

# Mitteilungen zum Mietrecht

Auszüge aus Gerichtsentscheiden

# Communications concernant le droit du bail

Extraits de la jurisprudence

# Comunicazioni concernenti il diritto d'affitto

Estratti dalla giurisprudenza



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

Bundesamt für Wohnungswesen BWO  
Office fédéral du logement OFL  
Ufficio federale delle abitazioni UFAB

Herausgeber: Bundesamt für Wohnungswesen

Vertrieb: BBL, Vertrieb Publikationen, 3003 Bern  
[www.bundespublikationen.admin.ch](http://www.bundespublikationen.admin.ch)

Bestellnummer: 725.963

Alle Urheber- und Verlagsrechte vorbehalten. Auszugsweiser Nachdruck mit Quellenangabe erlaubt.

01.16 600 860371741

**ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS**  
**ABREVIATIONS**  
**ABBREVIAZIONI**

ACJC	référence des arrêts de la Cour de justice de Genève
aCO	ancien Code des obligations
AJP	Aktuelle juristische Praxis
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht
BSK OR I	Basler Kommentar zum Obligationenrecht I
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210) Codice civile svizzero del 10 dicembre 1907 (RS 210)
CCA	Camera civile del Tribunale di appello
CCR	Contrat-cadre romand de baux à loyer
CdB	Cahiers du bail
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
CEDU	Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950 (RS 0.101)
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CO	Code des obligations du 30 mars 1911 (RS 220) Codice delle obbligazioni del 30 marzo 1911 (RS 220)
Cost.	Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999 (RS 101)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272) Codice di diritto processuale civile svizzero del 19 dicembre 2008 (RS 272)
CPra Bail	Commentaire pratique Droit du bail à loyer
CR CC I	Commentaire Romand, Code civil I
CR CO I	Commentaire Romand, Code des obligations I
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DB	Revue du droit du bail
DTF	Decisioni del Tribunale federale svizzero
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)

FF	Feuille fédérale
JdT	Journal des tribunaux
KUKO OR	Kurzkommentar OR
LCAP	Loi fédérale encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements du 4 octobre 1974 (RS 843) Legge federale che promuove la costruzione d'abitazioni e l'accesso alla loro proprietà del 4 ottobre 1974 (RS 843)
LCBD	Loi fédérale sur les contrats-cadres de baux à loyer et leur déclaration de force obligatoire générale du 23 juin 1995 (RS 221.213.15)
LDTR	Loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation (mesures de soutien en faveur des locataires et de l'emploi) du 25 janvier 1996 (Canton de Genève)
LEF	Legge federale sulla esecuzione e sul fallimento dell'11 aprile 1889 (RS 281.1)
LOG	Loi sur le logement du 21 mars 2003 (RS 842)
LOJ	Loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (Canton de Genève)
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (RS 281.1)
LPrA	Legge sulla promozione dell'alloggio del 21 marzo 2003 (RS 842)
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.10)
mp	Mietrechtspraxis: Zeitschrift für schweizerisches Mietrecht
MRA	MietRecht Aktuell
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OBLF	Ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux du 9 mai 1990 (RS 221.213.11)
OLAL	Ordinanza concernente la locazione e l'affitto di locali d'abitazione o commerciali del 9 maggio 1990 (RS 221.213.11)
OR	Obligationenrecht vom 30. März 1911 (SR 220)
Plädoyer	Plädoyer: Magazin für Recht und Politik
Plaidoyer	Plaidoyer: Revue juridique et politique
Pra	Die Praxis
RDS	Revue de droit suisse
recht	Recht, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis
RSJ	Revue Suisse de Jurisprudence
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1)
SJ	La Semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SVIT-K	Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft – Kommentar zum schweizerischen Mietrecht

TF	Tribunal fédéral Tribunale federale
VMWG	Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen vom 9. Mai 1990 (SR 221.213.11)
WEG	Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz vom 4. Oktober 1974 (SR 843)
WFG	Wohnraumförderungsgesetz vom 21. März 2003 (SR 842)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZK	Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch
ZMP	Zürcher Mietrechtspraxis
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht



# Inhaltsverzeichnis

## Table des matières

### Indice

#### **1**      **Miete über eine erst projektierte Mietsache (Gartencenter)**

In diesem Entscheid wird den Voraussetzungen nachgegangen, unter welchen ein Mietvertrag über ein sich erst in der Projektierungsphase befindliches Gartencenter rechtsgültig zustande kommt. Auch stellt sich die Frage, wie sich eine vertraglich festgesetzte Suspensivbedingung auf den einmal rechtsgültig entstandenen Mietvertrag auswirkt. Abschliessend werden die Bedingungen der Haftung aus culpa in contrahendo thematisiert.

Art. 1 Abs. 1, 156, 253 OR

Seite 1

#### **2**      **Prolongation « de fait » du bail – demande de baisse de loyer**

Une procédure de contestation introduite par les locataires peut suspendre les effets de la résiliation jusqu'à décision définitive et exécutoire. Néanmoins, il ne s'agit que d'une prolongation « de fait » du bail qui ne saurait être assimilée à une prolongation au sens des art. 272 ss CO. Durant cette période, l'indemnisation versée ne ressort plus des art. 257 ss CO et ne peut faire l'objet d'une demande de baisse de loyer.

Art. 253 ss CO

page 13

#### **3**      **Gültige Vereinbarung über Nebenkosten?**

Genügt der handschriftliche Vermerk im Mietvertrag „zulasten der Mieter“ um eine Forderung auf Bezahlung der Nebenkosten einer vermieteten Stockwerkeigentumswohnung zu begründen? Die Frage wurde verneint und darum die Rückforderung der geleisteten Beträge gestützt auf ungerechtfertigte Bereicherung geprüft. Beide Parteien machen die Verrechnung geltend.

Art. 62, 120, 257a, 260a OR

Seite 17

## **4 Kündigung der Wohnung wegen Vogelfütterns**

Aufgrund der Taubenfütterung und des Zahlungsrückstands wurde der Mieterin nach wiederholter Abmahnung gekündigt. Der Einwand der Mieterin, die Kündigung sei erfolgt, weil sie Forderungen aus dem Mietverhältnis geltend gemacht habe, wurde nicht geteilt.

**Art. 257d, 271 f. OR**

**Seite 24**

## **5 Résiliation anticipée du bail à loyer**

Le fils de la locataire est l'auteur des troubles qui ont amené à la résiliation anticipée du bail. Néanmoins, ses visites n'étaient à l'évidence pas souhaitées par la locataire, qui a pris les mesures que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle pour empêcher son fils de pénétrer chez elle. L'intéressé s'est néanmoins introduit contre la volonté de la locataire chez elle. Le fils de la locataire ne peut dès lors pas être considéré comme un auxiliaire dont la locataire devrait répondre et ses actes ne lui sont pas imputables compte tenu des circonstances particulières de l'espèce.

**Art. 257f al. 3 CO**

**page 30**

## **6 Fristlose Kündigung und Mietzinsherabsetzung wegen eines Brandes (Rohbaumiete)**

Aufgrund eines technischen Defekts an einem Gerät der Mieterin entstand ein Brand, der die Mieterausbauten zerstörte und das Mietobjekt erheblich beschädigte. Trotz von Seiten der Vermieter durchgeführter Sanierungsmaßnahmen am Grundausbau empfand die Mieterin die Räumlichkeiten als vollkommen gebrauchsuntauglich, weshalb diese den Mietvertrag unter Berufung auf Artikel 259b litera a OR fristlos kündigte. Das Urteil behandelt einerseits die Prozessvoraussetzungen einer die Kündigung betreffenden Feststellungsklage und andererseits die Anforderungen und Auswirkungen eines selbst zu verantwortenden Mangels.

**Art. 259b lit. a, 259d OR**

**Seite 33**



## **7** **Modification unilatérale du contrat par le bailleur**

Dans un contrat de durée indéterminée, l'introduction d'une échéance finale, même soumise à l'avènement d'une condition suspensive résolutoire, consiste en une modification unilatérale du bail qui a strictement les mêmes effets qu'une résiliation de bail et empêcherait simultanément la locataire de la contester. Conformément à la doctrine, elle ne saurait être imposée unilatéralement à la locataire et ce d'autant moins que l'avis de modification fait expressément référence à une impossibilité pour cette dernière de solliciter une prolongation de bail.

**Art. 269d CO**

**page 40**

## **8** **Congé annulable**

Selon la LDTR, le bailleur qui a l'intention d'exécuter des travaux importants doit aviser le locataire de son projet et des conséquences de la modification de loyer qui en résulte. En cas de non-respect de cette obligation, le Département peut refuser la délivrance de l'autorisation requise. Ainsi, le non-respect de cette obligation n'a pas d'effets de droit privé et ne rend pas le congé donné au locataire illicite.

**Art. 271 CO / Art. 43 al. 1 LDTR**

**page 46**

## **9** **Kündigung wegen Schiffsreparaturen**

Nach wiederholten Abmahnungen wird das Mietverhältnis von Vermieterseite gekündigt. Stein des Anstosses war insbesondere, dass die Mietenden Schiffe, Anhänger und dergleichen auf der Parzelle lagerten und daran arbeiteten. Auch wurde die Garage als Reparaturwerkstatt verwendet. Das Urteil behandelt die Fragen, ob die Kündigung gegen Treu und Glauben verstösst, ob die Vermieterschaft eine einseitige Vertragsänderung durchsetzen wollte sowie ob durch den Rückzug der Kündigung der Garage eine Einigung zustande gekommen ist, die eine Kündigungssperre ausgelöst hätte. Das Gericht hat die Fragen verneint.

**Art. 271, 271a Abs. 1 lit. b, 271a Abs. 2 OR**

**Seite 49**

## **10 Action en libération de dette – audience de conciliation**

La question de savoir si, dans le cas où elle est incompétente, l'autorité de conciliation, hors l'exercice d'une compétence juridictionnelle, soit dans le cadre d'une procédure de conciliation au sens étroit, doit refuser d'entrer en matière sur une requête n'est pas régie par la loi. Cette question est controversée en doctrine. En revanche, il est mis en exergue l'obligation de ladite autorité de rendre les parties attentives à son éventuelle incompétence.

**Art. 83 al. 2 LP / Art. 198 lit. e ch. 1 CPC**

**page 59**

## Art. 1 Abs. 1, 156, 253 OR

# 1. Miete über eine erst projektierte Mietsache (Gartencenter)

**In diesem Entscheid wird den Voraussetzungen nachgegangen, unter welchen ein Mietvertrag über ein sich erst in der Projektierungsphase befindliches Gartencenter rechtsgültig zustande kommt. Auch stellt sich die Frage, wie sich eine vertraglich festgesetzte Suspensivbedingung auf den einmal rechtsgültig entstandenen Mietvertrag auswirkt. Abschliessend werden die Bedingungen der Haftung aus culpa in contrahendo thematisiert.**

### Sachverhalt

Die Parteien haben am 3./4. Mai 2007 eine als Mietvertrag bezeichnete Vereinbarung abgeschlossen, mit welcher sich der Kläger (Vermieter) verpflichtete, der Beklagten (Mieterin) das sich noch in der Projektierungsphase befindliche Gartencenter zu vermieten, währenddem die Beklagte die Verpflichtung einging, dem Kläger für die entsprechende Vermietung einen jährlichen Nettomietzins in der Höhe von 7 % der Anlagekosten zu bezahlen.

Des Weiteren wurde in der Vereinbarung vom 3./4. Mai 2007 festgehalten, dass diese unter der Bedingung der Erteilung einer rechtskräftigen Baube-

willigung für das noch zu errichtende Gartencenter stehe, dass die Erstellung des entsprechenden Gartencenters nach den Vorgaben der Beklagten zu erfolgen habe und dass die Einzelheiten für die Erstellung des entsprechenden Gartencenters in einem noch abzuschliessenden Generalunternehmervertrag zu regeln seien.

In der am 3. Mai 2007 abgeschlossenen Zusatzvereinbarung hielten die Parteien fest, dass der Kläger für die Realisierung des projektierten Gartencenters noch das notwendige Grundstück zu erwerben habe und dass gemäss den Bauvorschriften der Gemeinde G. für die Realisierung des geplanten Gartencenters ein Quartierplanverfahren durchzuführen sei.

Am 4. Mai 2007 schloss der Kläger mit der I. AG in Liquidation einen bedingten Kaufvertrag über diejenige Parzelle ab, auf der das Gartencenter errichtet werden solle.

Am 26. März 2009 teilte H. [ehemals Teil der Geschäftsleitung der Beklagten und zu diesem Zeitpunkt nicht mehr zeichnungsberechtigt] dem Kläger mit einem auf dem Briefpapier der Beklagten verfassten Schreiben mit, dass die Beklagte nach einer sehr langen Konferenz die Entscheidung getroffen habe, den geplanten Auftritt in der Schweiz aus wirtschaftlichen Gründen abzusagen.

Mit Schreiben vom 26. August 2009 teilte der Kläger gestützt auf Artikel 97 und Artikel 107 Absatz 2 OR Verzicht auf die Erfüllung des Vertrages mit und forderte Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Mietvertrages und der Zusatzvereinbarung.

Am 3. November 2009 erklärte der Kläger gegenüber dem Konkursamt den Rücktritt vom Kaufvertrag mit der I. AG in Liquidation. In einer weiteren Vereinbarung zwischen der I. AG in Liquidation und der K. AG sowie mit Zustimmung des Klägers wurde der Kaufvertrag über das Grundstück am 27./30. November 2009 aufgehoben und die Liegenschaft neu der K. AG verkauft.

Die Beklagte erklärte ihrerseits mit Schreiben vom 22. Dezember 2009 den Rücktritt vom Mietvertrag und von der Zusatzvereinbarung. Das geplante Gartencenter wurde in der Folge nie realisiert.

Nach erfolgloser Schlichtung gelangte der Kläger am 31. März 2010 an das Bezirksgericht Liestal, indem er darum ersuchte, die Beklagte unter Vorbehalt einer Nachklage zu verurteilen, ihm einen Betrag von 6 500 000 Franken nebst Zins zu 5 % seit dem 11. Dezember 2009 zu bezahlen. Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage und beantragte widerklageweise, der Kläger sei zu verurteilen, ihr unter Vorbehalt einer

Mehrforderung einen Betrag von Fr. 218 503.50 nebst Zins zu 5 % seit dem 11. Dezember 2009 zu bezahlen.

Mit Urteil des Gerichtspräsidenten des Bezirksgerichts Liestal vom 6. September 2012 (zugestellt am 19.11.2012) wurden die Klage und die Widerklage abgewiesen.

Die Rechtsnachfolger des am 17. Dezember 2012 verstorbenen Klägers beantragten mit Berufung vom 4. Januar 2013 die Aufhebung des Urteils. Das Kantonsgericht Basel-Landschaft wies die Berufung, welche die gleichen Rückzahlungsforderungen wie vor dem Bezirksgericht Liestal enthält, mit Entscheidung vom 18. Juni 2013 ebenfalls ab.

## Aus den Erwägungen

### 3. Zustandekommen eines Mietvertrags

Gemäss Art. 1 Abs. 1 OR ist zum Abschluss eines Vertrags die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich. Der Konsens muss sich auf alle wesentlichen Punkte des Vertrags beziehen. Hierzu gehören zunächst die objektiv wesentlichen Vertragspunkte, die den unentbehrlichen Geschäftskern umfassen, nämlich die vertragstypenbestimmenden Merkmale, Leistung und Gegenleistung sowie die Parteien. Ausreichend ist, dass die wesentlichen Punkte aufgrund der übereinstimmenden Willenserklärung der Parteien bestimmbar sind (vgl. SCHWENZER, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, § 29.03), indem auf objektive Umstände (objektive Bestimmbarkeit) oder die Bestimmungskompetenz einer der Parteien (subjektive Bestimmbarkeit) verwiesen wird (vgl. Berner Kommentar OR-KRAMER, Art. 1 N 170 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Obligationenrecht Allgemeiner Teil I, Rz. 344 f.). Die objektiv wesentlichen Vertragspunkte des Mietvertrags sind gemäss Art. 253 OR die Überlassung einer Sache zum Gebrauch durch den Vermieter gegen Leistung eines Mietzinses durch den Mieter. Damit ein Mietvertrag rechtsgültig abgeschlossen werden kann, braucht es somit einen Konsens der Parteien über die Mietsache und über den Mietzins.

Die Vereinbarung vom 03./04.05.2007 nennt noch vor der Präambel als Mietobjekt das "Gartencenter in Projektierung an der F.-strasse, in G.", wobei die Centerflächen wie folgt umschrieben werden: Verkaufshalle ca. 1700 m<sup>2</sup>, Verkaufsgewächshaus ca. 1300 m<sup>2</sup>, Kaltgewächshaus ca. 225 m<sup>2</sup>, Freiverkauf ca. 1500 m<sup>2</sup>, Glasdach ca. 1135 m<sup>2</sup>, Personal ca. 172 m<sup>2</sup>, Warenannahme ca. 440 m<sup>2</sup>, Aussenparkplätze ca. 166. Unter Ziffer 1.1 wird

präzisiert, es handle sich beim Mietgegenstand um das auf Grundstück Kat. Nr. 1004 projektierte Gartencenter mit diversen, konkret benannten Flächen. Es wird auf Pläne, die Bestandteile des Vertrags bilden, verwiesen. Ferner wird festgehalten, dass die Erstellung des Gartencenters nach den Vorgaben der Beklagten zu erfolgen habe und in einem noch abzuschliessenden Generalunternehmervertrag geregelt werde. Die Zusatzvereinbarung vom 03.05.2007 enthält keine weiteren, für die Umschreibung des Mietgegenstands relevanten Angaben. Der Feststellung der Vorinstanz, dem Vertrag lasse sich lediglich entnehmen, dass der Mietgegenstand ein auf dem Grundstück an der F.-strasse zu projektierendes Gartencenter sein soll, wobei nähere Einzelheiten nahezu noch gänzlich fehlten, kann nicht gefolgt werden. Die Vereinbarung vom 03./04.05.2007 enthält durchaus Präzisierungen einschliesslich ungefährender Flächenangaben zu den verschiedenen Teilen des projektierten Gartencenters. Der Hinweis auf die noch ausstehende Erstellung nach den Plänen der Beklagten und auf den noch abzuschliessenden Generalunternehmervertrag ändern daran nichts, dass das Mietobjekt aufgrund der in der Vereinbarung vom 03./04.05.2007 enthaltenen Präzisierungen zumindest bestimmbar ist. Nach Ansicht des Kantonsgerichts, Abteilung Zivilrecht, stellt die Vorinstanz zu hohe Anforderungen an die Bestimmtheit des Mietobjekts. Erforderlich ist nur die Bestimmbarkeit. Folgte man der Auffassung der Vorinstanz, bedeutete dies, dass keine Mietverträge über noch zu erstellende Objekte möglich wären. Solche Mietverträge entsprechen aber nicht nur einem wirtschaftlichem Bedürfnis, sondern auch den Realitäten (vgl. GIAVARINI MRA 2003, 191; ähnlich auch Obergericht OW in SJZ 1989 S. 157 ff.). Entgegen der Vorinstanz lässt sich aus BGE 119 II 347 E. 5 nicht entnehmen, dass die grundsätzliche Einigung über das zu vermietende Objekt für die Mietsache nicht ausreichend sein soll. Somit ist die Mietsache im vorliegenden Fall hinreichend bestimmbar.

