

# Mitteilungen zum Mietrecht

Auszüge aus Gerichtsentscheiden

# Communications concernant le droit du bail

Extraits de la jurisprudence

# Comunicazioni concernenti il diritto di locazione

Estratti di giurisprudenza



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

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

# Mitteilungen zum Mietrecht

Auszüge aus Gerichtsentscheiden

## Communications concernant le droit du bail

Extraits de la jurisprudence

## Comunicazioni concernenti il diritto di locazione

Estratti di 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: 725.965

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

12.17 500 860412745

**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	Basler Kommentar
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 (TI)
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'accèsion 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 (mésures 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)
LGL	Loi genevoise générale sur le logement et la protection des locataires (RS GE I 4 05)
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
RGL	Règlement d'exécution de la loi générale sur le logement et la protection des locataires (RS GE I 4 05.01)
recht	Recht, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis
RSJ	Revue Suisse de Jurisprudence
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11.4.1889 (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 Disdetta ordinaria e straordinaria in un contratto determinato**

Questo caso ricorda che un contratto determinato non può essere disdetto ordinariamente. In più chiarisce che una disdetta straordinaria per mora è nulla se al momento della disdetta il conduttore non è (più) in ritardo con il pagamento delle pigioni pretese con la diffida.

Artt. 253e, 255, 257d CO

pagina 1

#### **2 Résiliation pour non-paiement de loyer – imputation de paiement**

En application de l'art. 86 al. 1 CO, il y a lieu de considérer que les cinq paiements intervenus trois jours avant l'échéance de la mise en demeure visaient à régler les loyers arriérés, quand bien même le débiteur n'aurait fait aucune déclaration à ce propos. En effet, en acquittant au centime près le montant réclamé dans la mise en demeure, juste avant l'échéance de cette dernière, l'imputation faite par le débiteur résulte des circonstances et était indéniablement reconnaissable pour le créancier.

Art. 86 al. 1, 257d CO

page 5

#### **3 Konversion einer ausserordentlichen Kündigung**

Das Kantonsgericht Zug prüft im nachfolgenden Entscheid, ob sich die ursprünglich wegen einer Verletzung der Sorgfalts- bzw. Rücksichtnahmepflicht ausgesprochene Kündigung in eine Kündigung aus wichtigem Grund umwandeln lässt. Für beide Kündigungsarten werden die jeweiligen Voraussetzungen dargelegt. Vor der Kündigung hatte der Mieter der betagten Vermieterin mehrfach Korrespondenz zugestellt. Dies trotz wiederholter Abmahnung durch die Verwaltung.

Art. 257f Abs. 3, 266g Abs. 1 OR

Seite 10



## **4 Sous-location du bail et résiliation**

La clause d'interdiction de sous-location contenue dans les conditions générales du contrat de bail et celle figurant dans le Règlement d'exécution de la loi genevoise générale sur le logement et la protection des locataires sont contraires au droit fédéral, plus particulièrement à l'art. 262 CO, s'agissant d'une disposition semi-impérative, tel que l'a retenu le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence.

**Art. 262 CO / art. 5 al. 3 RGL**

**page 23**

## **5 Restitution de la chose louée – Avis des défauts**

Même si les locataires n'ont jamais contesté par la suite la tenue de l'état des lieux de sortie, auquel ils n'ont pas voulu participer « jusqu'au bout », le procès-verbal de sortie ne comportant pas leur signature ne vaut pas avis des défauts. Il incombe au bailleur d'établir la communication en temps utile d'un avis des défauts aux locataires et non à ces derniers d'alléguer que l'avis des défauts qui leur a été adressé était tardif.

**Art. 267a al. 1 CO**

**page 29**

## **6 Missbräuchlichkeit des Mietzinses und Klagerückzug**

Das Bezirksgericht setzt sich im nachfolgenden Urteil insbesondere mit der Missbräuchlichkeit des Mietzinses auseinander. Dabei hat es sowohl die Senkung des Referenzzinssatzes als auch Mehrleistungen und allgemeine Kostensteigerungen zu berücksichtigen. Am Rande wird auch auf die Auswirkungen des Rückzugs einer Klage auf Wirksamkeit der Eigenbedarfskündigung eingegangen.

