ob eine analoge Anwendung von Art. 261 Abs. 1 OR angesichts der übrigen in BGE 113 II 121 erwähnten Gesichtspunkte auf den Untergang des befristeten Baurechts überhaupt gerechtfertigt wäre. (...)