Zum Mietzins besagt Ziff. 4.1 der Vereinbarung vom 03./04.05.2007, dass sich die Nettomiete wie folgt errechnet: Kosten für Land für ca. 15 500 m<sup>2</sup> à 400 Franken, Kaufkosten ca. 1,25 %, Provisionen ca. 2 %, Landzins ca. 5,5 %, Erschliessungskosten ca. 25-30 Franken je m<sup>2</sup>, etc., zusammengezählt ca. 7.2 Millionen Franken, dazu Bau- und Baunebenkosten, Gebühren, Abgaben, Bauzinsen, Honorare, Erschliessungskosten, Koordinationskosten, etc. ca. 6.0 Millionen Franken, totale Anlagekosten ca. 13.2 Millionen Franken, Minimummiete 7 % der effektiven Anlagekosten, ca. 924 000 Franken. Ziff. 4.2 hält präzisierend fest, dass unter den Begriff der Anlagekosten sämtliche mit der Planung, Projektierung, dem Landkauf und dem Bau zusammenhängenden direkten und indirekten effektiven Kosten gemäss Schlussabrechnung fallen, und dass nach deren Vorliegen die Miete

gemäss Ziff. 4.1 gemäss den effektiven Anlagekosten angepasst wird. Nach Ziff. 4.3 soll die so ermittelte Nettomiete bei Mietbeginn entsprechend allfälliger Änderungen des 3-Jahres-SWAP-Zinssatzes in Franken angepasst werden; überdies wird die Indexierung des Mietzinses vereinbart. Bezüglich der Bestimmbarkeit des Mietzinses hat das Bundesgericht im Grundsatzentscheid 119 II 347 E. 5 im Sinne einer Praxisänderung entschieden, dass die blosser Vereinbarung der Entgeltlichkeit einer Gebrauchsüberlassung für die Annahme eines Konsenses über den Mietzins nicht genügt und die Möglichkeit richterlicher Vertragsergänzung bei blosser Vereinbarung der Entgeltlichkeit auf den Tatbestand bereits erfolgter Nutzung beschränkt ist. Die Bestimmung oder zumindest die Bestimmbarkeit des Mietzinses gehört zum Geschäftskern des Mietvertrags, über welchen die Parteien Einigkeit erzielen müssen (CHK-HEINRICH, Art. 253 OR N 8; a.M. Zürcher Kommentar OR-HIGI, Art. 253 N 31; BSK OR I-WEBER, Art. 253 N 6). Im Entscheid 4A\_551/2008 E. 5.2 hat das Bundesgericht im Rahmen einer Option für die Verlängerung eines Mietvertrags die Klausel, wonach für den verlängerten Vertrag derjenige Mietzins gilt, "der am Ort für gleichartige Parzellen üblich ist", für ausreichend gehalten. Damit wird das Kriterium der Bestimmbarkeit vom Bundesgericht sehr grosszügig ausgelegt. Eine solch grosszügige Auslegung ist im vorliegenden Fall gar nicht erforderlich: Auch wenn die Anlagekosten bei Vertragsabschluss notgedrungenweise nicht bekannt waren, so enthält der Vertrag durchaus konkrete Schätzungen. Diese sind beim Landkauf, der einen erheblichen Anteil der Gesamtkosten ausmacht, sogar sehr präzise, war doch der Landpreis damals tatsächlich bekannt. Die Beklagte hat auch nicht dargetan, dass die Schätzungen der Kaufkosten, Provisionen, Landzinsen, Erschliessungskosten, Gebühren, Abgaben, Bauzinsen, Honorare und Koordinationskosten völlig unbegründet gewesen seien. Zumindest waren sie für die Beklagte als erfahrene Bauherrin von Gartencentern genügend konkrete Angaben, aufgrund derer die Beklagte die mutmasslichen entsprechenden Kostenpositionen ziemlich genau abschätzen konnte. Zu berücksichtigen ist ferner, dass das Gartencenter nach den Vorgaben der Beklagten gebaut werden sollte, was dieser starke Steuerungsmöglichkeiten hinsichtlich der Höhe der Baukosten, die einen Hauptanteil der Anlagekosten ausmachen, verschafft. Das im vorliegenden Vertrag gewählte Vorgehen, den Mietzins nach den Anlagekosten zu bestimmen, bietet sich bei solchen Projekten geradezu an und wird auch tatsächlich verwendet (vgl. GIAVARINI, MRA 2003, 191). Ziffer 4.1 definiert eine "Minimalmiete" nicht in dem Sinne, dass die Maximalmiete noch völlig offen wäre, sondern dass der Mietzins nach Vorlage der Schlussabrechnung gemäss Ziffer 4.2 aufgrund der effektiven Anlagekos-

ten und gegebenenfalls auch gemäss Ziffer 4.3 f. bei einer allfälligen Änderung des 3-Jahres-SWAP-Satzes anzupassen ist. Die vertragliche Regelung über den Nettomietzins gemäss Ziff. 4 lässt nichts offen, worüber sich die Vertragsparteien noch in einer späteren Übereinkunft einigen müssten. Die Parteien haben sich mithin nicht nur über die Entgeltlichkeit an sich, sondern auch über den Mechanismus der Bestimmung des Mietzinses geeinigt. Mit dieser differenzierten und detaillierten Mietzinsregelung wäre der Mietzins nach dem Bau des Gartencenters nach objektivierbaren Kriterien bestimmbar gewesen. Daher stellt bereits der Abschluss der Vereinbarung vom 03./04.05.2007 das Zustandekommen einer Einigung über die Höhe des Mietzinses dar. Des Weiteren gilt auch hier, dass Mietverträge über noch zu erstellende Objekte unmöglich wären, folgte man der Rechtsauffassung der Vorinstanz (vgl. GIAVARINI, MRA 2003, 191).

Das Kantonsgericht kommt folglich zum Schluss, dass die Vereinbarung vom 03./04.05.2007 sämtliche vertragswesentlichen Punkte eines Mietvertrags enthält. Die Vorinstanz hat diesbezüglich sowohl den Sachverhalt unrichtig festgestellt als auch das Recht unrichtig angewendet.

...

##### **5. Wirksamkeit des Mietvertrags**

Liegt grundsätzlich ein rechtsgültiger Mietvertrag vor, ist zu prüfen, ob dieser wirksam wurde, zumal sich die Beklagte insoweit auf nicht erfüllte Bedingungen beruft. Gemäss Präambel der Vereinbarung vom 03./04.05.2007 wurde diese unter der Bedingung abgeschlossen, dass eine rechtskräftige Baubewilligung für das Gartencenter erteilt werde. Bei Scheitern des Bauantrags komme es zu einer Rückabwicklung des Vertrags. Diese Bedingung wurde auch in der Zusatzvereinbarung vom 03.05.2007 wiederholt. Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass es sich um eine Suspensivbedingung handelt und eine Baubewilligung nie erteilt wurde (Bewilligungsverfahren wurde 2012 eingestellt). Die Berufungskläger machen aber geltend, dass allein der Rückzug der Beklagten aus dem Projekt für das Nichtvorliegen der Bewilligung kausal sei und deshalb in Anwendung von OR 156 von einer erfüllten Bedingung auszugehen sei. Die Beklagte bestreitet diese Behauptung.

Steht die Verbindlichkeit eines gekündigten oder durch Rücktritt vorzeitig beendeten Vertrags unter einer Suspensivbedingung, bestimmt die Bedingung nicht bloss den Erfüllungsanspruch, sondern auch die Ersatzforderung aus Nichterfüllung (positives Vertragsinteresse) oder die Forderung auf Schadloshaltung aus dem Leistungsverzicht (negatives Vertragsinteresse). Die Beklagte ist daher zur Schadloshaltung des Klägers nur verpflichtet, wenn bei ungekündigtem Vertragsverhältnis die Bedingung eingetreten



wäre, wobei dem Bedingungseintritt gemäss Art. 156 OR dessen treuwidrige Vereitelung gleichgesetzt ist (BGE 117 II 278 E. 4.c). Zwischen dem treuwidrigen Verhalten und dem Ausfall bzw. Eintritt der Bedingung muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Das Verhalten der Partei, welche den Ausfall bzw. Eintritt der Bedingung verursacht, muss unter Berücksichtigung aller Umstände, der Veranlassungen der Parteien und des verfolgten Zwecks geprüft werden. Art. 156 OR sollte nicht zu weitgehend ausgelegt werden, da die Parteien mit der Vereinbarung einer Bedingung ohnehin ein Element der Unsicherheit in ihre Beziehung eingeführt haben, für welches sie einstehen müssen. Die Parteien haben keine Pflicht, den Eintritt der Bedingung zu fördern oder ihre eigenen Interessen dafür zu opfern (BGER 4C.281/2005 E. 3.5; BSK OR I-EHRAT, Art. 156 N 5; CHK-ROTH PELLANDA/DUBS, Art. 156 OR N 5 und 6). Der Beweis des Kausalzusammenhangs muss dabei nicht mit Sicherheit erbracht werden, vielmehr reicht eine hohe Wahrscheinlichkeit aus (KUKO OR-HONSELL, Art. 156 N 7). Beweispflichtig ist diejenige Partei, die sich auf die Fiktion des Bedingungseintritts beruft (BGER 4C.281/2005 E. 3.5.2).

Da sich der Kläger auf die Fiktion des Bedingungseintritts berufen hat, hat er den Nachweis dafür zu erbringen, dass bei nicht aufgelöstem Mietvertrag die Baubewilligung für das Gartencenter erteilt worden wäre, dass die Beklagte sich treuwidrig verhalten habe und dass ein Kausalzusammenhang zwischen diesem Verhalten und dem Nichterhalt der Baubewilligung bestehe. Aus den Akten, insbesondere aus der regen Korrespondenz unter den Parteien, ist ersichtlich, dass es zwischen ihnen ab Sommer/Herbst 2008 Differenzen und Spannungen gab. Solche sind jedoch bei derartigen Projekten mit entsprechenden Investitionen und Risiken nicht aussergewöhnlich, vor allem wenn die Rollen der Beteiligten nicht klar definiert wurden, wie dies vorliegend der Fall war. So sollte die Erstellung des Gartencenters gemäss Art. 1.1 der Vereinbarung vom 03./04.05.2007 nach Vorgaben der Beklagten erfolgen und in einem noch abzuschliessenden Generalunternehmervertrag geregelt werden. Hingegen war nicht klar, wer als Bauherr und wer als Generalunternehmer auftreten sollte, und ob der Generalunternehmervertrag nur zwischen den Parteien des Mietvertrags abgeschlossen werden konnte oder allenfalls sogar verzichtbar war. Soweit der Kläger daraus eine bewusste Verzögerung des Baubewilligungsverfahrens ableitet, vermag er seine Behauptung nicht ausreichend zu substantiieren oder gar zu belegen. Seine Ausführungen sind vielmehr eine retrospektive Interpretation des Verhaltens der Gegenseite, für welche die Akten keinen Anhaltspunkt liefern. Dies gilt um so mehr, als einerseits in der Vereinbarung vom 03./04.05.2007 kein Termin für das Vorliegen der Baubewilligung genannt wurde, andererseits aber das Baugesuch ja tatsächlich anfangs November

2008 eingereicht wurde und danach zunächst das Quartierplanverfahren abgeschlossen werden musste. Auch die Mitteilung an die Gemeinde G., dass die Beklagte von einer Expansion in die Schweiz absieht, ist sachlich nachvollziehbar und kann nicht als Torpedierung des Quartierplanverfahrens betrachtet werden. Es ist dem Kläger nicht gelungen, ein für den Erhalt der Baubewilligung hinderliches Verhalten der Beklagten nachzuweisen. Bei dieser Sachlage fehlt es an den Voraussetzungen für eine Anwendung von Art. 156 OR.

Fraglich ist sodann der erforderliche Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten der Beklagten und dem Nichteintritt der Bedingung. Tatsache ist, dass das vom Kläger als Gesuchsteller am 03.10.2008 unterzeichnete Baugesuch am 04.11.2008 dem Bauinspektorat eingereicht wurde. Die Genehmigung des Quartierplans erfolgte seitens des Kantons am 13.04.2010. Folgerichtig hat das Bauinspektorat den Kläger mit Schreiben vom 22.06.2010 zur Einreichung ausstehender Unterlagen aufgefordert und diese Aufforderung – nicht zuletzt auf Gesuch der vom Kläger beauftragten T. AG – wiederholt verlängert. Am 27.01.2011 stellte das Bauinspektorat fest, seit Sommer 2010 ausser einem Sistierungsgesuch bis 30.12.2010 nichts mehr vom Kläger gehört zu haben, setzte ihm eine letzte Frist bis 04.03.2011, die dann auf Wunsch der Bauherrschaft, d.h. des Klägers, noch zweimal erstreckt wurde. Im März 2012 beendete das Bauinspektorat das Verfahren, nachdem der Kläger auf das letzte Schreiben vom 22.09.2011 nicht reagiert hatte. Daraus folgt, dass der Kläger das Bewilligungsverfahren auch nach Absage des "Schweiz-Auftritts" durch die Beklagte am 20.05.2009 bzw. nach seinem vermeintlichen Rücktritt vom Mietvertrag fortgeführt hat, was nur den Schluss zulässt, dass er noch immer von einer möglichen Baubewilligung ausging. Das Verhalten des Klägers ist in diesem Kontext auch insoweit widersprüchlich, als er trotz Fortführung des Baubewilligungsverfahrens am 03.11.2009 vom Grundstückkauf zurückgetreten war. Festzuhalten ist weiter, dass das Ausbleiben der mit Schreiben des Klägers an die Beklagte vom 18.08.2009 verlangten Erklärung über die vorbehaltlose Einhaltung des Mietvertrags und die Zusicherung der Erstellung und des Betriebs des Gartencenters nicht bedeutete, dass keine Baubewilligung mehr erhältlich gemacht werden konnte. Die Beklagte hielt im Antwortschreiben vom 24.08.2009 lediglich fest, dass sie ihrer Ansicht nach nicht verpflichtet sei, ein Gartencenter zu erstellen und zu betreiben. Aus der Vereinbarung vom 03./04.05.2007 ergab sich ohnehin keine Pflicht der Beklagten, das Gartencenter selber zu betreiben; das gleiche gilt auch für die Erstellung des Gartencenters, trat doch der Kläger im Baugesuchsverfahren als Bauherrschaft auf (vgl. das vom Kläger in dieser Hinsicht korrigierte Baugesuch in den Akten des Bauinspektorats). Der Verzicht auf den "Auftritt

Schweiz" gem. Schreiben von H. vom 26.03.2009 bedeutete somit nicht zwingend die Unmöglichkeit des Mietverhältnisses. Zudem fehlte H. im damaligen Zeitpunkt die Vertretungsbefugnis für die Beklagte, weil er nicht mehr der Geschäftsleitung der Beklagten angehörte. Die Beklagte präzisierte mit Schreiben vom 20.05.2009, sie habe sich niemals dahingehend geäußert, den Mietvertrag mit dem Kläger - soweit rechtsgültig - nicht einhalten zu wollen. Die Beklagte hat im Übrigen wiederholt die Erfüllung des Mietvertrags - soweit rechtsgültig - zugesichert und ausserdem offeriert, allfällige, für das Bewilligungsverfahren konkret benötigte Unterlagen zu beschaffen, ohne dass seitens des Klägers eine entsprechende spezifizierte Aufforderung an die Beklagte erfolgt wäre. Bei dieser Sachlage kann das Ausbleiben der Baubewilligung nicht im Sinne eines Kausalzusammenhangs dem Verhalten der Beklagten zugerechnet werden.

Selbst wenn jedoch ein Kausalzusammenhang zu bejahen wäre, läge kein Verstoss gegen Treu und Glauben vor. In diesem Kontext ist auch der Zweck der Bedingung zu beachten: Den Parteien war klar, dass im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht sicher beurteilt werden konnte, ob das nach den Vorgaben der Beklagten zu erstellende Gartencenter bewilligungsfähig war. Dieser Unsicherheit sollte Rechnung getragen werden. Mit anderen Worten: Die Bewilligung hätte auch scheitern können, weil die Beklagte ihre Vorgaben baurechtlich nicht hätte umsetzen können. Mit der Klausel im Vertrag wurde eine Regelung getroffen für den Fall, dass das Gartencenter - aus welchen Gründen auch immer - nicht gebaut werden kann. Dem steht nicht entgegen, dass die Ursachen des Scheiterns im Rahmen der vertraglich vorgesehenen Rückabwicklung hätten berücksichtigt werden können. Daraus folgt, dass kein Verstoss gegen Treu und Glauben vorliegt, wenn der bedingt Verpflichtete zum Schutz eigener überwiegender Interessen eine Bedingung ausfallen lässt. Entgegen der Auffassung der Berufungskläger kann der Rückzug aus wirtschaftlichen Gründen nicht als vorgeschoben betrachtet werden. Die weitere Entwicklung zeigt, dass die Beklagte für die Präsenz in der Schweiz eine ganz andere Strategie verfolgt hat (Kooperation mit der P. AG im Rahmen der bestehenden Center "P."), und dies erst noch zu einem eindeutig späteren Zeitpunkt. Zumindest konnten die Berufungskläger ein gegen Treu und Glauben verstossendes Verhalten der Beklagten nicht rechtsgenügend nachweisen. Der vorliegende Fall unterscheidet sich klar vom Sachverhalt, der dem bereits zuvor erwähnten Bundesgerichtsentscheid 4C.281/2005 zugrunde lag: Dort ging es um einen Architektenvertrag, bei dem das Honorar unter der Bedingung des Erhalts einer Baubewilligung vereinbart war. Nach erstem Scheitern erarbeiteten die Architekten ein zweites Projekt, das die behördlichen Vorschriften erfüllte. Der Bauherr lehnte es in der Folge ohne Angabe von

Gründen ab, das Projekt der Bewilligungsbehörde einzureichen, und beauftragte kurz darauf einen anderen Architekten mit der Ausarbeitung eines neuen Projekts. Es lag somit ein ganz anderer Sachverhalt vor, indem der bedingt verpflichtete Bauherr die Unterschrift unter die Baueingabe verweigerte, ohne Gründe zu benennen, um dann kurz darauf mit einem anderen Architekten zu arbeiten, während hier die Baueingabe erfolgte und die Beklagte auch zu keinem Zeitpunkt die Nichteinhaltung des Mietvertrags erklärte. Auch wenn die Parteien bei der Vereinbarung der Bedingung des Erhalts einer Baubewilligung wohl nicht primär an die nun eingetretene Konstellation gedacht haben, ist diese durch die Formulierung im Vertrag zumindest gedeckt.

Mangels Nachweis eines treuwidrigen Verhaltens der Beklagten kann die Frage, ob die Bewilligung mit hoher Wahrscheinlichkeit erteilt worden wäre, offen gelassen werden. Immerhin sei angemerkt, dass es nicht nachvollziehbar erscheint, dass der Kläger den Brief des Bauinspektorats vom 22.12.2008 als uneingeschränkt positiv beurteilt. Zum einen handelte es sich nicht um eine Vorprüfung. Zum anderen wies das Bauinspektorat in diesem Schreiben auf zahlreiche offene Fragen und Probleme hin und hielt klar fest, dass eine abschliessende Beurteilung erst nach Vorliegen des rechtsgültigen Quartierplans gemacht werden könne.

Liegen die Voraussetzungen von Art. 156 OR aber nicht vor, kommt die Fiktion des Bedingungseintritts nicht zum Tragen und der Mietvertrag ist nie wirksam geworden. Dies bedeutet zunächst, dass offen bleiben kann, ob der Vertrag noch unter einer weiteren Suspensivbedingung (Abschluss eines Generalunternehmervertrags) gestanden hat. Ist der Vertrag aber nicht wirksam geworden, konnte auch keine Partei in Verzug geraten. Ebenso wenig war ein wie auch immer gearteter Rücktritt möglich, weshalb auch keine Rechtsgrundlage für eine Schadenersatzforderung nach Art. 107 i.V.m. Art. 97 OR besteht. Die Vorinstanz hat somit im Ergebnis - wenn auch mit einer anderen Begründung - eine Haftung der Beklagten für das positive Vertragsinteresse zu Recht verneint.

#### **6. Schadenersatzforderung aus anderen Gründen**

Die Vorinstanz hat eine Haftung der Beklagten aus Verschulden bei Vertragsschluss ("culpa in contrahendo") grundsätzlich bejaht. Die Beklagte bestreitet die Richtigkeit dieser Rechtsauffassung. Das Kantonsgericht ist an die rechtliche Würdigung des Sachverhalts durch die Vorinstanz nicht gebunden. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass aus dem Schreiben von H. vom 26.03.2009 keine grundsätzliche Haftungsanerkennung abgeleitet werden kann. Es werden dort nur Gespräche angekündigt zur Klärung der

Frage, wie "alle Beteiligten einigermassen schadlos" aus dem Negativbeschluss herauskommen könnten. Abgesehen davon hat H. dieses Schreiben bloss in seiner Funktion als Gesellschafter und nicht mehr als Geschäftsführer gezeichnet.