**Art. 269a lit. b OR, 270a Abs. 1 OR /  
Art. 211, 241, 243, 247 ZPO**

**Seite 33**

## **7** **Erstreckung des Mietverhältnisses und Herabsetzung des Mietzinses**

Das nachfolgende Urteil betrifft die Beendigung des Mietverhältnisses betreffend einer Bäckerei/Konditorei/Confiserie. Die Mieterin ist zudem Eigentümerin eines Restaurant/Café, welches sich auf derselben Parzelle befindet. Die Tatbestandsvoraussetzungen der Erstreckung werden geprüft und bejaht. Im Weiteren wird untersucht, ob nach Ablauf des Mietvertrages mit einem gestaffelten Mietzins eine Anpassung des Mietzinses erfolgen kann.

**Art. 270a Abs. 1, 272, 272a Abs. 2, 272c Abs. 1 OR** **Seite 39**

## **8** **Demande de baisse de loyer – sous-location**

On ne voit pas en quoi les produits que le locataire retire de l'usage de la chose, le cas échéant en la sous-louant à un tiers, devraient faire obstacle à une diminution de loyer. Le bailleur ne peut, même dans le cas où la source de ces produits serait illégitime, opposer au locataire qui demande une baisse de son loyer l'objection de position mal acquise, puisque le droit revendiqué par le locataire est absolument indépendant des produits qu'il retire de la chose louée ; la solution inverse reviendrait à reconnaître une portée générale à cette objection et à refuser par principe la protection de la loi à celui qui ne la respecte pas lui-même.

**Art. 262, 270a CO** **page 49**

## **9** **Résiliation ordinaire et extraordinaire du bail**

Le bailleur est en droit, même pendant la période de protection du locataire, de signifier le congé pour l'échéance, tout en invoquant des circonstances exceptionnelles. Il ne suffit donc pas de constater que la partie bailleresse a notifié une résiliation ordinaire pour en conclure que celle-ci doit être annulée (art. 271a al. 1 let d CO) ; il y a plutôt lieu d'examiner si les conditions de validité du congé extraordinaire (art. 266g CO) sont réunies.

**Art. 266g, 271a CO** **page 52**

## **10** **Klageänderung nach Erteilung der Klagebewilligung (Verzugszinsen und Schadenersatz)**

Im nachfolgenden Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen werden die Anforderungen an eine zulässige Klageänderung nach Erteilung der Klagebewilligung aufgezeigt. Das Gericht setzt sich hierbei insbesondere mit dem Erfordernis des sachlichen Zusammenhangs auseinander.

**Art. 227 Abs. 1 ZPO**

**Seite 56**

## **11** **Etablissement des faits d'office**

Si les juges estiment que les pièces fournies sont insuffisantes ou peu claires pour permettre un calcul de rendement, ils ont l'obligation de demander au bailleur de les compléter. Si le Tribunal pouvait valablement renoncer à vérifier que le Registre foncier détenait le document du 25 août 1998, à savoir l'accord de l'administration fiscale qui permettrait d'établir la valeur du bien immobilier, puisque les appelants auraient pu avoir accès eux-mêmes à ce document, il n'en va pas de même de l'interpellation du notaire. En effet, le Tribunal ne disposait pas des éléments nécessaires pour statuer sur le calcul de rendement, de sorte qu'il ne pouvait renoncer à un tel acte d'instruction, même en procédant à une appréciation anticipée des preuves.

**Art. 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC**

**page 64**

## **12** **Voraussetzungen für den Rechtsschutz in klaren Fällen**

Gegenstand des Entscheids war die Frage, ob zwischen den Parteien ein Mietvertrag über einen Gastronomiebetrieb und eine Wirtewohnung in derselben Liegenschaft zustande gekommen ist. Das Gericht verneinte sowohl das Vorliegen einer klaren Sach- als auch dasjenige einer klaren Rechtslage.