Allgemeine Voraussetzung einer Haftung aus "culpa in contrahendo" ist, dass zwischen den Parteien überhaupt ein geschäftlicher Kontakt stattgefunden hat, durch den bei der verletzten Person ein erhöhtes Vertrauen hervorgerufen wurde. Ein Anspruch aus "culpa in contrahendo" kommt in Betracht, wenn eine Partei schuldhaft das Zustandekommen eines Vertrags verhindert. Der blosser Abbruch von Vertragsverhandlungen begründet an sich keine Haftung. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn die Verhandlungen von Anbeginn ohne ernstlichen Abschlusswillen geführt wurden oder weiterverhandelt wird, obwohl bereits sicher ist, dass mit einem Vertragsschluss nicht mehr zu rechnen ist (SCHWENZER, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, § 47.03 und 47.08).

Der Kläger hat es unterlassen, die Voraussetzungen in tatsächlicher Hinsicht für eine Haftung der Beklagten aus "culpa in contrahendo" substantiiert vorzutragen und unter Beweis zu stellen. Bereits aus diesem Grund ist ein entsprechender Anspruch des Klägers zu verneinen. Zudem geht es im vorliegenden Fall ohnehin nicht um Verhaltensweisen einer Partei bei Vertragsverhandlungen, sondern um Verhaltensweisen einer Partei nach Abschluss eines Vertrags, der unter einer Suspensivbedingung abgeschlossen wurde. Diese Konstellation fällt aber unter keine der in Literatur und Rechtsprechung zur Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluss entwickelten Fallgruppen (vgl. etwa SCHWENZER, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, § 47.08 ff.; BSK OR I-BUCHER, Art. 1 N 81 ff.; ZBJV 2003, 520 ff.). Wirft wie im vorliegenden Fall eine Partei der anderen Partei ein treuwidriges Vereiteln des Bedingungseintritts vor, so kommt ausschliesslich die gesetzliche Regelung von Art. 156 OR zum Tragen, deren Voraussetzungen aber nicht erfüllt sind (vgl. dazu E. 5 hievor). Mithin liegen nach Ansicht des Kantonsgerichts - unabhängig von der Frage der hinreichenden Schadenssubstanziierung - die Voraussetzungen für eine Haftung der Beklagten für das negative Vertragsinteresse aus "culpa in contrahendo" nicht vor. Offen bleiben kann daher auch die Frage, ob der Kläger überhaupt kumulativ das positive und das negative Vertragsinteresse geltend machen kann.

Die Frage nach der grundsätzlichen Haftung der Beklagten ist daher - im Unterschied zur Vorinstanz - vollumfänglich zu verneinen. Damit ist der Klage jegliche Rechtsgrundlage entzogen.

...

### **9. Zusammenfassung**

Die Parteien haben zwar am 03./04.05.2007 einen gültigen Mietvertrag abgeschlossen, dies jedoch unter einer Suspensivbedingung, die sich nicht erfüllt hat. Die Voraussetzungen für einen fingierten Bedingungseintritt gemäss Art. 156 OR sind nicht erfüllt. Der Vertrag wurde somit nie wirksam, weshalb der Kläger auch nicht die Rechte nach Art. 107 OR ausüben konnte und keinen Schadenersatz fordern kann. Auch die Voraussetzungen einer Haftung der Beklagten aus "culpa in contrahendo" sind im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Im Übrigen wäre der insoweit geltend gemachte Schaden nicht rechtsgenügend substantiiert worden. Aus diesen Gründen ist die Berufung abzuweisen.

(Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, vom 18. Juni 2013; bestätigt in Urteil des BGer 4A\_449/2013 vom 19. Februar 2014)

## Art. 253 ss CO

# 2. Prolongation « de fait » du bail – demande de baisse de loyer

**Une procédure de contestation introduite par les locataires peut suspendre les effets de la résiliation jusqu'à décision définitive et exécutoire. Néanmoins, il ne s'agit que d'une prolongation « de fait » du bail qui ne saurait être assimilée à une prolongation au sens des art. 272 ss CO. Durant cette période, l'indemnisation versée ne ressort plus des art. 257 ss CO et ne peut faire l'objet d'une demande de baisse de loyer.**

### Exposé des faits

Les parties sont liées par un contrat de bail à loyer dès le 1<sup>er</sup> janvier 2010 portant sur la location d'un appartement indépendant dans une villa sise à M. Le loyer a été fixé à fr. 3200.– par mois.

Le 30 août 2011, le bailleur a résilié le bail avec effet au 31 décembre 2011. Par jugement du 30 mars 2012, le tribunal des baux du canton de Vaud a, notamment, constaté la validité de dite résiliation et accordé aux locataires une seule et unique prolongation de bail jusqu'au 30 septembre 2012. Ce jugement a été confirmé par un arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du 23 novembre 2012, puis un arrêt du Tribunal fédéral du 26 mars 2013, ce qui implique que la relation contractuelle de bail à loyer existant

entre les parties a effectivement pris fin au terme de la prolongation judiciaire accordée, soit le 30 septembre 2012.

Le 16 novembre 2012, les locataires ont adressé au Tribunal des baux du canton de Vaud une demande selon laquelle le loyer doit être fixé à fr. 2795.– par mois dès le 1<sup>er</sup> janvier 2013 et que le bailleur doit restitution des montants trop perçus.

Par jugement du 27 septembre 2013, le Tribunal des Baux du canton de Vaud a rejeté la demande des locataires.

## **Extrait des considérants**

Attendu que les demandeurs, locataires et le défendeur, bailleur, ont conclu le 5 décembre 2009 un bail à loyer portant sur un appartement indépendant de 170 m<sup>2</sup> dans la villa sise route du M à M.,

que ce bail a commencé le 1<sup>er</sup> janvier 2010 pour se terminer le 31 décembre 2010, se renouvelant ensuite aux mêmes conditions d'année en année, sauf avis de résiliation de l'une ou l'autre des parties donné et reçu au moins quatre mois à l'avance pour la prochaine échéance,

que le loyer mensuel net a été fixé à 3200 francs,

que par formules officielles du 30 août 2011, le défendeur a résilié le bail qui le liait aux demandeurs avec effet au 31 décembre 2011,

que par jugement rendu le 20 mars 2012, le tribunal de céans a, notamment, constaté la validité de dites résiliations et accordé aux demandeurs une seule et unique prolongation de bail jusqu'au 30 septembre 2012,

que ce jugement a été confirmé par un arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du 23 novembre 2012, puis par un arrêt du Tribunal fédéral du 26 mars 2013,

que les demandeurs sont ainsi définitivement déboutés de leur action en contestation du congé signifié par le défendeur,

que partant, la relation contractuelle de bail à loyer existant entre les parties a effectivement pris fin au terme de la prolongation judiciaire accordée, soit au 30 septembre 2012;



attendu que les demandeurs réclament une baisse de loyer de 405 francs par mois dès le 1<sup>er</sup> janvier 2013, en se fondant sur la baisse du taux hypothécaire et la variation de l'indice suisse des prix à la consommation depuis la dernière fixation du loyer,

qu'ils requièrent ainsi implicitement, et selon toute vraisemblance, l'application de l'article 270a alinéa 1<sup>er</sup> CO, lequel prévoit que le locataire peut contester le montant du loyer et en demander la diminution pour le prochain terme de résiliation, s'il a une raison d'admettre que la chose louée procure au bailleur un rendement excessif au sens des articles 269 et 269a CO, à cause d'une notable modification des bases de calcul, résultant en particulier d'une baisse des frais,

que le défendeur estime pour sa part que les règles relatives au contrat de bail ne sont pas applicables en l'espèce, dès lors qu'il n'existe plus de relation contractuelle entre les parties,

que le tribunal ne peut qu'abonder dans ce sens,

qu'en effet, la disposition légale précitée se trouve dans le chapitre II (« Protection contre les loyers abusifs ou d'autres prétentions abusives du bailleur en matière de baux d'habitations et de locaux commerciaux ») du titre huitième (« Du bail à loyer ») du Code des obligations,

que l'existence d'un contrat de bail à loyer valable entre les parties en est ainsi une condition d'application nécessaire,

qu'a fortiori, cette condition doit être réalisée au moment où la diminution de loyer doit déployer ses effets,

que lorsqu'un contrat de bail est résilié, il prend fin à l'échéance contractuelle prévue par les parties, respectivement à l'expiration de la durée de prolongation fixée par le juge (art. 266a al. 1<sup>er</sup> et 266 al. 1<sup>er</sup> CO; cf. également art. 272c al. 2 1<sup>ère</sup> phrase CO et LACHAT, *Le bail à loyer*, Lausanne 2008 [cité ci-après: LACHAT, *Bail*], pp. 765 et 789),

qu'en l'espèce, les demandeurs réclament une baisse de loyer pour la période du 1<sup>er</sup> janvier au 30 avril 2013,

qu'or, comme on l'a vu supra, le contrat de bail entre parties a effectivement pris fin au 30 septembre 2012, terme de la prolongation accordée,

que depuis cette date, les demandeurs ont donc perdu le statut de locataires puisqu'ils ne sont plus titulaires d'un bail,

qu'ils ne sauraient en conséquence se prévaloir encore d'une prétention découlant des articles 253 et suivants CO, à plus forte raison lorsque celle-ci est destinée à déployer ses effets postérieurement à la fin du contrat,

que la procédure de contestation introduite par les demandeurs a certes suspendu les effets de la résiliation jusqu'à décision définitive et exécutoire, en l'occurrence jusqu'au moment de l'entrée en force, le 26 mars 2013, de l'arrêt du Tribunal fédéral (art. 61 LTF),

qu'il s'agit toutefois d'une prolongation « de fait » du bail pendant la durée de la procédure (ATF 104 II 311, JT 1979 I 495; LACHAT, Bail, p. 759), qui ne saurait être assimilée à une prolongation de bail au sens des articles 272 et suivants CO, et en particulier bénéficiant de la réserve de l'article 272c alinéa 2, 2<sup>ème</sup> phrase CO,

que les effets du congé ne sont ainsi que provisoirement suspendus, jusqu'à ce que le sort de la contestation du congé soit définitivement scellé,

qu'ainsi, lorsque la procédure dépasse l'échéance du bail, le locataire peut continuer à occuper les locaux, moyennant une contrepartie financière correspondant généralement au loyer,

que cela ne signifie cependant pas qu'il s'agisse d'un loyer en tant que tel (voir mutatis mutandis le raisonnement suivi par la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal, notamment arrêt n° 464 du 29 novembre 2010 et arrêt n° 319 du 2 septembre 2010),

que l'indemnisation versée en l'absence d'un bail valable ne ressort en effet plus des articles 257 et suivants CO,

que son fondement juridique doit être recherché dans les règles sur l'enrichissement illégitime, voire dans celles de la responsabilité contractuelle, question qui peut en l'espèce rester ouverte,

qu'au vu de ce qui précède, la demande de baisse de loyer sollicitée par les demandeurs pour le 1<sup>er</sup> janvier 2013 est ainsi manifestement infondée, qu'elle doit dès lors être rejetée;

attendu que, la demande de baisse de loyer étant rejetée, le tribunal n'a pas à statuer sur la conclusion des demandeurs en restitution des parts de loyer perçues en trop depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013.

(Jugement du Tribunal des baux du canton de Vaud du 27 septembre 2013)

## Art. 62, 120, 257a, 260a OR

### 3. Gültige Vereinbarung über Nebenkosten?

**Genügt der handschriftliche Vermerk im Mietvertrag „zulasten der Mieter“ um eine Forderung auf Bezahlung der Nebenkosten einer vermieteten Stockwerkeigentumswohnung zu begründen? Die Frage wurde verneint und darum die Rückforderung der geleisteten Beträge gestützt auf ungerechtfertigte Bereicherung geprüft. Beide Parteien machen die Verrechnung geltend.**

#### Sachverhalt

Die Mieter haben am 7. Februar 2011 einen schriftlichen Mietvertrag über die Wohnung des Vermieters unterzeichnet. Die Wohnung befindet sich im Stockwerkeigentum des Vermieters. Mietbeginn war der 1. März 2011 und der Mietzins betrug 1600 Franken pro Monat. In Ziffer 4.2 werden die Nebenkosten geregelt. Von den dort aufgeführten Positionen wurde keine angekreuzt. Allerdings wurde handschriftlich „zulasten des Mieters“ angebracht. In der Folge bezahlten die Mieter zu Gunsten des Vermieters am 2. September 2011 erstmals 1900 Franken Nebenkosten direkt an die Stockwerkeigentümergeinschaft. Am 29. Februar 2012 bezahlten sie weitere 1900 Franken, sowie am 15. Mai 2012 einen Restbetrag in der Höhe von Fr. 1142.15, total also Fr. 4942.15. Am 17. August 2012 teilten die Mieter dem Vermieter mit, sie seien der Meinung, dass sie seit Mietbeginn Nebenkosten bezahlen, die im Mietvertrag nicht ausgeschieden sind und verlangten die Rückerstattung der bezahlten Nebenkosten. Der Vermieter ist der

Ansicht, dass die Übernahme der Nebenkosten im Mietvertrag vereinbart worden sei. Den Mietern hätte bewusst sein müssen, dass die 1600 Franken nicht eine Bruttomiete sein könne und dass noch Nebenkosten dazu kommen müssen. Der handschriftliche Vermerk sei diesbezüglich genügend klar. Zudem hätten sich die Mieter mit der Bezahlung der Nebenkosten mit deren Übernahme einverstanden erklärt. Am 21. September 2012 wandten sich die Mieter an die Schlichtungsstelle, welche mit Beschluss vom 17. Oktober 2012 feststellte, dass zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden könne und die Klagebewilligung ausstellte. Daraufhin reichten die Mieter am 1. November 2012 Klage vor der Einzelrichterin des Kantonsgerichts ein und forderten die Rückzahlung der zuviel bezahlten Nebenkosten nebst Zins. Der Vermieter beantragte die Abweisung, eventualiter die Verrechnung mit nicht bezahlten Mietzinsen für Februar bis Mai 2013, total 6400 Franken.

## Aus den Erwägungen

### 2. Gültigkeit der Nebenkostenabrede

...

#### 2.2 Rechtliches

Gemäss Art. 257a Abs. 1 OR sind die Nebenkosten das Entgelt für die Leistungen des Vermieters, die mit dem Gebrauch der Mietsache zusammenhängen. In Abs. 2 wird festgehalten, dass die Nebenkosten vom Mieter nur dann bezahlt werden müssen, wenn diese mit dem Vermieter vereinbart wurden. Ohne besondere Vereinbarung sind somit sämtliche anfallenden Nebenkosten mit dem Mietzins bereits abgegolten (vgl. LACHAT u.a., Mietrecht für die Praxis, Zürich 2009, S. 236). Der Mietvertrag muss die Nebenkosten, welche zulasten des Mieters gehen, genau umschreiben, so dass es bei einem Vertragsabschluss leicht verständlich ist, welche Kosten zusätzlich zum Mietzins übernommen werden müssen (BGE 135 III 591 E. 4.3.1; LACHAT u.a., Mietrecht für die Praxis, Zürich 2009, S. 240). Eine Abrede, wonach der "Mieter alle Nebenkosten" zu tragen hat, oder dass "sämtliche Nebenkosten zulasten der Mieterschaft" gehen, bezeichnet keine eindeutig bestimmbaren Nebenkosten (BGer vom 7.4.1999 in mp 2/99 S. 81/82; BGE 121 III 460). Ebenfalls ungültig ist eine Vereinbarung, wonach der Mieter einer Stockwerkeigentümergeinschaft neben dem Nettomietzins für sämtliche Kosten aufzukommen hat, die dem Vermieter als Stockwerkeigentümer in Rechnung gestellt werden (LACHAT

u.a., Mietrecht für die Praxis, Zürich 2009, S. 240). Hier fehlt die Aufzählung der Kosten im Einzelnen ebenfalls.

Die Bezahlung von mietvertraglich nicht ausgeschiedenen Nebenkosten während mehrerer Jahre, bedeutet keine Anerkennung und insbesondere keine konkludente vertragliche Ausscheidung der entsprechenden Nebenkosten im Sinne von Art. 257a Abs. 2 OR (LACHAT u.a., Mietrecht für die Praxis, Zürich 2009, S. 239).

### 2.3 Würdigung

Der Mietvertrag vom 07.02.2011 enthält keine genaue Umschreibung der Nebenkosten, welche vom Mieter übernommen werden müssen. Im Mietvertrag werden zwar einige Positionen aufgelistet, die als Nebenkosten angekreuzt und dadurch zum Vertragsinhalt gemacht werden können. Keines dieser Felder wurde aber angekreuzt oder ein Betrag eingesetzt. Stattdessen enthält der Mietvertrag unter der Position „Nebenkosten“ den handschriftlichen Vermerk „zulasten des Mieter“ (act. 4/1). Diese Formulierung genügt den Anforderungen an die Umschreibung der Nebenkosten nicht. Die Mieter mussten aufgrund des Mietvertrags nicht damit rechnen, dass zusätzlich zu der Bruttomiete von 1600 Franken noch Nebenkosten geschuldet sind. Aus der irrtümlichen Bezahlung der Nebenkosten von Fr. 4942.15 durch die Mieter kann der Vermieter, wie dargelegt, nichts zu seinen Gunsten ableiten. Die Vereinbarung, wonach die (nicht näher bezeichneten) Nebenkosten „zulasten des Mieter“ gehen, ist damit ungültig, weshalb die Mieter keine Nebenkosten bezahlen mussten.

## 3. Rückforderung der zu viel bezahlten Nebenkosten aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung

### 3.1 Verjährung

Der Vermieter macht geltend, ein allfälliger Rückforderungsanspruch sei aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung bereits verjährt, insbesondere in Bezug auf die ersten beiden Zahlungen vom 02.09.2011 und 29.02.2012.

Die einjährige Verjährungsfrist beginnt gemäss Art. 67 Abs. 1 OR zu laufen, sobald der Entreicherte von seinem Anspruch Kenntnis erlangt. Eine Verjährungsunterbrechung gemäss Art. 135 Ziff. 2 OR ist durch eine Schuldbetreibung, ein Schlichtungsgesuch (Ladung zu einem amtlichen Sühneversuch) oder eine Klage an das Gericht, möglich.

An Schranken erklärte die Mieterin 2, Frau R, dass sie erst nach der Zahlung der 3. Rechnung, nach einem Gespräch mit X, erfahren hatten, dass sie die Nebenkostenabrechnung gar nicht bezahlen müssten. Diese Aussage ist glaubhaft. Bei X handelt es sich um RA X, welcher die Mieter aufgrund

seiner Fachkenntnisse über ihren Irrtum aufklären konnte. Die Verjährung begann damit frühestens nach Bezahlung der 3. Rechnung am 16.05.2012 zu laufen. Die Verjährungsfrist wurde mit dem Zahlungsbefehl am 30.08.2012 rechtzeitig unterbrochen. Der Anspruch der Mieter ist somit nicht verjährt.

### 3.2 Ungerechtfertigte Bereicherung

Leidet ein Vertrag an einem Mangel der Entstehung, so sind bereits erbrachte Leistungen grundsätzlich nach den Regeln der Vindikation und der ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuerstatten (BGE 134 III 438 E. 2.4 mit weiteren Verweisen). Gemäss Art. 62 OR hat, wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines anderen bereichert worden ist, die Bereicherung zurückzuerstatten. Leistet jemand in Unkenntnis eines nichtigen oder formungültigen Vertrags, so hat er einen Rückforderungsanspruch (SCHULIN, Basler Kommentar OR I, Basel 2011, Art. 63 N. 3). Dies gilt auch für Mietnebenkosten, wobei der Schuldner sich in einem Irrtum über die Zahlungspflicht befunden haben muss (SCHULIN, Basler Kommentar OR I, Basel 2011, Art. 63 N. 3a).

Die Mieter zahlten die Nebenkostenabrechnungen, die sie von der Stockwerkeigentümergeinschaft erhielten, ohne zu wissen, dass die Vereinbarung über die Nebenkosten ungültig war. Sie irrten sich über die Rechtslage. Erst zu einem späteren Zeitpunkt erfuhren sie von einem rechtskundigen Bekannten, dass sie die Nebenkosten gar nicht schuldeten.

Die Wohnung ist Teil einer Stockwerkeigentümergeinschaft und steht im Eigentum des Vermieters. Die Nebenkostenabrechnung wurde den Mietern direkt zugestellt und von diesen an die Stockwerkeigentümergeinschaft bezahlt. In dieser Dreieckskonstellation ist der Vermieter ungerechtfertigt bereichert worden, da die Mieter die Nebenkosten nicht schuldeten und somit eine Schuld des Vermieters beglichen. Durch die Zahlung dieser Nichtschuld wurden die Mieter entreichert. Ungerechtfertigt ist die Bereicherung, da die der Zahlung zugrunde liegende Nebenkostenabrede ungültig war. Die Mieter können daher die von ihnen bezahlten Nebenkosten in der Höhe von Fr. 4942.15 gestützt auf Art. 62 ff. OR zurückfordern. Die Klage wird daher gutgeheissen.

...

## 5. Verrechnungsforderungen

### 5.1 Nicht bezahlte Mietzinse

Der Vermieter macht für den Fall, dass die Klage gutgeheissen wird, eine Eventualverrechnung (Die Eventualverrechnung wird an letzter Stelle geprüft, wenn alle andere Einwände nicht zu einer Abwendung der Klage führten; ZELLWEGER-GUTKNECHT, Berner Kommentar, Band VI, Bern 2012, Art. 120-126 OR N 202) mit nicht bezahlten Mietzinsen (Februar, März, April, Mai 2013), total 6400 Franken, geltend. Die Mieter bestätigen, dass sie diese Mietzinsforderungen nicht bezahlt haben. An Schranken wandten die Mieter dagegen ein, dass ihnen der Vermieter diese Mietzinszahlungen gestundet habe. Dieser Einwand wurde aber nicht weiter ausgeführt, weshalb er nicht genügend substantiiert, geschweige denn bewiesen ist.

Die Eventualverrechnung ist zulässig, wenn eine Mietzinsforderung mit einer Gegenforderung des Vermieters gegenüber dem Mieter verrechnet werden kann (LACHAT u.a., Mietrecht für die Praxis, Zürich 2009, S.221). Die Voraussetzungen für die Verrechnung werden in Art. 120 Abs. 1 OR festgehalten. Die Forderungen müssen demnach zwischen den gleichen Parteien bestehen und zudem gleichartig sein, so wie beispielsweise Geldforderungen (PETER, Basler Kommentar OR I, Basel 2007, Art. 120 N 5 ff). Die Verrechnungsforderung (Forderung des Schuldners, welche der Hauptforderung des Gläubigers entgegengestellt wird) muss fällig und einklagbar sein (PETER, Basler Kommentar OR I, Basel 2007, Art. 120 N 4). Zudem muss die Verrechnung erklärt worden sein und es darf kein Verrechnungsausschluss der Parteien vorliegen (PETER, Basler Kommentar OR I, Basel 2007, Art. 120 N 6 ff). Die Mietzinszahlungen sind gemäss Art. 257c OR am Ende des Monats fällig. Die Mietzinse wurden seit mehreren Monaten zugestandenermassen nicht bezahlt und sind somit sowohl fällig als auch einklagbar.

Die Verrechnung wurde in der Hauptverhandlung vom 28.06.2013 erklärt. Die vom Vermieter geltend gemachte Verrechnung ist somit zulässig.

### 5.2 Wertvermehrnde Investitionen

Die Mieter erklärten während der Hauptverhandlung ihrerseits die Verrechnung mit wertvermehrnden Investitionen, die sie mit 12 000 Franken bezifferten. Sie bringen vor, dass sie unter anderem einen Kochherd und einen Geschirrspüler in die Wohnung haben einbauen lassen und diese auch selber bezahlt haben.

Nach Art. 267 Abs. 1 OR ist der Mieter uneingeschränkt verpflichtet, die Mietsache in dem Zustand zurückzugeben, die sich aus dem vertragsgemässen Gebrauch ergibt. Das heisst, dass Erneuerungen und Änderungen an einer Mietsache nicht unbewilligt durchgeführt werden dürfen (SVIT-Kommentar, Zürich 2008, Art. 260-260a Rz. 58). Wertvermehrende Investitionen können nur dann vom Vermieter zurückgefordert werden, wenn dieser seine Zustimmung zur Änderung an der Mietsache schriftlich erteilt hat (Art. 260a Abs. 1 OR). Dies gilt selbst dann, wenn der Vermieter die Wiederherstellung nicht verlangt (LACHAT u.a., Mietrecht für die Praxis, Zürich 2009, S. 700).

Vorliegend hat der Vermieter nie eine schriftliche Zustimmung zu den Investitionen der Mieter gegeben. Die Mieter behaupten dies auch gar nicht. Es besteht somit kein Anspruch auf Entschädigung der Auslagen der Mieter. Eine Verrechnung mit wertvermehrenden Investitionen ist nicht möglich.

## **6. Rechtsöffnung**

Die Mieter verlangen die definitive Rechtsöffnung der Betreuung Nr. Y des Betreibungsamts B vom 31.08.2012.

Gemäss Art. 124 Abs. 2 OR erlöschen Forderungen mit der Verrechnung. Übersteigt eine Forderung die andere wertmässig, erlischt die kleinere Forderung ganz, während die Differenz zur grösseren bestehen bleibt. Bei einer zulässigen Verrechnung, bleibt also kein Raum für eine Klageanerkennung samt Beseitigung des Rechtsvorschlages (PETER, Basler Kommentar OR I, Basel, 2007, Art. 124 N 5).

Hier wird eine Forderung der Mieter aus ungerechtfertigter Bereicherung mit einer Mietzinsforderung des Vermieters verrechnet. Die Forderung der Mieter von Fr. 4942.15 nebst 5 % Zinsen ab 07.10.2012 für die Rechtsöffnung verlangt wird, ist kleiner als die Gegenforderung des Vermieters von 6400 Franken. Somit wurde die Forderung der Kläger durch die Verrechnung vollständig getilgt. Der Rechtsvorschlag kann daher nicht beseitigt werden.

## **7. Prozesskosten**

**7.1** Die Prozesskosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO)

**7.2** Die Gerichtskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden sie nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Beide Parteien hatten Erfolg mit ihren Ansprüchen und werden somit beide



kostentragungspflichtig. Da beide Parteien jeweils praktisch hälftig obsiegt haben bzw. unterlegen sind, sind die Prozesskosten hälftig auf sie aufzuteilen.

Die Gerichtsgebühr wird entsprechend dem Streitwert und in Anwendung der Richtlinien des Kantonsgerichts über die Gerichtsgebühr auf 900 Franken festgesetzt (Art. 14 Gebührenordnung).

**7.3** Da beide Parteien zu gleichen Teilen obsiegt haben bzw. unterlegen sind, werden die Parteientschädigungen wettgeschlagen.

Die von den Mietern geleisteten Kostenvorschüsse von total 600 Franken werden in Anwendung von Art. 111 Abs. 1 ZPO mit den Gerichtskosten verrechnet. Den Mietern steht ein Rückgriffsrecht im Umfang von 150 Franken gegenüber dem Vermieter zu (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

(Urteil des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden vom 10. September 2014)

## Art. 257d, 271 f. OR

# 4. Kündigung der Wohnung wegen Vogelfütterns

**Aufgrund der Taubenfütterung und des Zahlungsrückstands wurde der Mieterin nach wiederholter Abmahnung gekündigt. Der Einwand der Mieterin, die Kündigung sei erfolgt, weil sie Forderungen aus dem Mietverhältnis geltend gemacht habe, wurde nicht geteilt.**

### Sachverhalt

Am 12. November 2008 haben die Parteien einen Mietvertrag mit Mietbeginn per 1. Januar 2009 abgeschlossen. Das Mietverhältnis wurde per Ende Juli 2013 von der Vermieterin aufgelöst. Die Mieterin hat die Kündigung am 17. Mai 2013 angefochten. Weil die Mieterin den Urteilsvorschlag der Schlichtungsbehörde abgelehnt hat, erhob sie am 11. September 2013 fristgerecht Klage beim Einzelrichter des Kreisgerichts St. Gallen. Dieser hat die Kündigung als gültig betrachtet. Dagegen erhob die Mieterin am 28. Februar 2014 Berufung beim Kantonsgericht St. Gallen.

Die Mieterin behauptet, die Kündigung sei erfolgt, weil sie auf verschiedene Mängel an der Mietsache hingewiesen habe (Flecken auf den Spannteppichen beim Einzug, Feuchtigkeitsschäden an der Wand zwischen Dusche und Gang, Entstopfung der Dusche). Zudem habe sie die Änderung des Zahlungsmodus mit einem Vertreter der Vermieterin besprochen.

Die Vermieterin bestreitet, dass die Kündigung erfolgt sei wegen der Reklamationen der Mieterin oder wegen der Übernahme zweier Rechnungen

der Handwerker zur Behebung der Mängel. Ursache der Kündigung seien vielmehr die vielen Abmahnungen wegen teurer Schutzmassnahmen gegen Taubenkot, verursacht durch die Taubenfütterung der Mieterin und wegen Zahlungsverzugs gewesen.

Die Kündigung ist form- und fristgerecht erfolgt.

## Aus den Erwägungen

3. Nach Art. 271 Abs. 2 OR muss die Kündigung auf Verlangen begründet werden. Es handelt sich dabei allerdings nicht um eine Rechtspflicht, sondern in dem Sinn um eine Obliegenheit, dass dann, wenn die Kündigung nicht begründet wird oder sich der Grund als vorgeschoben erweist, ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben vorliegt (BSK OR I-Weber, Art. 271/271a N 32; ZK-Higi, N 61 zu Art. 271 OR; LACHAT/THANEI, a.a.O., N 29/3.1).

Im vorliegenden Fall begründete die Vermieterin ihre Kündigung in der Stellungnahme vom 26. Juni 2013 zuhanden der Schlichtungsstelle mit "Taubenkot", "Balkonbepflanzung", "Kehricht" und "Ausstehende Mietzinszahlung": Trotz wiederholter mündlicher und schriftlicher Abmahnung mit Kündigungsandrohung habe die Mieterin weiterhin Tauben gefüttert, wodurch sich vor dem Mietobjekt und insbesondere vor dem darunterliegenden Geschäftslokal eine besondere Häufung von Taubenkot ergeben habe. Am 11. Oktober 2011 habe die Mieterin sodann ermahnt werden müssen, ihre Blumenkisten auf der Innenseite des Balkons zu montieren, weil es durch die Balkonbepflanzung auf der Aussenseite zu Verunreinigungen der Balkone und Sitzplätze der darunterliegenden Mieter gekommen sei. Leider habe die Hausverwaltung ferner feststellen müssen, dass die Mieterin für ihren Kehricht nicht die gebührenpflichtigen Abfallsäcke verwendet, im Container fremde Abfallsäcke aufgerissen und den Müll offen im Container verteilt habe. Schliesslich sei die Mieterin seit Mai 2012 mit der Bezahlung eines Mietzinses in Verzug. Von dieser Begründung, deren Stichhaltigkeit die Mieterin mit dem Argument bestreitet, der wahre Grund für die Kündigung sei gewesen, dass sie Ansprüche aus dem Vertrag geltend gemacht und insbesondere die Behebung von Mängeln verlangt bzw. veranlasst habe, ist auszugehen und es ist im Folgenden zu prüfen, ob die von der Vermieterin geltend gemachten Motive die Kündigung sachlich zu begründen vermögen (nachfolgend E. 4) bzw. wie es sich mit den von der Mieterin unterstellten Kündigungsgründen (nachfolgend E. 5) verhält.

**4. a)** Zur Taubenfütterung führt die Vermieterin aus, die Mieterin habe die Tauben das ganze Jahr über und häufig mit Essensresten direkt aus dem Küchenfenster der Wohnung im 3. Stock der Liegenschaft gefüttert, was zu einer massiven Verkotung hauptsächlich auf den Vordächern und dem Hauseingang geführt habe. Die Mieterin bestreitet die Fütterung der Tauben ebenso wenig wie die entsprechenden Abmahnungen in den Schreiben der Vermieterin vom 3. Januar 2011, 22. Juli 2011 und 11. Oktober 2011. Sie macht aber geltend, sie habe bei H. jeweils spezielles Vogelfutter gekauft, das sie in den Wintermonaten an jener Stelle, an welcher in den schneefreien Jahreszeiten eine Grünfläche das Trottoir vor dem Haus von der Fahrbahn der R.-Strasse trenne, an die hier überwinterten Vögel verfüttert. Sie habe aber nie etwas aus dem Fenster oder vom Balkon geworfen.

**aa)** Mit Schreiben vom 3. Januar 2011 teilte die Vermieterin der Mieterin mit, im Jahr 2010 habe sie die Wohnung besichtigt und die Mieterin betreffend die Fütterung der Tiere und die Verunreinigung durch Vogelkot abgemahnt. Es sei nun der Vermieterin gemeldet worden, dass die Mieterin immer wieder Essensreste aus dem Fenster werfe, um die Tiere zu füttern. Offensichtlich füttere sie die Tiere immer noch. Der Eingangsbereich sei voller Vogelkot und müsse immer wieder gereinigt werden. Am 27. Mai 2011 liess die Vermieterin Taubenschutz-Stacheln auf den Vordächern der Liegenschaft R.-Strasse x, y und z montieren, wobei Kosten von Fr. 1101.40 resultierten. Am 5. Juli 2011 sodann liess sie den Taubenkot auf dem Trottoir vor der Liegenschaft R.-Strasse x, y und z mit Hochdruck reinigen und am 7. Juli 2011 holte sie eine Offerte betreffend das Montieren von Taubenschutz auf den Vordächern der Liegenschaft R.-Strasse x, y und z über Fr. 4700.15 ein. In einer zweiten schriftlichen Abmahnung vom 22. Juli 2011 orientierte die Vermieterin die Mieterin über die getroffenen Massnahmen, mahnte sie ein weiteres Mal betreffend Taubenfütterung ab und kündigte ihr an, dass sie ihr die Kosten für die Reinigungsarbeiten mit Hochdruckgeräten weiter verrechnen und das Mietverhältnis kündigen werde, wenn sie weiterhin die Tiere füttere. Mit Schreiben vom 11. Oktober 2011 an die Mieterin hielt die Vermieterin schliesslich fest, sie habe die Mieterin mit diversen Schreiben und Telefongesprächen darauf aufmerksam gemacht, dass sie die Tauben nicht mehr füttern dürfe. Trotz mehrfacher Zusicherungen der Mieterin, dass sie die Tiere nicht mehr füttern werde, gebe es immer noch Reklamationen der Mitmieter. Sie, die Vermieterin, hoffe, "endlich keine Reklamationen (...) mehr zu erhalten". Gemäss Angaben der Vermieterin liess sie im Frühjahr 2013, d.h. rund anderthalb Jahre später, die drei Vordächer umfassend mit Taubenschutzstacheln ausrüsten, was Kosten von 17 000 Franken verursachte.

An der vorinstanzlichen Verhandlung vom 28. November 2013 erklärte die Mieterin, dass sie “von Oktober bis manchmal April“, d.h. nur im Winter, die Vögel mit Vogelfutter, nicht aber mit Brot und Essensresten, vor dem Haus zwischen Trottoir und Wiese füttere. Die Vermieterin führte (demgegenüber) aus, es habe wegen des Taubenkots immer wieder telefonische Reklamationen der anderen Mieter und seitens der Hausreinigungsfirma, dann aber auch – wegen der Kunden – seitens der D-Factory und der O-AG gegeben. Sie (Vermieterin) hätten der Mieterin deswegen telefoniert, und zwar – auf die Frage des Einzelrichters, weshalb der Mieterin telefoniert worden sei –, weil die Mieter ihr (Vermieterin) gesagt hätten, “dass es aus dem 3. Stock komme“. Die Mieterin habe ihr bestätigt, dass sie es so mache, weil sie Erbarmen mit den Vögeln habe.

**bb)** Die Mieterin räumt selber ein, dass sie die Vögel, insbesondere Tauben, von Oktober bis April füttere, und zwar unmittelbar im Eingangsbereich der R.-Strasse y zwischen Trottoir und Wiese. Sie hat unbestrittenermassen die drei Abmahnschreiben im Jahre 2011 erhalten und hat deren Inhalt nicht substantiiert – weder nach Erhalt der Schreiben, noch im vorliegenden Verfahren – bestritten. Insbesondere hat sie nicht in Abrede gestellt, dass als Folge der Verkotung vor dem Haus, in dem sich Ladengeschäfte befinden, der Eingangsbereich mit erheblichem Aufwand gereinigt werden musste. Nachvollziehbar ist in diesem Zusammenhang die Argumentation der Vermieterin, dass eine regelmässige Fütterung der Tauben diese anziehe, was eine Verkotung des Platzes, wo sie sich aufhielten, zur Folge habe. Die Vermieterin hat denn auch im Jahr 2013 mit Kosten von 17 000 Franken einen Taubenschutz an der Liegenschaft x, y und z anbringen lassen. Ungeachtet dessen, ob die bestrittene Behauptung der Vermieterin, die Mieterin werfe Essenreste direkt aus dem Küchenfenster ihrer Wohnung im 3. Stock, zutrifft oder nicht, legt die Vermieterin damit einen sachlichen Grund für die Kündigung dar. Es verstösst nicht gegen Treu und Glauben, einer Mieterin, die trotz drei schriftlichen Abmahnungen weiterhin Vögel / Tauben füttert und damit zur Verkotung der Mietliegenschaft beiträgt, zu kündigen; einem Vermieter ist nicht zuzumuten, die Mitverursachung der Verschmutzung des Mietobjekts und der entsprechenden Behebungskosten durch das Verhalten der Mieterin hinzunehmen.

**b)** Die Vermieterin macht geltend, der chronische Zahlungsverzug der Mieterin (14 Kündigungsandrohungen vom 22. Mai 2012 bis 23. September 2013) sei ein weiterer massgeblicher Grund für die ordentliche Kündigung gewesen. Die ausserordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs nach Art. 257d OR sei zwar jeweils angedroht worden, jedoch sei deren Aussprechung nie erfolgt, da die Mieterin jeweils deutlich zu spät, aber gerade

noch rechtzeitig innerhalb der gesetzlichen Zahlungsfrist von 30 Tagen bezahlt habe.

**aa)** Die Vorinstanz verwies in ihrer Begründung auch auf die Mahnungen wegen des Zahlungsverzugs und hielt fest, dass “angesichts der zahlreichen Abmahnungen“ nicht von einer Schikanekündigung ausgegangen werden könne. Die Mieterin äussert sich dazu in der Berufung nur in allgemeiner Weise, nachdem sie noch in der Verhandlung vom 28. November 2013 ausgeführt hatte, sie habe sich mit Herrn S., der gemäss Angaben der Vermieterin Buchhaltungsassistent bei der Vermieterin ist, abgesprochen, weil ihr Geld gestohlen worden sei. Sie habe ihn auch gebeten, die automatischen Briefe im System abzuschalten. Herr S. habe ihr gesagt, dies sei aus technischen Gründen nicht möglich. Sie solle aber einfach regelmässig den Mietzins zahlen; den einen Mietzins werde sie zum Schluss noch zahlen müssen, obschon die Wohnung schon abgegeben sei, damit über die ganze Mietdauer der Mietzins bezahlt sei. So sei man verblieben. Die Vermieterin bestritt eine solche Aussage ihres Buchhaltungsassistenten. Selbst wenn sie aber zutreffen würde, hätte die Mieterin erkennen können und müssen, dass Herr S. nicht befugt gewesen sei, solche Zusagen zu machen. Vielmehr seien der Mieterin auch weiterhin regelmässig Zahlungsverzugsmahnungen mit Kündigungsandrohung zugestellt worden, und die Mieterin habe regelmässig bezahlt, so dass nie eine ausserordentliche Kündigung habe ausgesprochen werden können.