**Art. 257 Abs. 1 ZPO**

**Seite 68**

## Art. 253e, 255, 257d CO

# 1. Disdetta ordinaria e straordinaria in un contratto determinato

**Questo caso ricorda che un contratto determinato non può essere disdetto ordinariamente. In più chiarisce che una disdetta straordinaria per mora è nulla se al momento della disdetta il conduttore non è (più) in ritardo con il pagamento delle pigioni pretese con la diffida.**

### Ritenuto in fatto

In data 1° novembre 2012 le parti stipulavano un contratto di locazione con durata di locazione sino al 31 ottobre 2022 e con facoltà di proroga per altri dieci anni alle stesse condizioni. Il 18 ottobre 2013, la locatrice inviava alla conduttrice la disdetta del contratto di locazione, con effetto al 30 aprile 2014. Disdetta di cui, con istanza 18 novembre 2013 indirizzata all'Ufficio di conciliazione in materia di locazione competente, la conduttrice chiedeva l'annullamento, con contestuale subordinata domanda di protrazione del contratto. Il 28 novembre 2013 la locatrice inviava alle conduttrice un'ulteriore disdetta, questa volta per mora e con effetto al 31 dicembre 2013. In data 19 dicembre 2013 la conduttrice inoltrava all'Ufficio di conciliazione in materia di locazione competente un'istanza di annullamento della disdetta.

L'Ufficio di conciliazione in materia di locazione competente aveva congiunto i due procedimenti conciliativi e il 16 gennaio 2014, non avendo le parti raggiunto un'intesa, rilasciava alla conduttrice l'autorizzazione ad agire – per entrambe le procedure – giusta l'art. 209 CPC. Entro il termine di 30 giorni di cui all'art. 209 cpv. 4 CPC, la conduttrice ha dato avvio all'azione giudiziaria.

## **Considerato, in dritto**

1. Nel presente caso, in discussione vi sono due disdette del contratto di locazione: l'una – assertamente ordinaria – inviata dalla locatrice il 18 ottobre 2013 con preavviso di sei mesi e effetto al 30 aprile 2014; l'altra – straordinaria, per mora – esplicitata dalla locatrice il 28 novembre 2013.

2. Il contratto di locazione del 1° novembre 2012 è qualificabile come contratto di durata determinata (sino al 31 ottobre 2022; la locuzione “prorogabile per altri dieci anni alle stesse condizioni”, potrebbe al limite essere interpretata quale clausola di opzione [v., sul tema, LACHAT, *Le bail à loyer*, pag. 606 e seg., n. 3.4]).

Un contratto di durata determinata ai sensi dell'art. 255 cpv. 2 CO, è destinato ad estinguersi, senza disdetta, alla scadenza pattuita. Quella del 18 ottobre 2013, inviata dalla locatrice alla conduttrice, viene definita dalla convenuta quale disdetta ordinaria con preavviso semestrale. ... Ma, come visto al considerando precedente, occorre invece partire dalla validità del citato contratto di locazione a tempo determinato, per cui – a parte i casi di disdetta straordinaria anticipata (v. LACHAT, *op. cit.*, pag. 604, n. 3.2.2) – non era (è) possibile notificare una disdetta ordinaria. ... Il locatore deve dare la disdetta mediante un modulo ufficiale, sul quale sia indicata al conduttore la procedura per contestare la disdetta o per domandare la prorogazione della locazione (art. 266l cpv. 2 CO): indicazioni, queste, contenute nelle pagine 2-4 del modulo, in concreto non prodotto in causa e che non è dato a sapersi se sia stato trasmesso alla conduttrice. La questione può comunque rimanere aperta, considerato altresì che – in ogni caso – la locataria ha regolarmente contestato la disdetta il 18 novembre 2013 dinanzi all'Ufficio di conciliazione competente.

Tutto ciò detto, va quindi accertata l'inefficacia della disdetta “ordinaria” del 18 ottobre 2013 inviata dalla locatrice alla conduttrice.

3. Rimane quindi da verificare la legittimità o non della seconda disdetta, quella per mora notificata alla convenuta il 28 novembre 2013. Giusta l'art. 257d cpv. 1 CO, quando – dopo la consegna della cosa – il conduttore sia in mora con il pagamento del corrispettivo (pigione) o delle spese accessorie scadute, il locatore può fissargli per scritto un termine per il pagamento (30 giorni nel caso di locali d'abitazione o commerciali) e avvertirlo che, scaduto infruttuosamente questo termine, il rapporto di locazione sarà disdetto. Se il conduttore non paga entro il termine fissatogli, il locatore può recedere dal contratto con preavviso, nelle locazioni di locali d'abitazione o commerciali, di 30 giorni almeno per la fine di un mese (art. 257d cpv. 2 CO; cfr. LACHAT, op. cit., pag. 665, n. 2.2). Va sin d'ora chiarito che l'eventuale dichiarazione di compensazione che il conduttore intende sollevare nei confronti di una richiesta del locatore di pagamento di pigioni assertamente arretrate, deve essere espressa entro il termine di 30 giorni di cui alla comminatoria dell'art. 257d cpv. 1 CO. Se ciò non avviene, la successiva disdetta (ammesso che sia confermata l'effettiva mora del locatario), risulta corretta (v. LACHAT, op. cit., pag. 316, n. 3.7; WESSNER, Commentaire Droit du bail à loyer, ad art. 257d CO, n. 29; SVIT, Mietrecht Kommentar, ad art. 257d CO, n. 19; TF 22.8.2000, inc. 4C.157/2000; II CCA 29.3.2007, inc. n. 12.2007.20).

4. La comminatoria di pagamento dell'art. 257d cpv. 1 CO deve indicare l'ammontare dello scoperto, il quale – peraltro – non deve necessariamente essere cifrato, bastando la sua determinabilità (LACHAT, op. cit., pag. 666; WESSNER, op. cit., ad art. 257d CO, n. 17)...

6. ... Quindi, anche se per ipotesi, non realizzata, si volesse considerare un canone di fr. 40'000. -- mensili, al momento dell'invio della disdetta del 28 novembre 2013 la conduttrice non era in mora con il versamento delle pigioni (dovuto al momento della diffida: 12 mesi x 40'000. -- = fr. 480'000. -- / versato alla scadenza del termine di diffida: fr. 520'000. --)...

7. Una disdetta straordinaria per mora notificata allorquando, di fatto, il conduttore non era (più) in ritardo con il pagamento delle pigioni pretese con la diffida, è inefficace e nulla (v. LACHAT, op. cit., pag. 670, n. 2.3.5; SVIT, op. cit., ad art. 257d CO, n. 32; HIGI, Zürcher Kommentar, ad art. 257d CO, n. 57). Essa, come nel caso che ci occupa, non esplica effetto alcuno.

In base a quanto suesposto, diviene quindi parimenti priva d'oggetto la subordinata domanda dell'attrice relativa alla protrazione della locazione.

**8.** In esito, la petizione va accolta, dichiarando inefficaci sia la disdetta (“ordinaria”) del 18 ottobre 2013, sia quella del 28 novembre 2013, entrambe notificate dalla locatrice alla conduttrice.

...

(Il Pretore della Giurisdizione di Locarno-Città del 12 dicembre 2014)

## Art. 86 al. 1, 257d CO

# 2. Résiliation pour non-paiement de loyer – imputation de paiement

**En application de l'art. 86 al. 1 CO, il y a lieu de considérer que les cinq paiements intervenus trois jours avant l'échéance de la mise en demeure visaient à régler les loyers arriérés, quand bien même le débiteur n'aurait fait aucune déclaration à ce propos. En effet, en acquittant au centime près le montant réclamé dans la mise en demeure, juste avant l'échéance de cette dernière, l'imputation faite par le débiteur résulte des circonstances et était indéniablement reconnaissable pour le créancier.**

## Exposé des faits

Les parties sont liées par un contrat de sous-location de bail depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2005 portant sur une surface commerciale de 80 m<sup>2</sup> sises à Genève.