**bb)** Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann eine Kündigung anfechtbar sein, auch wenn sie auf Zahlungsrückstand des Mieters (i.S.v. Art. 257d OR) beruht. Dabei braucht es besondere Umstände, damit sie aufgehoben werden darf. Die Anfechtbarkeit besteht etwa dann, wenn der Vermieter seinem Mieter die Kündigung wegen Nichtbezahlung fälliger Mietzinse oder Nebenkosten androht, bevor er Gewissheit hat, dass dieser den Betrag schuldet (BGE 120 II 31 E. 4b; vgl. LACHAT/THANEI, a.a.O., N 29/4.5. S. 607).

Gemäss Mietvertrag war der Mietzins – im Sinn eines Verfalltags – monatlich im Voraus jeweils zum Monatsersten zu bezahlen. Tatsächlich bezahlte die Mieterin gemäss dem unbestritten gebliebenen Kontoauszug ab Januar 2012 mit bis zu 13 Tagen Verspätung und blieb den Mietzins für Mai 2012 vorerst schuldig, sodass sie am 1. Juni 2012 mit zwei Mietzinsen in Verzug geriet, um anschliessend wieder regelmässig zwischen dem 8. und dem 10. des jeweiligen Monats zu bezahlen. Selbst wenn es die behauptete Abmachung mit dem Buchhaltungsassistenten der Vermieterin betreffend die Verschiebung des Zahlungstermins um einen Monat gegeben hat, kam die Mieterin ihrer Mietzinszahlungspflicht demnach seit Januar 2012 immer

erst mit bis zu 13 Tagen Verspätung nach. Auch diese Verspätung stellt wegen des jeweiligen Zinsverlusts und der damit für die Vermieterin verbundenen Umtriebe im Zusammenhang mit dem Inkasso einen sachlichen Kündigungsgrund dar, weshalb auch offen bleiben kann, ob die Mieterin, die in keiner Weise ausführt, wann und unter welchen Umständen sie mit Herrn S. von der Vermieterin die von ihr behauptete Vereinbarung getroffen hat, ihrer diesbezüglichen Substantiierungspflicht nachgekommen ist.

c) Zusammenfassend steht fest, dass sich die Vermieterin im Zeitpunkt der Kündigung auf zwei sachlich nachvollziehbare Gründe – Fütterung von Vögeln trotz Abmahnung und, etwas weniger gravierend, regelmässiger Zahlungsverzug – stützen konnte und dies auch tat. Nach der eingangs zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts [BGer 4C.365/2006 E 3.2] bedeutet dies, dass die weiteren Kündigungsgründe – “Balkonbepflanzung“ und “Kehricht“ – an sich nicht geprüft werden müssten. Im Sinn der auch vom Bundesgericht gebotenen Gesamtwürdigung und insbesondere auch im Hinblick auf den Einwand der Mieterin, die Vermieterin habe nur deshalb gekündigt, weil sie, die Mieterin, sich gewehrt habe und sich nicht habe mundtot machen lassen, ist darauf allerdings im Folgenden trotzdem einzugehen. °°° [Einwand verneint]

(Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 18. August 2014; bestätigt in BGer 4A\_561/2014 vom 16. Dezember 2014)

## Art. 257f al. 3 CO

# 5. Résiliation anticipée du bail à loyer

**Le fils de la locataire est l'auteur des troubles qui ont amené à la résiliation anticipée du bail. Néanmoins, ses visites n'étaient à l'évidence pas souhaitées par la locataire, qui a pris les mesures que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle pour empêcher son fils de pénétrer chez elle. L'intéressé s'est néanmoins introduit contre la volonté de la locataire chez elle. Le fils de la locataire ne peut dès lors pas être considéré comme un auxiliaire dont la locataire devrait répondre et ses actes ne lui sont pas imputables compte tenu des circonstances particulières de l'espèce.**

## Exposé des faits

Les parties sont liées par un bail à loyer, signé le 11 janvier 2003, portant sur la location d'un appartement de quatre pièces à Genève. La locataire est la mère de deux garçons dont l'aîné, né en 1982, est gravement atteint dans sa santé mentale, sous forme de schizophrénie paranoïde d'intensité sévère.

En 2009, puis en 2010, la locataire a reçu plusieurs avertissements de la bailleuse concernant le comportement de son fils aîné en raison de mégots et de cigarettes encore allumées jetées par les fenêtres des chambres et de la terrasse de son appartement. Le 4 octobre 2010, la bailleuse a déposé plainte pénale contre inconnu pour dommages à la propriété suite aux dégâts constatés concernant plusieurs serrures endommagées avec de la colle.



Par pli recommandé du 30 janvier 2011, une quinzaine de locataires de l'immeuble ont adressé une plainte collective à la régie en raison de comportements déplacés et/ou violents du fils de la locataire.

## Extrait des considérants

3.2 En l'occurrence, la locataire indique dans un premier moyen qu'elle n'est manifestement pas l'auteur des nuisances et qu'elle est victime des agissements de son fils, dont elle ne répond en aucun cas.

Il ressort des différents témoignages que de nombreux mégots, voire des cigarettes encore allumées étaient jetés de l'appartement de l'intimée et atterrissent sur les balcons et jardins privatifs des voisins, créant au passage des dommages aux étages inférieurs. Ces incivilités ne sont pas isolées, puisqu'il a également été question de crachats, de vaisselle tombée du balcon de l'intimée, de cris déchirants, auxquels s'ajoutent des injures proférées par l'intimée ou par son ami. Le fils de l'intimée s'est, selon les dires de celle-ci, échappé de Belle-Idée une quarantaine de fois pour se rendre à son domicile, où il a été trouvé à plusieurs reprises en sous-vêtements et en chaussettes, effrayant ainsi les autres locataires. Ses débordements ont nécessité plusieurs interventions de policiers cagoulés ou de pompiers pour neutraliser le fils de l'intimée, mobilisant parfois l'appartement voisin pour y parvenir.

Ainsi, le fils de l'intimée est l'auteur des troubles. Doit-il être considéré comme son auxiliaire? Tel serait les cas, par exemple, en cas de vie commune ou de sous-location. A l'époque des faits, il était déjà majeur et disposait d'un logement propre situé à la rue du Jura et ne faisait donc pas vie commune avec sa mère. Par ailleurs, la locataire doit se voir opposer les actes des personnes qui lui rendent visite et être amenée à en répondre. Toutefois, elle indique avoir « tout tenté afin de limiter les excès lorsque son fils venait « lui rendre visite », n'hésitant pas à appeler la police en cas de besoin ». L'intimée a également procédé à un changement de serrures et a même déposé une plainte pénale contre son fils. Ces visites n'étaient à l'évidence pas souhaitées par la locataire, qui a pris les mesures que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle pour empêcher son fils de pénétrer chez elle. L'intéressé s'est néanmoins échappé de Belle-Idée et introduit contre la volonté de l'intimée dans l'immeuble. Le fils de l'intimée ne peut dès lors pas être considéré comme un auxiliaire dont la locataire devrait répondre et ses actes ne lui sont pas imputables compte tenu des circonstances particulières de l'espèce.

De plus, le fils de la locataire a été interdit depuis 2008 et un tuteur lui a été nommé en la personne d'une collaboratrice du Service des tutelles d'adultes. L'intimée n'assume par conséquent aucune responsabilité au titre de chef de famille au sens de l'art. 333 CC. Le chef de famille est celui ou celle qui est investi(e) de l'autorité domestique (WESSNER, CR CC I, Bâle, 2010, N 6 ad. art. 333), ce qui n'est pas le cas en l'occurrence, puisque son fils disposait de son propre logement à la rue du Jura et faisait l'objet d'une mesure tutélaire. De surcroît, l'intimée a fait preuve de la diligence requise afin d'empêcher son fils de pénétrer chez elle, mais la maladie mentale de celui-ci l'amenait à s'échapper régulièrement des établissements dans lesquels il séjournait.

**3.3** Au vu de ce qui précède, bien que le fils de l'intimée ait clairement manqué de respect à l'égard des voisins de l'intimée, compte tenu des circonstances très particulières du cas d'espèce, la Cour considère qu'il ne peut pas être considéré comme un auxiliaire de la locataire, d'une part, et que celle-ci a entrepris tout ce qui était humainement possible pour éviter les nuisances qui se sont quand même produites, d'autre part. La première condition nécessaire à la résiliation anticipée, à savoir la violation du devoir de diligence du locataire, n'est dès lors pas remplie.

**3.4** Par ailleurs, l'intimée soutient que les résiliations sont survenues tardivement, soit un an après les avertissements. Le congé anticipé ne peut être donné que si, malgré l'avertissement écrit, le locataire continue ou recommence à enfreindre son devoir de diligence (LACHAT, Le bail à loyer, p. 678). Il n'est donc pas exclu qu'une interruption survienne, ce qui doit être pris en compte pour apprécier l'éventuelle tardiveté dans la réaction du bailleur.

Le laps de temps légèrement supérieur à une année écoulé depuis l'avertissement du 3 février 2010 est susceptible de rendre la résiliation inefficace de ce fait également, mais il n'est pas nécessaire de trancher la question en l'occurrence, la première condition de l'art. 257f al. 3 CO n'étant pas remplie.

**3.5** Les conditions cumulatives de l'art. 257f al. 3 CO n'étant pas réalisées, le jugement entrepris sera confirmé. C'est à bon droit que les premiers juges ont déclaré inefficaces.

(Arrêt de la Chambre des baux et loyers de la Cour de justice du canton de Genève du 16. décembre 2013)

## Art. 259b lit. a, 259d OR

# 6. Fristlose Kündigung und Mietzinsherabsetzung wegen eines Brandes (Rohbaumiete)

**Aufgrund eines technischen Defekts an einem Gerät der Mieterin entstand ein Brand, der die Mieterausbauten zerstörte und das Mietobjekt erheblich beschädigte. Trotz von Seiten der Vermieter durchgeführter Sanierungsmassnahmen am Grundausbau empfand die Mieterin die Räumlichkeiten als vollkommen gebrauchsuntauglich, weshalb diese den Mietvertrag unter Berufung auf Artikel 259b litera a OR fristlos kündigte. Das Urteil behandelt einerseits die Prozessvoraussetzungen einer die Kündigung betreffenden Feststellungsklage und andererseits die Anforderungen und Auswirkungen eines selbst zu verantwortenden Mangels.**

## Sachverhalt

Am 6./16. November 2009 schlossen die Parteien einen Mietvertrag über Räumlichkeiten für den Betrieb eines Solariums und einer Wellness-Anlage inkl. Restauration sowie drei Aussenparkplätze ab. Darin wurde insbesondere auch der im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung zu übernehmende Grundausbau festgeschrieben.

Am 21. Juni 2010 kam es in den gemieteten Räumlichkeiten zu einem Brand, der die von der Mieterin eingebauten Anlagen und Installationen zerstörte und auch das Mietobjekt (Grundausbau) erheblich beschädigte.

Am 28. Oktober 2010 kündigte die Mieterin den Mietvertrag unter Berufung auf Art. 259b lit. a OR fristlos. Die Vermieter akzeptierten die Kündigung jedoch nicht.

Mit Klage vom 31. August 2011 beantragte die Mieterin, es sei festzustellen, dass der zwischen den Parteien abgeschlossene Mietvertrag vom 16. November 2009 durch die Mieterin rechtsgültig per 28. Oktober 2010 gekündigt worden sei. Weiter forderte sie von den Vermietern die Bezahlung von Fr. 18 348.10 nebst Verzugszinsen. Dies zwecks Rückforderung ihrer Mietzinsszahlungen für die Periode vom 22. Juni 2010 bis 31. Oktober 2010 (Art. 259d OR).

Mit Klageantwort vom 12. Januar 2012 beantragten die Vermieter, die Klage sei abzuweisen. Gleichzeitig forderten sie mit Widerklage, die Mieterin habe ihnen Fr. 60 823.25, nebst Verzugszinsen zu bezahlen. Ihre Forderung begründeten die Vermieter mit ausstehenden Mietzinsen für die Periode vom 1. November 2010 bis 31. Januar 2012.

## Aus den Erwägungen

### 2. Feststellungsklage

**2.1** Die Mieterin beantragt, es sei festzustellen, dass der Mietvertrag am 28.10.2010 rechtsgültig gekündigt worden sei. Die Vermieter führen aus, die Mieterin habe kein Interesse an der beantragten gerichtlichen Feststellung.

**2.2** Mit der Feststellungsklage kann die gerichtliche Feststellung, dass ein Recht oder Rechtsverhältnis besteht oder nicht besteht verlangt werden (Art. 88 ZPO). Als Prozessvoraussetzung ist zu beachten, dass die klagende Partei ein schutzwürdiges Interesse an der verlangten Feststellung haben muss (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Die Rechtsprechung verlangt, dass sich das Interesse auf die sofortige Feststellung der strittigen Rechte bezieht, bzw. ein aktueller Konflikt betreffend die fraglichen Rechte besteht (OBERHAMMER, Basler Kommentar, 2010, N 14 zu Art. 88 ZPO). Gegenüber der Leistungs- und Gestaltungsklage ist die Feststellungsklage subsidiär. Kann der Kläger den Rechtsschutz mit einer Leistungs- oder Gestaltungsklage erlangen, hat er kein hinreichendes Interesse an einer Feststellungsklage (OBERHAMMER, a.a.O., N 17 zu Art. 88 ZPO).

**2.3** Die Parteien sind sich nicht einig, ob die Kündigung der Mieterin vom 28.10.2010 das Mietverhältnis beendete oder nicht. Beide Vertragsparteien haben ein Interesse, diese Frage beurteilen zu lassen. Die Mieterin kann die Gültigkeit der Kündigung ausschliesslich mit einer Feststellungsklage klären lassen. Allerdings ist das Feststellungsinteresse der Mieterin weggefallen, nachdem die Vermieter mit ihrer Widerklage für die Zeit nach der strittigen Kündigung Mietzinsen gefordert hatten. Denn bei der Beurteilung der Widerklage ist zunächst die Gültigkeit der umstrittenen Kündigung zu klären. Auf den Feststellungsantrag gemäss Ziffer 1 der Klage ist deshalb nicht einzutreten.

...

### **5. Mangel nach Art. 259a Abs. 1 OR**

**5.1** ... Die Rechtsfolgen der fehlenden oder eingeschränkten Gebrauchstauglichkeit des Mietobjekts während der Vertragsdauer sind in Art. 259a f. OR geregelt (SVIT, Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, 2008, N 8 zu Art. 256 OR). Bei Mängeln am Mietobjekt, die der Mieter weder zu verantworten noch auf eigene Kosten zu beheben hat, oder wenn der Mieter im vertragsgemässen Gebrauch des Mietobjekts gestört wird, kann der Mieter nach Art. 259a Abs. 1 OR verlangen, „dass der Vermieter: ...

b. den Mietzins verhältnismässig herabsetzt;“ ...

**5.2** Wie ausgeführt, konnte das Mietobjekt nach dem Brand mindestens für eine gewisse Zeit nicht mehr genutzt werden, obwohl die Vermieter nach dem Brand unverzüglich Sanierungsmassnahmen einleiteten. Das Mietobjekt war somit zu 100 % im Gebrauch beeinträchtigt. Zu prüfen bleibt, ob der Brand – wie von den Vermietern geltend gemacht wird – von der Mieterin im Sinne von Art. 259a Abs. 1 OR “zu verantworten“ war.

**5.3** Unter vom Mieter zu verantwortenden Mängeln sind solche zu verstehen, die der Mieter oder Personen für die er einstehen muss, vorsätzlich oder fahrlässig verursacht haben. Unter Umständen kann allerdings bereits eine Mitverantwortung des Mieters für den Ausschluss der Mängelrechte genügen. So hat er beispielsweise Störungen und Belästigungen durch andere Hausbewohner im Sinne des Gesetzes zu “verantworten“, wenn er nicht als blosses Opfer solcher Machenschaften erscheint (Urteil BGer 4C.106/2002 vom 18.06.2002, E.3.2-4; WEBER, Basler Kommentar, 2011, N 2 zu Art. 259a OR). Die Rechtsbehelfe von Art. 259a OR stehen dem Mieter unabhängig vom Verschulden des Vermieters zu. Einzig Schadenersatz kann er Mieter nur verlangen, falls der Vermieter seine Nicht- oder Schlechterfüllung verschuldet hat (SVIT, a.a.O., N 67 zu Vorbemerkungen

Art. 258-259i OR). Das Risiko für Mängel, die weder der Mieter zu verantworten noch der Vermieter schuldhaft verursacht hat, trägt der Vermieter. Zufällig oder durch höhere Gewalt entstandene Ereignisse sind folglich dem Vermieter anzulasten (LACHAT/ZAHRADNIK, Mietrecht für die Praxis 2009, 31/5.8).

**5.4** Der Brand brach kurz vor Mitternacht am 21. Juni 2010 aus. Gemäss Polizeirapport vom 30. Juni 2010 lag der Brandherd in einer Kühl- und Gefrierkombination, die sich hinter der Theke im Empfangsbereich des Wellness-Studios befand. Im Polizeirapport wird aufgenommen, dass der Brandfall auf einen elektrotechnischen Defekt zurück zu führen sei. Ein Verschulden infolge einer falschen Bedienung, Wartung oder ähnlichem könne keiner Person nachgewiesen werden. ... Nachdem der Mieterin am Ausbruch des Brandes keinerlei Verschulden nachgewiesen werden kann, ist davon auszugehen, dass es sich bei den Brandfolgen um einen Schaden handelt, der – im Sinne von Art. 259a Abs. 1 OR – nicht vom Mieter zu verantworten ist. Die Mieterin kann somit für die Dauer der Beeinträchtigung des Mietobjekts eine Herabsetzung des Mietzinses verlangen. Solange das Mietobjekt überhaupt nicht nutzbar war, hat sie keinen Mietzins zu bezahlen.

## **6. Dauer der Gebrauchsuntauglichkeit des Mietobjekts**

**6.1** Nach dem Brand hatten die Vermieter die in Ziffer 1.3 des Mietvertrags genannten Bauten und Anlagen zu sanieren bzw. wieder herzustellen, während die Mieterin für den übrigen Innenausbau ihres Betriebs aufzukommen hatte. Diesbezüglich waren sich die Parteien nach dem Brand grundsätzlich einig.

Nach Auffassung der Mieterin hatten die Vermieter die ihnen obliegenden Sanierungsmassnahmen nicht hinreichend erfüllt. Das Mietobjekt weise infolge des Brandes mindestens bis zur Kündigung vom 28. Oktober 2010 einen schweren Mangel auf, der die Gebrauchstauglichkeit ganz ausschliesse. Insbesondere bemängelt die Mieterin giftige Geruchsmissionen. Die problematischen Rückstände durch Russ und Löschwasser seien von den Vermietern nicht gereinigt worden. Nach Auffassung der Vermieter dauerten die von der Vermieterin auszuführenden Sanierungsmassnahmen bis Anfang August 2010. Danach sei das Mietobjekt für die Mieterin wieder nutzbar gewesen. Zwar räumten die Vermieter ein, dass sie die Türen und WCs noch nicht wieder eingebaut haben. Doch dies sei mit der Mieterin abgesprochen worden. Man habe diesbezüglich zugewartet, um diese Massnahmen mit dem von der Mieterin geplanten Innenausbau abzustimmen. In der Folge habe die Mieterin sich jedoch nie gemeldet, weil der Innenausbau unterversichert und deshalb nicht realisierbar gewesen sei.

...

**6.4** ... Mithin ist festzuhalten, dass im August 2010 im Mietobjekt die Brandspuren noch riechbar waren, dass noch Türen und WCs fehlten und einige Wände und Decken schwarze Brandspuren aufwiesen, wie auf den Fotos der Vermieter dargestellt. Im Übrigen war das Lokal in einem gereinigten Zustand, sodass die Mieterin mit dem ihr obliegenden Wiederaufbau der Inneneinrichtung hätte beginnen können. Dass die Vermieter mit einigen – ihnen obliegenden – Arbeiten zuwarteten, um ihre baulichen Massnahmen auf diejenigen der Mieterin abzustimmen, ist nicht zu beanstanden. Wohl wird von X. [Mitarbeiter der Mieterin] bestritten, dass die Mieterin mit dem diesbezüglichen Vorgehen der Vermieter einverstanden gewesen sei. Auf der andern Seite macht die Mieterin nicht geltend, sie habe das Zuwarten der Vermieter kritisiert. Dies hätte sie indes tun müssen, wenn sie mit dem Zuwarten der Vermieter nicht einverstanden gewesen wäre. Denn es erscheint als vernünftig, dass die Vermieter die ihnen obliegenden baulichen Massnahmen mit dem von der Mieterin vorzunehmenden Innenausbau abstimmen wollten. Dass die Mieterin ihrerseits mit dem Innenausbau nicht begonnen hat, ist nicht von den Vermietern sondern von der Mieterin zu verantworten.

**6.5** Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass das Mietobjekt ab August 2010 in einem Zustand war, der es der Mieterin erlaubt hätte, mit dem ihr obliegenden Innenausbau zu beginnen. Nicht nutzbar war das Mietobjekt in der Periode vom 22. Juni bis 31. Juli 2010, mithin während einem Monat und 9 Tagen. Während dieser Zeit hatten die Vermieter keinen Anspruch auf Mietzins. Ausgehend von einem Bruttomietzins von 4267 Franken haben die Vermieter der Mieterin für diese Periode 5547 Franken (= 4267 + 1280 Franken) zurück zu bezahlen.

**6.6** Da verschiedene den Vermietern obliegende Arbeiten auch im August und September 2010 noch ausstanden, ist der Mieterin für diese zwei Monate eine Mietzinsreduktion von 35 % zu gewähren. Die Vermieter haben ihr somit für diese Periode einen Betrag von Fr. 2986.90 (= 2 x 1493.45) zurück zu erstatten. Da die Mieterin ihrerseits den Wiederaufbau ihrer Einrichtung nicht innert angemessener Frist an die Hand nahm, hat sie ab Oktober 2010 allein zu verantworten, dass die von den Vermietern zu leistenden Sanierungsmassnahmen noch ausstanden. Ab diesem Zeitpunkt ist ihr keine Mietzinsreduktion mehr zu gewähren.

...

## **8. Beendigung des Mietverhältnisses**

**8.1** Kennt der Vermieter einen Mangel und beseitigt er ihn nicht innert angemessener Frist, so kann der Mieter nach Art. 259b lit. a OR fristlos kündigen, wenn der Mangel die Tauglichkeit einer unbeweglichen Sache zum vorausgesetzten Gebrauch ausschliesst oder erheblich beeinträchtigt. Der Vermieter muss Mängel innert angemessener Frist beheben, auch wenn er den Eintritt nicht verschuldet hat. Bei schweren Mängeln hat der Vermieter schneller zu handeln. Es ist nicht nötig, dass der Mieter ihm eine Frist ansetzt (SVIT, a.a.O., N 14 zu Art. 259b OR). Die fristlose Kündigung ist möglich, wenn es sich um einen schweren Mangel handelt. Wenn der Vermieter einen schweren Mangel soweit behebt, dass er nicht mehr als schwer zu bezeichnen ist, kann der Mieter nicht mehr kündigen (SVIT, a.a.O., N 20 zu Art. 259b OR). Ob ein Mangel schwer wiegt, bestimmt das Gericht unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles (Urteil BGer 4C.269/2005 vom 16.11.2006, E.4.1)

Die Mieterin macht geltend, das Mietobjekt sei im Zeitpunkt der Kündigung nicht in einem gebrauchsfähigen Zustand gewesen. Sie sei deshalb berechtigt gewesen, das Mietverhältnis fristlos zu beenden.

**8.2** Wie ausgeführt, hatte die Mieterin ab Oktober 2010 selbst zu verantworten, dass die Vermieter noch nicht alle ihnen obliegenden Sanierungsmassnahmen erledigt hatten. Es lag somit im Zeitpunkt der Kündigung vom 28.10.2010 kein schwerer Mangel vor, der zu einer fristlosen Kündigung berechtigt hätte. Die Kündigung der Mieterin erfolgte somit zu Unrecht und bleibt ohne Rechtswirkungen. Gemäss Mietvertrag konnte die Mieterin frühestens auf den 31.10.2014, unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 12 Monaten, kündigen.

**8.3** Zudem wird die Pflicht, den im Vertrag vereinbarten Mietzins zu bezahlen, erst mit der Rückgabe des Mietobjekts beendet. Die Rückgabe der Mietsache bedeutet, dass das Mietobjekt dem Vermieter auch tatsächlich zurückgegeben wird. Dies erfolgt dadurch, dass der Mieter dem Vermieter die ausschliessliche Verfügungsgewalt am Objekt überträgt. Die typische Rückgabehandlung stellt die Übergabe sämtlicher (noch verfügbarer) Schlüssel an den Vermieter dar. Räumt der Mieter das Mietobjekt, gibt er aber die Schlüssel nicht zurück, ist die Rückgabe nicht erfolgt (SVIT, a.a.O., N 3a und 3b zu Art. 267-267a).

Vorliegend hat die Mieterin den Vermietern die Schlüssel des Objekts nicht auf den Zeitpunkt der Kündigung zurückgegeben. Im Dezember 2010 war Y. im Auftrag der Mieterin im Mietobjekt, da die Mieterin eine Beratung



betreffend einen allfälligen Wiederaufbau ihrer Firma gewünscht hatte. Sodann erklärte der Zeuge Z., er habe im Dezember 2011/Januar 2012 im Auftrag der Mieterin im Mietobjekt Rückbauarbeiten vorgenommen. Anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 12.6.2012 war die Mieterin immer noch im Besitz der Schlüssel. All dies zeigt, dass das Mietverhältnis auch seitens der Mieterin nicht per 28.10.2010 beendet wurde.

(Urteil des Bezirksgerichts Luzern vom 18. April 2013)

## Art. 269d CO

# 7. Modification unilatérale du contrat par le bailleur

**Dans un contrat de durée indéterminée, l'introduction d'une échéance finale, même soumise à l'avènement d'une condition suspensive résolutoire, consiste en une modification unilatérale du bail qui a strictement les mêmes effets qu'une résiliation de bail et empêcherait simultanément la locataire de la contester. Conformément à la doctrine, elle ne saurait être imposée unilatéralement à la locataire et ce d'autant moins que l'avis de modification fait expressément référence à une impossibilité pour cette dernière de solliciter une prolongation de bail.**

## Exposé des faits

Les parties sont liées par un bail à loyer du 26 février 1999 portant sur la location d'un appartement de trois pièces à C. Le contrat a été conclu pour une durée de six mois, renouvelable par la suite de six mois en six mois, faute de préavis donné trois mois avant une échéance semestrielle.

Par courrier du 7 avril 2011, la régie en charge de la gestion de l'immeuble s'est adressée à la locataire, faisant référence à un vaste projet de réhabilitation du quartier. Dans ce cadre, la destruction de l'immeuble était envisagée.

Par courrier du 5 mai 2011, la régie indiquait que la société propriétaire avait décidé de ne pas résilier le contrat de bail à loyer, mais de soumettre

à la locataire un avis de modification de bail précisant que celui-ci arriverait à terme dès l'entrée en force de l'autorisation de construire. Par avis de majoration de loyer ou d'autres modifications du bail du 19 mai 2011, une nouvelle échéance de bail était proposée, à savoir: « le bail prendra automatiquement fin à la date d'entrée en force de l'autorisation de construire relative à l'immeuble situé à Carouge. Il est donc conclu pour une durée déterminée ». Il est encore précisé: « il est rappelé au locataire qu'aucune prolongation n'est accordée lorsque le congé est donné en prévision d'une transformation ou d'une démolition (art. 272a al. 1 let. b CO) ».

Par requête adressée à la Commission de conciliation en matière de baux et loyers le 16 juin 2011, la locataire a contesté l'avis de modification du bail. La bailleuse a introduit une demande en validation de modification unilatérale du contrat de bail le 14 février 2013 auprès du Tribunal des baux et loyers.

Le Tribunal des baux a rendu un jugement le 26 juin 2013, constatant la nullité de l'avis de modification du bail à loyer. La bailleuse a formé appel de ce jugement le 29 août 2013.

## Extrait des considérants

**2.1** En cours de contrat, le bailleur peut décider de majorer le loyer pour le prochain terme de résiliation. Selon l'art. 269d al. 1 et 2 CO, l'avis de majoration du loyer, avec indication des motifs, doit parvenir au locataire dix jours au moins avant le début du délai de résiliation et être effectué au moyen d'une formule agréée par le canton; la majoration de loyer est nulle lorsqu'elle n'est pas notifiée au moyen de la formule officielle, que les motifs ne sont pas indiqués ou qu'elle est assortie d'une résiliation ou d'une menace de résiliation. Ces règles s'appliquent dans la même mesure à la modification unilatérale au détriment du locataire consistant par exemple à facturer séparément les frais accessoires précédemment inclus dans le loyer (art. 269d al. 3 CO).

L'art. 19 OBLF exige que la formule destinée à communiquer au locataire la modification unilatérale du contrat contienne la désignation des prétentions, la date de leur entrée en vigueur, les motifs précis justifiant ces prétentions (al. 1 let. b), ainsi que les conditions légales dans lesquelles le locataire peut contester le bien-fondé de la prétention, la liste des autorités de conciliation existant dans le canton et leur compétence à raison du lieu (al. 1 let. c). La désignation des prétentions unilatérales du bailleur et les

motifs justifiant ces prétentions doivent figurer sur la formule officielle même et être suffisamment précis pour permettre au locataire de saisir la portée et la justification de la modification; la jurisprudence rendue en matière de motivation des hausses de loyer s'applique intégralement (ATF 121 III 460).

Selon la jurisprudence, l'art. 269d CO prescrit une forme écrite qualifiée qui s'étend à la motivation de la modification annoncée. Les renseignements donnés par un autre moyen peuvent préciser ou servir à l'interprétation des motifs mentionnés sur l'avis formel – ou sur l'annexe, conformément à l'art. 19 al. 1<sup>bis</sup> OBLF–, mais non les étendre ni remplacer une indication omise. Les motifs doivent être précis; ils doivent permettre au locataire de saisir la portée et la justification de la modification de manière à pouvoir apprécier en pleine connaissance de cause l'opportunité de la contester ou non (ATF 121 III 6 consid. 3a et 460 consid. 4a/bb et cc; ATF 117 II 458 consid. 2a; arrêts du Tribunal fédéral 4A\_136/2011 du 10 juin 2011; 4A\_409/2009 du 1<sup>er</sup> février 2010 consid. 2.1).

La motivation telle qu'indiquée dans la formule officielle constitue une manifestation de volonté du bailleur (arrêt du Tribunal fédéral 4C.245/1999 du 3 janvier 2000 consid. 3a, in MP 2000 p. 27; ATF 118 II 130 consid. 2b). Si le locataire et le bailleur ne sont pas d'accord sur le sens ou la portée de cette communication, il faut l'interpréter selon le principe de la confiance; sont prises en compte les facultés de compréhension du locataire et toutes les circonstances du cas particulier (ATF 121 III 460 consid. 4a/cc; arrêts du Tribunal fédéral 4A\_136/2011 du 10 juin 2011 consid. 3.2.1; 4A\_409/2009 précité, *ibidem*).

La modification unilatérale qui ne comporte aucune motivation ou qui n'est pas motivée de façon suffisamment précise est nulle (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_136/2011 du 10 juin 2011 consid. 3.2.1; 4C.330/2002 du 31 janvier 2003 consid. 3.1, in MRA 2003 p. 39; 4C.245/1999 du 23 août 1999 consid. 3a; 4C.137/1999 précité consid. 2d, concernant un cas de nullité partielle; ATF 121 III 6 et 460 consid. 4a/cc).

La notion de modification unilatérale du contrat doit être comprise de manière large (ATF 125 III 231 consid. 3b; LCHAT, *Le bail à loyer*, Lausanne 2008, ch. 3.6., p. 557). Il peut s'agir de modifications unilatérales non appréciables en argent telles que: modification du préavis de résiliation, de l'échéance du bail ou de la période de tacite reconduction (LCHAT, *op. cit.*, ch. 3.8, p. 558).

Ne constitue toutefois pas une modification unilatérale du contrat au sens des articles 269d al. 3 et 270b al. 2 CO la prétention du bailleur qui a des

effets analogues à la résiliation du bail. Dans ces cas, le bailleur n'a d'autre choix que de résilier le contrat (LACHAT, op. cit., ch. 3.9., p. 559).

S'il estime qu'une modification unilatérale du bail à son détriment est abusive, le locataire peut la contester en justice (art. 270b CO).

Dans le cadre d'une telle contestation, le juge devra apprécier la limite des prétentions que le bailleur peut imposer au locataire en fonction du caractère impératif de la plupart des dispositions des articles 253 ss CO, de l'interdiction de l'abus de droit et de la nécessité d'éviter que la prétention équivaille dans ses effets à une résiliation (LACHAT, op. cit., ch. 3.14., p. 561).

Les dispositions relatives à la contestation du congé et la prolongation de bail sont pour l'essentiel impératives. Le locataire ne peut pas renoncer aux droits que lui confèrent les articles 271 ss CO, sauf si la loi le prévoit expressément (art. 273c CO).

La doctrine admet que les parties puissent conclure expressément un bail de durée fixe, en prévision de travaux de démolition ou de grande transformation nécessitant le départ du locataire, de manière initiale ou qu'elles se mettent d'accord sur une telle convention après qu'un précédent bail ait été résilié. Dans ce cas, il est possible d'exclure toute prolongation de bail au sens de l'art. 272a al. 1 let. d CO (MONTINI/MONTINI, in *Droit du bail à loyer*, Bâle 2010, éd. BOHNET/MONTINI, n. 6, p. 1104 et n. 19, p. 1109).

**2.2.** Dans son appel, la bailleuse soutient que l'avis de modification du bail contesté est valable à la forme et au fond. Elle considère avoir dûment motivé l'avis et avoir suffisamment informé la locataire du contexte dans lequel il était notifié. Elle conteste avoir induit en erreur la locataire, avec la référence à l'article 272a al. 1 let. d CO et au fait qu'elle ne serait en droit d'obtenir aucune prolongation, puisque la modification de l'échéance était motivée par référence expresse à des travaux de démolition et de reconstruction du groupe d'immeubles.

L'intimée soutient quant à elle que la motivation de cette modification n'a pas été donnée clairement, de sorte qu'elle a dû prendre des conclusions relatives à une contestation de congé, lorsqu'elle a agi devant la Commission de conciliation en matière de baux et loyers.

Les parties ont ainsi des opinions divergentes quant au sens et à la portée à donner au contenu de l'avis de modification unilatérale du bail contesté, ce qui mériterait une interprétation du texte de cet avis.

En effet, la référence à l'impossibilité d'obtenir une prolongation de bail, en application de l'art. 272a al. 1 let. d CO paraît douteuse, dans la mesure

où il ne s'agit pas de conclure de manière bilatérale un contrat devant expressément prendre fin à une date prévisible, en raison d'une transformation ou d'une démolition, mais de la manifestation de volonté de la baille- resse de modifier le contrat qu'elle a elle-même admis être de nature indé- terminée, vu l'écoulement du temps. La compréhension de cette clause par la locataire est contestable, quand bien même elle était avertie de l'exis- tence d'un projet immobilier dès la signature du contrat.

En outre, l'art. 272a al. 1 let. d CO est prévu pour être appliqué lorsqu'un congé est donné.

Toutefois, la question de la validité à la forme de l'avis de modification unilatérale du contrat de bail peut demeurer indé- cise, au vu des considé- rations qui suivent.

L'appelante justifie la validité au fond de la modification par le fait que le projet immobilier était connu de la locataire depuis la signature du bail, conformément à l'art. 54 des clauses complémentaires. Ce projet étant de- venu concret et progressant, il se justifiait de préciser que l'échéance du bail devait être portée à la date d'entrée en vigueur de l'autorisation de construire devant être délivrée en 2014, voire au plus tard en 2015.

L'intimée considère que la modification voulue vise à transformer le bail de durée indéterminée en contrat de durée déterminée, ce qui constituerait une résiliation déguisée.

Force est de constater que visant à mettre un terme au contrat, par l'intro- duction d'une échéance finale, même soumise à l'avènement d'une condi- tion suspensive résolutoire, la modification unilatérale considérée a stric- tement les mêmes effets qu'une résiliation de bail et empêcherait simulta- nément la locataire de la contester.

Conformément à la doctrine précitée, elle ne saurait ainsi être imposée uni- latéralement à la locataire et ce d'autant moins que l'avis de modification fait expressément référence à une impossibilité pour cette dernière de sol- liciter une prolongation de bail.

L'argument de la baille- resse selon lequel la solution adoptée consistant à modifier le contrat serait moins pénalisante pour la locataire que la notifi- cation d'un congé paraît incompréhensible à ce sujet, puisqu'elle souhaite simultanément lui interdire de bénéficier de son droit à une prolongation.

Au vu des considérations qui précèdent, la modification unilatérale du con- trat de bail étant contraire au droit impératif, elle ne saurait être validée, comme l'ont correctement retenu les premiers juges.

Le jugement attaqué sera donc confirmé.

(Arrêt de la Chambre des baux et loyers de la Cour de justice du canton de Genève du 10 février 2014)

Art. 271 CO  
Art. 43 al. 1 LDTR

## 8. Congé annulable

**Selon la LDTR, le bailleur qui a l'intention d'exécuter des travaux importants doit aviser le locataire de son projet et des conséquences de la modification de loyer qui en résulte. En cas de non-respect de cette obligation, le Département peut refuser la délivrance de l'autorisation requise. Ainsi, le non-respect de cette obligation n'a pas d'effets de droit privé et ne rend pas le congé donné au locataire illicite.**

### Exposé des faits

La mère du locataire était locataire depuis 1971 d'un appartement de 5,5 pièces à C. Elle est décédée le 28 janvier 2010. Le 28 janvier 2010, le locataire a informé la bailleuse qu'il occupait l'appartement avec sa fille. Il sollicitait un rafraîchissement des murs et plafonds de l'ensemble de l'appartement.

Une visite de l'appartement a eu lieu le 27 avril 2010. Le 6 août 2010, la bailleuse a déposé une demande d'autorisation de construire pour la rénovation complète de l'appartement en cause. Par courrier du 25 août 2010, le Département concerné a demandé à la bailleuse de lui transmettre copie de l'information au locataire prévue par l'art. 43 LDTR.

Par avis de résiliation du 20 septembre 2010, la bailleuse a résilié le bail du locataire pour le 31 décembre 2010, précisant que « après examen il est impératif de procéder à une rénovation complète de l'appartement. Au vu de l'ampleur et de la durée des travaux, la bailleuse doit se résoudre à



résilier le bail, de manière à pouvoir effectuer les travaux en question ». Le 22 mars 2011, le département a délivré l'autorisation de rénover l'appartement.

Saisi d'une requête en contestation du congé du locataire, la Commission de conciliation a rendu une décision le 26 janvier 2012 par laquelle elle déclarait le congé valable et accordait au locataire une première prolongation de bail au 30 juin 2013.

Le 29 février 2012, le locataire a saisi le Tribunal des baux et loyers. Par jugement du 21 mars 2013, ledit Tribunal a annulé le congé notifié le 20 septembre, les premiers juges considérant notamment que la bailleresse, dans le cadre de la procédure d'autorisation de construire relative aux travaux de rénovation, n'avait pas respecté un certain nombre de dispositions de la Loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation (LDTR).

La bailleresse a formé appel contre ce jugement en temps utile.

## **Extrait des considérants**

**4.1** Dans son jugement entrepris, le Tribunal des baux et loyers a également retenu que le congé était illicite au motif que la bailleresse n'avait pas respecté l'art. 43 al. 1 LDTR, qui prévoit l'obligation du propriétaire d'informer au préalable et par écrit les locataires et de les consulter en dehors de toute résiliation de bail lorsqu'il a l'intention de réaliser les travaux. Il en a déduit que le congé était, de ce fait, annulable.

La recourante conteste que la violation de l'art. 43 al. 1 LDTR entraîne l'illicéité du congé. De son côté, le locataire soutient que le congé contrevient à l'art. 43 al. 1 LDTR et qu'il doit ainsi être considéré comme nul, en application de l'art. 20 CO. L'art. 43 LDTR a la teneur suivante:

1. Le propriétaire a l'obligation d'informer au préalable et par écrit les locataires et de les consulter en dehors de toute résiliation de bail, lorsqu'il a l'intention d'exécuter des travaux au sens de la présente loi. Il leur expose son projet et les informe de la modification de loyer qui en résulte. Il leur impartit un délai de 30 jours au moins pour présenter leurs observations et suggestions éventuelles.
2. Le Département veille que le propriétaire informe par écrit, individuellement, les locataires de la liste des travaux autorisés et du programme d'exécution de ces travaux.

3. En cas de non-respect de l'obligation d'information et de consultation prévues à l'alinéa 1 du présent article, le Département peut refuser la délivrance de l'autorisation requise. L'art. 44 de la présente loi (Sanctions et mesures) est réservé.

Il découle par ailleurs de l'art. 6 du règlement d'application de la LDTR (RLDTR – L5 20.01) que l'information au locataire doit avoir lieu avant le dépôt de la demande d'autorisation de construire.

Le but poursuivi par ce régime est de permettre aux locataires qui vivent dans les lieux d'apporter leurs observations sur ledit projet et d'exposer dans la procédure les conséquences qu'il entraîne sur leur situation personnelle (ATA/605/2008 du 2 décembre 2008).

La conséquence du non-respect de cette obligation est que le Département peut refuser la délivrance de l'autorisation requise (art. 43 al. 3 LDTR). La LDTR ne prévoit nullement que le congé donné par le bailleur dans ce contexte serait affecté d'un vice. Un tel congé n'est toutefois pas sans conséquence. Il peut amener le Département à refuser l'autorisation de construire.

**4.2** Ainsi, dans le cas d'espèce, le non-respect de l'art. 43 LDTR n'a pas d'effets de droit privé et ne rend pas le congé donné à l'intimé illicite. Il aurait en revanche pu permettre au Département de refuser l'autorisation sollicitée. Le Département n'a pas souhaité appliquer cette sanction, considérant que le but poursuivi, soit de permettre à l'intimé de se prononcer sur le programme des travaux, avait été atteint.

Par conséquent c'est à tort que le Tribunal des baux et loyers admis que le congé devait être annulé au motif de la violation de l'art 43 al. 1 LDTR.

(Arrêt de la Chambre des baux et loyers de la Cour de justice du canton de Genève du 7 avril 2014)

Art. 271, 271a Abs. 1 lit. b,  
271a Abs. 2 OR

## 9. Kündigung wegen Schiffsreparaturen

Nach wiederholten Abmahnungen wird das Mietverhältnis von Vermieterseite gekündigt. Stein des Anstosses war insbesondere, dass die Mietenden Schiffe, Anhänger und dergleichen auf der Parzelle lagerten und daran arbeiteten. Auch wurde die Garage als Reparaturwerkstatt verwendet. Das Urteil behandelt die Fragen, ob die Kündigung gegen Treu und Glauben verstösst, ob die Vermieterschaft eine einseitige Vertragsänderung durchsetzen wollte sowie ob durch den Rückzug der Kündigung der Garage eine Einigung zustande gekommen ist, die eine Kündigungssperre ausgelöst hätte. Das Gericht hat die Fragen verneint.

### Sachverhalt

Die Kläger sind seit dem 15. Januar 2005 Mieter einer 4-Zimmer-Wohnung und zweier Garagen. Während des Mietverhältnisses kam es sporadisch, aber immer wieder zu Diskussionen und Meinungsverschiedenheiten zwischen den Mietern und den Vermietern. Die Vermieter gelangten am 11. November 2005, am 5. Mai 2006 und am 9. April 2008 schriftlich an die Mieter und beanstandeten, dass Schiffe herumstünden und sowohl Keller und die Garage mit Material gefüllt seien. Sie forderten die Mieter auf, die Schiffe sowie giftiges und brennbares Material zu entfernen und teilten

mit, dass sie es nicht dulden, dass auf ihrer Parzelle an den Schiffen gearbeitet werde.

Am 28. Juni 2010 kündigten die Vermieter den Mietern eine Garage, zogen dann aber die Kündigung zurück, weil die Mieter einwendeten, eine Teilkündigung sei nicht möglich, hielten aber nochmals fest, dass es nicht angehe, dass eine Garage immer mehr zur Werkstatt umfunktioniert werde.

Mit Schreiben vom 15. September 2011 intervenierten die Vermieter erneut und beschwerten sich über das Verhalten der Mieter gegenüber Mietinteressenten. Am 6. Juni 2012 baten die Vermieter die Mieter, eine Garage freiwillig abzugeben, was aber von den Mietern nicht akzeptiert wurde. Mit Schreiben vom 2. August 2012 ersuchten die Vermieter die Mieter, sich möglichst bald eine andere Wohnung zu suchen, ansonsten sie sich gezwungen sähen, in absehbarer Zeit zu kündigen. In der Folge erklärten sich die Mieter bereit, eine Garage per Ende März 2013 abzutreten. Die Vermieter forderten die Mieter auf, das ganze Mietverhältnis zu kündigen um danach einen neuen Mietvertrag für die Wohnung und einen separaten Mietvertrag für die Garage abschliessen zu können. Dies verbanden die Vermieter mit der Auflage, dass sich die Mieter schriftlich dazu bereit erklärten auf der Liegenschaft und in unmittelbarer Nähe der Mietliegenschaft keine Schiffe mehr zu lagern und zu reparieren. Zudem dürfe die Garage nicht als Reparaturwerkstätte zweckentfremdet werden. Die Mieter wiesen den Vorschlag zurück. Daraufhin kündigten die Vermieter das Mietverhältnis per Ende März 2013.

Nach erfolglos durchgeführtem Schlichtungsverfahren reichten die Mieter beim Kreisgericht fristgerecht Klage ein. Das Gericht kam zum Schluss, dass die Vermieter keine einseitige Vertragsänderung zu Lasten der Mieter hätten durchsetzen wollen und erachtete die Kündigung als rechtmässig.

Gegen diesen Entscheid reichten die Mieter beim Kantonsgericht St.Gallen Berufung ein.

## **Aus den Erwägungen**

1. Eine ordentliche Kündigung setzt keine besonderen Kündigungsgründe voraus. Mieter und Vermieter sind grundsätzlich frei, den Mietvertrag unter Einhaltung der vertraglichen oder gesetzlichen Fristen und Termine zu beenden. Eine Schranke ergibt sich einzig aus dem Grundsatz von Treu und Glauben: Bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen ist die Kündigung anfechtbar, wenn sie gegen diesen Grundsatz verstösst (Art. 271

Abs. 1 OR; BGE 138 III 59 E. 2.1; LACHAT/THANEI, Mietrecht für die Praxis, N 29/1.1).

Das Gesetz umschreibt die Sachverhalte der als missbräuchlich anfechtbaren Kündigung mit einer Generalklausel (Art. 271 OR) und einem Katalog typisierter Sachverhalte (Art. 271a OR). Allgemein gilt eine Kündigung als treuwidrig, wenn sie ohne objektives, ernsthaftes und schützenswertes Interesse und damit aus reiner Schikane erfolgt oder Interessen der Parteien tangiert, die in einem krassen Missverhältnis zueinander stehen, oder ein illoyales, unlauteres Verhalten darstellt. Anders als die Grundnorm von Art. 2 Abs. 2 ZGB ist indessen kein *offensichtlicher* Rechtsmissbrauch gefordert (BSK OR I-WEBER, Art. 271/271a N 3; ZK-HIGI, N 56 zu Art. 271 OR; LACHAT/THANEI, a.a.O., N 29/4.4). Der Umstand, dass die Kündigung für den Mieter eine Härte darstellt, genügt nicht; eine solche wäre jedoch im Hinblick auf eine Erstreckung des Mietverhältnisses relevant (vgl. Art. 272 OR). Es obliegt dem Empfänger der Kündigung, zu beweisen, dass die Kündigung aus einem verpönten oder ohne schützenswerten Grund erfolgte (BGE 138 III 59 E. 2.1); der Kündigende hat jedoch redlich zur Wahrheitsfindung beizutragen, die Kündigung auf Ersuchen hin zu begründen (vgl. Art. 271 Abs. 2 und Art. 266l OR, Art. 9 Abs. 1 lit. c VMWG) und im Bestreitungsfall alle für die Beurteilung des Kündigungsgrunds notwendigen Unterlagen vorzulegen. Ob eine Kündigung gegen Treu und Glauben verstösst, beurteilt sich in Bezug auf den Zeitpunkt, in welchem sie ausgesprochen wurde (BGE 138 III 59 E. 2.1; BGE 135 III 112 E. 4.1).

Die Lehre bezeichnet eine Kündigung unter anderem als treuwidrig, da auf widersprüchlichem und illoyalem Verhalten beruhend, wenn sie kurz nach grösseren, mit Zustimmung der Vermieterschaft vorgenommenen Investitionen der Mieterschaft im Hinblick auf einen Fortbestand des Mietverhältnisses erfolgt (LACHAT/THANEI, a.a.O., N 29/4.5, Fallgruppe 2, 3. Spiegelstrich; BSK OR I-WEBER, Art. 271/271a N 5; allgemein ZK-HIGI, N 69 zu Art. 271 OR). Das Bundesgericht sodann verneint einen Verstoss gegen Treu und Glauben, wenn der Vermieter ein Mietverhältnis allein darum kündigt, weil er eine Veränderung des fraglichen Verwendungszweckes herbeiführen möchte, selbst wenn er der ursprünglichen Nutzungsart im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zugestimmt hatte (BGE 136 III 190 E. 3). Ebenso stellt eine Kündigung mit dem Ziel, von einem neuen Mieter einen höheren Mietzins zu erhalten, im Allgemeinen keinen Rechtsmissbrauch dar (BGE 120 II 105 E. 3.b/bb). Die Bildung von Fallgruppen im Gesetz (Art. 271a OR) und in der Praxis und Lehre ändert im Übrigen nichts am Erfordernis einer fallbezogenen Prüfung, welche die Vorgeschichte und Besonderheiten des Falles und die Kündigungsgründe mit einbezieht (LACHAT/THANEI, a.a.O., N 29/4.5 Einleitung).

2. Die Mieter behaupten, primärer Grund der Kündigung sei die verlangte Rückgabe einer Garage gewesen. Dies gehe aus der ersten, unwirksamen und deshalb auch zurückgenommenen Kündigung vom 28. Juni 2010 sowie aus den Schreiben der Vermietenden vom 6. Juni 2012, vom 17. Juli 2012 und vom 2. August 2012 hervor. Die in den Rechtschriften der Vermietenden vorgebrachte Begründung betreffend Verstösse gegen die Hausordnung und das störende Verhalten im Zusammenhang mit den Schiffen sei nachgeschoben und lediglich eine Schutzbehauptung. – Die Vermietenden erklären demgegenüber, die andauernde fehlende Bereitschaft der Mieter, die Problematik rund um die nie bewilligten Schiffsreparaturen zu lösen und sich an die Hausordnung zu halten, sei Grund der Kündigung gewesen. Nachdem die Mieter sich bereit erklärt hätten, eine der Garagen zurückzugeben und eine Teilkündigung des Vertrages nicht zulässig gewesen wäre – worauf die Mieter vorgängig selbst hingewiesen hätten – hätten sie, die Vermietenden, den gesamten Mietvertrag gekündigt mit der Absicht, diesen wieder in ordentlicher Art und Weise abzuschliessen, ohne dabei den Mietzins zu erhöhen oder die Mieter anderweitig schlechter zu stellen. Gleichzeitig hätten sie jedoch den jahrelangen übermässigen Gebrauch der Mietsache durch die Mieter beenden wollen, weshalb sie eine entsprechende schriftliche Regelung angestrebt hätten.

Dass es den Vermietenden bei der Kündigung primär und allein darum gegangen sein soll, eine Garage von den Mietern zurückzuerhalten, ergibt sich nicht aus den Akten und geht bei objektiver Betrachtung an der Sache vorbei. Der im Recht liegenden Korrespondenz kann entnommen werden, dass das Hobby von A. (Reparieren und Restaurieren von alten Schiffen auf dem Grundstück der Vermietenden und/oder in unmittelbarer Nachbarschaft) von Beginn des Mietverhältnisses an zu Diskussionen führte. Es ist unbestritten, dass er, ein Hochseekapitän ausser Dienst, diverse Schiffe auf dem Nachbargrundstück der Vermietenden mit Erlaubnis der Eigentümerin der Nachbarliegenschaft abgestellt hat und dort auch ein Wohnwagen steht, in welchem er Reparaturmaterial und Ersatzteile lagert. An dieser Situation sowie am behaupteten Verhalten der Mieter, welche diese gegenüber Mietinteressenten und der beauftragten Treuhandfirma an den Tag legten, störten sich die Vermietenden, was diverse Schreiben dokumentieren. Bereits im April 2008 teilten die Vermietenden den Mietern mit, es sei zu überlegen, ob “Sie mit Allem besser in einem Industrie-Zentrum oder in See-Nähe wären“. Im September 2011 wurden die Mieter von den Vermietenden gebeten, sich eine Wohnung zu suchen, die ihren “Vorstellungen und Bedürfnissen“ entspreche. Mit Schreiben vom 2. August 2012 hielten die Vermietenden fest, dass ihre Situation von den Mietern offensichtlich nicht verstanden werden wolle und sie, die Mieter, sich möglichst bald eine

andere Wohnung suchen sollten, andernfalls ihnen in absehbarer Zeit gekündigt werde.

Zwar weist die schliesslich erfolgte Kündigung vom 3. Dezember 2012 (auch) einen Bezug zur Garage auf, jedoch standen die Probleme im Zusammenhang mit den Schiffen, welche nie vollständig bereinigt werden konnten, und die übrigen Auseinandersetzungen zwischen den Parteien als Kündigungsgrund im Vordergrund. So wollten die Vermietenden eine der beiden Garagen offensichtlich auch deshalb zurück haben, um die von ihnen auf ihrer Parzelle oder in unmittelbarer Nachbarschaft zu ihrer Parzelle nicht erwünschten Reparatur- und Bastelarbeiten von A. zu unterbinden. Dass dies und nicht die Rückgabe der Garage ihr primäres Ziel war, ergibt sich unmissverständlich und klar aus dem Schreiben vom 26. September 2012, in welchem die Vermietenden sich bereit erklären, einen neuen Mietvertrag abzuschliessen, wenn die Mieter sich verpflichteten, keine weiteren Schiffe in unmittelbarer Nähe der Liegenschaft abzustellen, auf dem Grundstück der Vermietenden keine Arbeiten an Schiffen oder anderen Objekten mehr auszuführen und auch kein Reparaturmaterial oder Ersatzteile im Keller und den allgemein zugänglichen Räumen zu lagern. Dass sie danebst die frei werdende Garage allenfalls an Dritte weitervermieten konnten, war den Vermietenden sicher auch recht, nicht aber primäres Ziel, ansonsten sie das Angebot der Mieter, die Garage per Ende März 2013 zurückzugeben, wohl angenommen hätten. Von einem Nachschieben von Kündigungsgründen kann schon deshalb nicht gesprochen werden, weil die Kündigung unbegründet erfolgte und die Mieter von ihrem Recht, eine Begründung zu verlangen (Art. 271 Abs. 2 OR), nie Gebrauch machten. Selbst wenn jedoch die Vermietenden gegenüber den Mietern Kündigungsgründe genannt hätten, müssten weitere, erst im Prozess eingebrachte Kündigungsgründe, nicht von vornherein unberücksichtigt bleiben (BGE 138 III 59 E. 2.3).

Die Vermietenden haben nachvollziehbar aufgezeigt, dass sie die mit dem Hobby der Mieter zusammenhängenden Tätigkeiten auf und um ihr Grundstück nicht mehr länger tolerieren wollten, weshalb sie sich – nach wiederholter Abmahnung – zur Kündigung entschieden. Das Verhältnis zwischen den Parteien war seit Jahren angespannt und von häufigem, kontroversen Schriftverkehr geprägt. Es liegen somit objektive, ernsthafte und schützenswerte Interessen vor, um das Mietverhältnis zu beenden. Es ist das gute Recht des Vermieters, ihm missliebige Aktivitäten auf seinem Grundstück oder missliebiges Verhalten des Mieters und die damit zusammenhängenden Auseinandersetzungen durch Kündigung zu beenden.

Im Übrigen würde die Kündigung auch dann nicht gegen Treu und Glauben verstossen, wenn sie allein deshalb erfolgt wäre, um eine der Garagen zurück zu erhalten. So ist es beispielsweise durchaus nachvollziehbar und stellt ein schützenswertes Interesse des Vermieters dar, wenn er die Vermietbarkeit seiner Wohnungen durch ein ausreichendes Angebot von Garagen erhöhen und insbesondere solvente Mieter mit mehreren Autos ansprechen will. Selbst die Neuvermietung der Garage zwecks Erzielung eines höheren Mietzinses von einem Dritten wäre nicht per se ein missbräuchlicher Kündigungsgrund.

**3.** Die Mieter erachten die Kündigung auch deshalb als anfechtbar, weil sie erfolgt sei, um zu ihren Lasten eine einseitige Vertragsänderung durchzusetzen. Die Vermietenden hätten mit ihrer Aufforderung, den alten Mietvertrag aufzulösen und separate Mietverträge für die Wohnung und die Garage abzuschliessen, versucht, ihnen, den Mietern, den geltenden Sozialschutz in Bezug auf die Garagen wegzunehmen. Dadurch wären sie im Vergleich zum gültigen Mietvertrag schlechter gestellt gewesen. Dazu komme, dass die Vermietenden den Abschluss des neuen Mietvertrages von einschränkenden Bedingungen abhängig gemacht hätten, durch welche sie, die Mieter, in der Nutzung der Mietsache erheblich eingeschränkt worden wären. Durch die Androhung der Kündigung hätten die Vermietenden in unzulässiger Weise Druck auf sie, die Mieter, ausgeübt, um die einseitige Vertragsänderung durchzusetzen.

**a)** Gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. b OR ist eine Kündigung anfechtbar, wenn sie ausgesprochen wird, weil der Vermieter eine einseitige Vertragsänderung zu Lasten des Mieters oder eine Mietzinsanpassung durchsetzen will. Die Bestimmung soll verhindern, dass der Mieter vor die Wahl gestellt ist, entweder die Forderungen des Vermieters anzunehmen oder aber ausziehen. Eine einseitige Vertragsänderung im Sinne von Art. 271a Abs. 1 lit. b OR liegt vor, wenn die Mieterschaft im Vergleich zur bisherigen Situation wirtschaftlich schlechter gestellt wird, so beispielsweise durch die Einführung neuer, bisher im Mietzins enthaltener Nebenkosten, die Streichung der Hauswartung oder die Erhöhung der Kautions. Bleibt das beabsichtigte neue Vertragsregime unter dem wirtschaftlichen Aspekt im Vergleich mit dem vorherigen Regime in etwa gleich, werden also die gegenseitigen Leistungen im gleichen Ausmass reduziert oder erhöht, so liegt keine einseitige Vertragsänderung zu Lasten des Mieters vor. Unerheblich ist, ob die vom Vermieter gewünschte einseitige Vertragsänderung oder Mietzinsanpassung gesetzeswidrig ist. Erforderlich ist allerdings der Kausalzusammenhang, das heisst, dass der (gescheiterte) Versuch, eine einseitige Vertragsänderung zu Lasten des Mieters durchzusetzen, das entscheidende Kündigungsmotiv bildet. Beweispflichtig hierfür ist der Mieter (vgl.



LACHAT/THANEL, a.a.O., N 29/5.2.1 ff.; ZK-HIGI, N 72 ff. zu Art. 271a OR).

**b)** Aus dem Briefverkehr zwischen den Parteien geht hervor, dass die Vermietenden den bestehenden Vertrag insofern abändern wollten, als eine der beiden Garagen nicht mehr Bestandteil des Mietvertrages bilden sollte. Dem Verzicht auf die Garage hatten die Mieter vorgängig zugestimmt. Für die andere Garage und die Wohnung strebten die Vermietenden zwei neue, separate Mietverträge an. Zum Abschluss solcher Verträge waren sie jedoch nur bereit, wenn sich die Mieter schriftlich bereit erklärt hätten, auf dem Grundstück der Vermietenden sowie in unmittelbarer Nähe keine Schiffe mehr abzustellen oder Arbeiten an Schiffen vorzunehmen. Unbestritten ist, dass für die neuen Mietverträge ein geringerer Mietzins vorgesehen war. In welchem Umfang der Mietzins hätte gesenkt werden sollen, geht aus den Akten nicht hervor. Unter diesen Umständen ist jedoch nicht anzunehmen, dass die Mieter durch die Vertragsänderung eine wirtschaftliche Schlechterstellung erfahren hätten, womit es bereits an einem notwendigen Element für die Anfechtbarkeit der Kündigung nach Art. 271a Abs. 1 lit. b OR fehlt.

Im Übrigen wurde bereits festgestellt, dass es den Vermietenden mit ihrer Kündigung nicht in erster Linie darum ging, den Mietern die Garage wegzunehmen oder den Kündigungsschutz betreffend die Garage zu beschränken, sondern darum, dem missliebigen Verhalten der Mieter und den ständigen Diskussionen ein Ende zu setzen (vgl. dazu die Ausführungen in E. 2). Selbst wenn also die Mieter mit der fraglichen Vertragsänderung wirtschaftlich schlechter gestellt gewesen wären, würde es für die Anwendung von Art. 271a Abs. 1 lit. b OR am Kausalzusammenhang zwischen der Kündigung und der einseitigen Vertragsänderung und damit an einer verpönten Drucksituation fehlen. Bei der Rückgabe einer der beiden Garagen fehlt es überdies allein schon deshalb am Kausalzusammenhang, weil die Mieter dieser vorgängig zugestimmt hatten und die Vermietenden die Kündigung nicht hätten aussprechen müssen, um die von ihnen gewünschte Vertragsänderung durchzusetzen. Der Verzicht auf eine von zwei Garagen stellt zudem keine erhebliche Änderung des Gebrauchsrechts der Mieter dar, zumal die Vermietenden den Mietern an Stelle der zweiten Garage einen Parkplatz im Freien anboten. Die Mieter hätten somit auch nach der Vertragsänderung die Möglichkeit gehabt, ihre zwei Autos abzustellen. Allein der Komfort einer Garage wäre weggefallen, was aber auch zu einem tieferen Mietzins geführt hätte. Es ist nicht ersichtlich und solches haben die Mieter auch nicht aufgezeigt, dass für sie die zweite Garage derart wichtig war, dass der geforderte Verzicht darauf sie in eine Drucksituation

versetzt hätte, welche als Alternative zum Verlust der Garage nur den Auszug aus der Wohnung in Betracht fallen liess. Dass dem nicht so ist, zeigt bereits der Umstand, dass die Mieter den Vermietenden offerierten, die Garage zurückzugeben.

Was sodann die von den Vermietenden verlangte Nutzungseinschränkung der Mietsache betrifft, ist Folgendes zu berücksichtigen: Die Mieter mieteten bei den Vermietenden eine Wohnung und zwei Garagen. Bei Mietantritt wurde nicht vereinbart, dass die Mieter auf der Parzelle oder in unmittelbarer Nähe dazu Schiffe lagern oder reparieren könnten. Gleichzeitig entspricht die Ausübung des speziellen Hobbys durch A. nicht dem erwarteten Verwendungszweck der Mietsache. Die Aufforderung, diese Tätigkeiten zu unterlassen und die Mietsache so zu verwenden, dass dadurch weder die Vermietenden noch die übrigen Mieter gestört würden, stellt folglich keine Vertragsänderung dar. Obschon die Hausordnung das Abstellen von Schiffen und das Arbeiten an diesen oder anderen Objekten und das Lagern von Reparaturmaterial oder Ersatzteilen im Keller nicht explizit verbietet, kann es im nachvollziehbaren Interesse der Vermieter liegen, solche Aktivitäten – insbesondere wenn sie in einem gewissen Ausmass erfolgen – auf ihrer Liegenschaft zu unterbinden. Daran ändert nichts, dass die Nutzungseinschränkungen im Schreiben vom 26. September 2012 relativ umfassend formuliert sind; aus dem Gesamtzusammenhang und mit Blick auf die vorgängige Korrespondenz ergibt sich klar, dass sie im direkten Konnex zu den umstrittenen Schiffen stehen und nicht derart absolut zu verstehen sind, wie dies die Mieter vorbringen. Im Übrigen hätte eine entsprechende Vereinbarung oder Erklärung erst noch verfasst werden müssen, womit der genaue Wortlaut noch nicht festgestanden hatte. Auf diese Forderung der Vermietenden gingen die Mieter in ihrem Antwortschreiben vom 22. November 2012 jedoch gar nicht ein, sondern teilten lediglich mit, dass sie keine Notwendigkeit zur Kündigung des bestehenden Mietvertrages sähen, womit sie ihre fehlende Bereitschaft, das Mietobjekt nach den Wünschen der Vermieter zu benützen, erneut unter Beweis stellten.

Die Kündigung erweist sich somit auch unter dem Gesichtspunkt von Art. 271a Abs. 1 lit. b OR als nicht anfechtbar.

4. Schliesslich machen die Mieter geltend, dass die Vermietenden die Kündigung vor Ablauf von drei Jahren nach Abschluss einer mit dem Mietverhältnis zusammenhängenden Einigung ausgesprochen hätten. Dadurch, dass sie, die Mieter, der Forderung der Vermietenden auf Rückgabe einer der zwei Garagen mit Schreiben vom 22. August 2012 nachgekommen seien, obwohl sie dazu vertraglich nicht verpflichtet gewesen wären, seien

die Voraussetzungen zur Auslösung der Sperrfrist nach Art. 271a Abs. 1 lit. e i.V.m. Abs. 2 OR erfüllt.

**a)** Wenn der Mieter durch Schriftstücke nachweisen kann, dass er sich mit dem Vermieter ausserhalb eines Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens über eine Forderung aus dem Mietverhältnis geeinigt hat, erweist sich eine Kündigung als anfechtbar, sofern diese vor Ablauf von drei Jahren nach dieser Einigung ausgesprochen wird (Art. 271a Abs. 1 lit. e i.V.m. Abs. 2 OR). Als Einigung im Sinne von Art. 271a Abs. 2 OR gilt nur eine einvernehmliche Streitbeilegung, mittels der eine unter den Parteien kontroverse Rechtsfrage durch gegenseitiges Nachgeben abschliessend geklärt wird. Nicht erfasst werden daher Fälle, in denen es gar nicht erst zu einer Auseinandersetzung kommt, weil die eine oder andere Partei dem Begehren des Vertragspartners sogleich entspricht oder es ausschliesslich der Mieter war, welcher von seinem ursprünglich eingenommenen Standpunkt abgewichen ist (BGE 130 III 563 E. 2.1 f.; SVIT-Kommentar, Das schweizerische Mietrecht, Art. 271a N 68 ff.; ZK-HIGI, N 306 zu Art. 271a OR).

**b)** Die Mieter wären der Forderung der Vermieter auf Rückgabe einer der zwei Garagen im Jahr 2012 freiwillig und vollumfänglich nachgekommen. Von einer Einigung im Sinne von Art. 271a Abs. 2 OR kann daher nicht gesprochen werden. Dazu kommt, dass die offerierte Rückgabe der Garage nicht sämtliche Meinungsverschiedenheiten beseitigte, weshalb es auch zur Kündigung kam.

Soweit die Mieter auch im Berufungsverfahren noch argumentieren (was allerdings nur im vorinstanzlichen Verfahren deutlich vorgebracht wurde), der Rückzug der Kündigung einer Garage im Juni / Juli 2010 habe die Sperrfrist ausgelöst, ist Folgendes zu beachten: Die Parteien sind sich einig, dass die Kündigung der Garage mit Schreiben vom 28. Juni 2010 formungültig war. Formungültige Kündigungen sind nichtig (Art. 266l Abs. 2 i.V.m. Art. 266o OR). Nichtige und unwirksame Kündigungen vermögen nun aber keine Rechtswirkungen zu entfalten, da sie gewissermassen ein "Nichts" sind. Die Berufung des Mieters auf den zeitlichen Kündigungsschutz im Falle einer nichtigen Kündigung erweist sich als Sonderfall des Rechtsmissbrauchs und löst keine Sperrfrist aus (ZK-HIGI, N 262 zu Art. 271a OR; vgl. auch BSK OR I-WEBER, Art. 271/271a N 27; LACHAT/THANEI, a.a.O., N 29/5.4.6; SVIT-Kommentar, a.a.O., Art. 271a N 31 und 42; BGer 4C.432/2006 = MRA 3/07, S. 85 ff.; BGer 4A\_588/2013 E. 2.3). Im Übrigen ist auch im sofortigen Rückzug einer formungültigen Kündigung bzw. in der umgehenden Akzeptanz, dass diese nichtig ist, keine Einigung über eine strittige Angelegenheit zu sehen.

Die Kündigung ist somit auch unter dem Gesichtspunkt von Art. 271a Abs. 1 lit. e i.V.m. Abs. 2 OR nicht anfechtbar.

(Urteil des Kantonsgerichts St.Gallen vom 24. April 2014; vgl. auch BGer 4A\_364/2014, das den Entscheid nach summarischer Prüfung bestätigt)

Art. 83 al. 2 LP  
Art. 198 lit. e ch. 1 CPC

## **10. Action en libération de dette – audience de conciliation**

**La question de savoir si, dans le cas où elle est incompétente, l'autorité de conciliation, hors l'exercice d'une compétence juridictionnelle, soit dans le cadre d'une procédure de conciliation au sens étroit, doit refuser d'entrer en matière sur une requête n'est pas régie par la loi. Cette question est controversée en doctrine. En revanche, il est mis en exergue l'obligation de ladite autorité de rendre les parties attentives à son éventuelle incompétence.**

### **Exposé des faits**

Les parties sont liées par un bail à loyer portant sur la location d'un appartement de sept pièces à Genève. Le locataire a conclu oralement un contrat de sous-location.

Le 28 août 2007, le locataire et le sous-locataire ont signé un document par lequel le sous-locataire déclarait reprendre la dette du locataire vis-à-vis du bailleur, moyennant un paiement mensuel de Fr. 7750.–. Le sous-locataire s'est acquitté régulièrement de ce montant jusqu'au mois de juin 2010, au motif qu'il avait découvert que le sous-loyer était supérieur à celui du bail principal.

Le 16 novembre 2010, le locataire a mis en demeure le sous-locataire de régler dans les trente jours un arriéré de Fr. 46 500.–, correspondant aux sous-loyers dus pour la période du 1<sup>er</sup> juin au 30 novembre 2010. Le sous-locataire s'est opposé à cette mise en demeure, se prévalant de la nullité du loyer initial. Le 21 décembre 2010, le locataire a résilié le sous-bail au 31 janvier 2011 pour défaut de paiement du loyer.

Par la suite, le locataire a introduit deux poursuites contre le sous-locataire, poursuites qui ont été frappées d'opposition; le locataire a requis et obtenu la mainlevée de ces oppositions. Le sous-locataire a introduit des actions en libération de dette en saisissant la Commission de conciliation en matière de baux à loyer.

Par jugement du 26 juin 2013, le Tribunal des baux et loyers a constaté la recevabilité des actions en libération de dette formées par le sous-locataire « par le dépôt devant la Commission de conciliation en matière de baux et loyers » en date des 21 décembre 2011 et 16 avril 2012. Le 13 août 2013, le locataire a interjeté appel de ce jugement, concluant à ce que les actions en libération de dette soient déclarées irrecevables et à ce qu'il soit dit que les poursuites concernées suivent leur cours.

## **Extrait des considérants**

**3.1.1** Lorsque la mainlevée provisoire a été accordée, le débiteur peut, dans les 20 jours à compter de cette dernière, intenter au for de la poursuite une action en libération de dette, laquelle sera instruite en la forme ordinaire (art. 83 al. 2 LP).

Le for de la poursuite est au domicile du débiteur (art. 46 al. 1 LP).

Le Tribunal des baux et loyers connaît notamment des litiges relatifs au contrat de bail à loyer (art. 89 al. 1 let. A LOJ). La Commission de conciliation en matière de baux et loyers (ci-après: «la Commission de conciliation») est l'autorité de conciliation pour les litiges relevant de la compétence de ce Tribunal (art. 90 al. 1 LOJ).

**3.1.2** L'instance est introduite par le dépôt de la requête de conciliation, de la demande ou de la requête en justice, ou de la requête commune en divorce (art. 62 al. 1 CPC).

Si l'acte introductif d'instance retiré ou déclaré irrecevable pour cause d'incompétence est réintroduit dans le mois qui suit le retrait ou la déclaration d'irrecevabilité devant le tribunal ou l'autorité de conciliation compétent,

l'instance est réputée introduite à la date du premier dépôt de l'acte (art. 63 al. 1 CPC). Il en va de même lorsque la demande n'a pas été introduite selon la procédure prescrite (art. 63 al. 2 CPC). Les délais d'action légaux de la LP sont réservés (art. 63 al. 3 CPC).

La procédure au fond est en principe précédée d'une tentative de conciliation (art. 197 CPC), sauf exceptions comme dans les cas relevant de la LP, lesquels comprennent, notamment, les actions en libération de dette (art. 198 let. e ch. 1 CPC).

Dans le cas où l'autorité de conciliation constate qu'elle est incompétente à raison du lieu ou de la matière sans toutefois exercer une compétence juridictionnelle, soit dans le cas où elle conduit une procédure limitée à la conciliation, la question de savoir si elle doit ou peut ne pas entrer en matière sur la requête qui lui est soumise est controversée en doctrine. Certains auteurs pensent que l'autorité doit de toute manière mener une procédure de conciliation, tandis que les autres sont d'avis qu'elle ne doit pas entrer en matière, soit dans tous les cas où elle est incompétente, soit dans l'hypothèse où l'incompétence est manifeste, soit encore dans les cas où l'incompétence est d'ordre matériel (HONNEGGER, *Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung*, 2013, 2<sup>ème</sup> éd., N. 18 ad art. 202 CPC et les références citées). D'autres pensent qu'elle ne peut dans ce cas refuser d'entrer en matière que si sont concernées les règles de compétence matérielles propres à la procédure de conciliation prévues aux art. 198 et 199 CPC (PETER, *Berner Kommentar* 2012, N. 10 ad art. 197 CPC). Dans les cas où elle exclut un refus d'entrer en matière, la doctrine est d'avis que l'autorité de conciliation doit néanmoins attirer l'attention des parties sur la question de son incompétence, afin notamment de donner la possibilité au demandeur de retirer sa requête (HONNEGGER, *op. cit.*, N. 19 ad art. 203 CPC; PETER, *op. cit.*, N. 9 ad art. 197 CPC; EGLI, *Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2011, N. 12 ad art. 202 CPC; INFANGER, *Basler Kommentar ZPO*, 2013 2<sup>ème</sup> éd, N. 15 ad art. 202 CPC).

Une autorisation de procéder délivrée par une autorité de conciliation manifestement incompétente n'est en principe pas valable. Aussi, en procédure ordinaire, dans les causes soumises à un essai préalable de conciliation, la demande en justice introduite sur la base d'une telle autorisation de procéder est irrecevable (ATF 139 II 273 consid. 2.1).

**3.1.3** Découlant directement de l'art. 9 Cst. et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le droit à la protection de la bonne foi préserve la confiance légitime que le citoyen met dans les assurances reçues des autorités, lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration (ATF 131 II 627 consid. 6.1

et 128 II 112 consid. 10b/aa). En application de ce principe, on admet généralement qu'une partie ne doit pas être lésée par une indication erronée des voies de droit (ATF 115 Ia 12 consid. 4a p. 19 et 112 Ia 305 consid. 3; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_184/2010 du 27 avril 2010 consid. 3.4).

**3.2** En l'espèce, l'autorité compétente à raison du lieu et de la matière pour connaître des présentes actions en libération de dette est la juridiction des baux et loyers genevoise, compte tenu du domicile de l'intimé et du for de la poursuite qui en découle d'une part, ainsi que de l'objet du litige relatif aux baux et loyers d'autre part. La compétence à raison du lieu et de la matière du premier juge n'est par ailleurs pas litigieuse.

Les actions en libération de dette ont été déposées auprès de la Commission de conciliation respectivement les 21 décembre 2011 et 16 avril 2012, à la suite de la notification à l'intimé des deux jugements de mainlevée provisoire concernant les poursuites en cause (n<sup>os</sup> 11 191562 H et 11 256042 W) respectivement les 5 décembre 2011 et 26 mars 2012, soit dans le délai de 20 jours de l'art 83 al. 2 LP.

Compte tenu de l'échec de la tentative de conciliation intervenue le 25 avril 2012, l'intimé a saisi le Tribunal le 24 mai suivant, dans le délai de 30 jours indiqué dans l'autorisation de procéder délivrée par la Commission de conciliation.

La présente cause n'était cependant pas soumise à la tentative préalable de conciliation (art. 198 let. e ch. 1 LP), ce qui exclut la compétence à raison de la matière de la Commission de conciliation sur la base de normes propres à la procédure de conciliation. Cette incompétence, résultant d'une exception légale univoque, était manifeste.

La question de savoir si, dans le cas où elle est incompétente, l'autorité de conciliation, hors l'exercice d'une compétence juridictionnelle, soit dans le cadre d'une procédure de conciliation au sens étroit, doit refuser d'entrer en matière sur une requête n'est pas régie par la loi. Cette question est controversée en doctrine. Les auteurs précités préconisant un examen et une décision par l'autorité de conciliation ne s'accordent pas non plus sur les cas d'incompétence entrant en ligne de compte (tout type d'incompétence, incompétence à raison de la matière, incompétence manifeste,...). Ils mettent en revanche tous en exergue l'obligation de ladite autorité de rendre les parties attentives à son éventuelle incompétence.

En l'espèce, l'incompétence de la Commission de conciliation était manifeste puisqu'elle découlait de la loi. Elle relevait en outre de ses propres règles de compétence matérielle. Aussi l'autorité aurait-elle dû, si ce n'est rendre une décision d'irrecevabilité, à tout le moins attirer l'attention de



l'intimé sur ce problème. De la sorte, ce dernier aurait pu retirer ses actions en libération de dette et les introduire par-devant le Tribunal dans le délai de grâce supplémentaire de 20 jours résultant des art. 63 al. 1 et 3 et 83 al. 2 LP. Celles-ci auraient dès lors été réputées avoir été introduites à la date de la saisine de la Commission de conciliation respectivement les 21 décembre 2011 et 16 avril 2012, en conséquence de quoi le délai de 20 jours pour introduire l'action en libération de dette aurait été sauvegardé.

Considérer, au stade où en était la procédure avant que le Tribunal ne tranche, que la saisine de la Commission de conciliation n'était pas valable et que les actions en libération de dette devaient être déclarées irrecevables puisque tardives serait revenu ainsi à priver l'intimé du délai de grâce suscitée. L'intimé n'aurait en effet plus pu se prévaloir, sur la base de l'art. 63 CPC, de la litispendance créée par la saisine de la Commission de conciliation respectivement les 21 décembre 2011 et 16 avril 2012.

Or, dans la mesure où l'autorité de conciliation a délivré une autorisation de procéder sans émettre une quelconque réserve relative à sa compétence, et que l'intimé s'y est fié et a poursuivi la procédure sur le fond, le priver de la protection offerte par l'art. 63 CPC n'aurait pas été comptable avec la protection de la bonne foi, comme l'a justement retenu le Tribunal.

**3.3** Au vu des considérations qui précèdent, il y a lieu de retenir que l'instance a été introduite respectivement les 21 décembre 2011 et 16 avril 2012, soit dans le délai prévu par la LP.

Au surplus, le fait que l'autorisation de procéder ne soit pas valable en soi compte tenu de l'incompétence de la Commission de conciliation n'est pas pertinent, dans la mesure où la recevabilité des actions en libération de dette du 24 mai 2012 n'est pas subordonnée à un essai préalable de conciliation.

(Arrêt de la Chambre des baux et loyers de la Cour de justice du canton de Genève du 10 février 2014)