Par avis comminatoire du 2 avril 2014, réceptionné le 9 avril 2014, la locataire principale a mis en demeure le sous-locataire de lui régler, dans les trente jours, le montant de fr. 8'674.50 à titre d'arriéré de loyer pour les mois de décembre 2013 à avril 2014 et l'a informé de son intention, à défaut du paiement intégral de la somme réclamée dans le délai imparti, de résilier le bail conformément à l'art. 257d CO.



Par courrier du 2 mai 2014, le sous-locataire a contesté le montant réclamé, l'arriéré s'élevant, selon lui, à fr. 8'444.70, compte tenu de la modification du loyer à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2014.

Par courrier du 13 mai 2014, le Conseil de la locataire principale a confirmé le montant de l'arriéré articulé par le sous-locataire et le fait que sa mandante avait bien reçu la somme totale de fr. 8'444.70 le 9 mai 2014, montant qu'elle avait affecté à concurrence de fr. 1'553.20 au loyer de mai 2014, le solde venant en imputation de l'arriéré. Considérant que ce dernier n'avait pas été intégralement résorbé dans le délai comminatoire, la locataire principale a, par avis du 26 mai 2014, résilié le bail pour le 31 juillet 2014.

Le congé a été contesté par le sous-locataire le 24 juin 2014 devant la Commission de conciliation en matière de baux et loyers. Par jugement du 18 juin 2015, le Tribunal des baux et loyers a condamné le sous-locataire à évacuer immédiatement de sa personne et de ses biens les locaux commerciaux sous-loués. Les premiers juges ont retenus notamment que l'un des cinq paiements effectués devait être affecté au paiement du loyer courant, faute au sous-locataire d'avoir déclaré quelle dette il entendait acquitter. Le sous-locataire a formé appel de ce jugement en temps utile.

## Extrait des considérants

**3.1** En vertu de l'art. 257d CO, lorsque, après la réception de la chose, le locataire a du retard pour s'acquitter d'un terme ou de frais accessoires échus, le bailleur peut lui fixer par écrit un délai de paiement et lui signifier qu'à défaut de paiement dans ce délai il résiliera le bail (al. 1, 1<sup>ère</sup> phrase). Ce délai doit être, pour les baux d'habitations ou de locaux commerciaux, de 30 jours au moins (al. 1, 2<sup>ème</sup> phrase *In fine*). Faute de paiement dans le délai fixé, le bailleur peut résilier le contrat avec effet immédiat; les baux d'habitations et de locaux commerciaux peuvent être résiliés moyennant un délai de congé minimum de 30 jours pour la fin d'un mois (al. 2).

Si les conditions prévues par l'art. 257d CO ne sont pas réunies, le congé donné en application de cette disposition est inefficace (ATF 121 III 156 consid. 3c).

L'art. 257c CO prévoit que le locataire doit payer le loyer et, le cas échéant, les frais accessoires, à la fin de chaque mois, mais au plus tard à l'expiration du bail, sauf convention ou usage local contraires.

S'agissant des locaux commerciaux, il n'existe aucun usage à Genève, de sorte qu'à défaut d'accord entre les parties, c'est la norme précitée qui s'applique (BOHNET/MONTINI, *Droit du bail à loyer*, Bâle, 2010, n. 25 ad art. 257c CO; LACHAT, *Le bail à loyer*, 2008, p. 310-311).

Conformément à l'art. 86 al. 1 CO, le débiteur qui a plusieurs dettes à payer au même créancier a le droit de déclarer, lors du paiement, laquelle il entend acquitter. Le second alinéa du même article prévoit que faute de déclaration de sa part, le paiement est imputé sur la dette que le créancier désigne dans la quittance, si le débiteur ne s'y oppose immédiatement.

L'art. 87 CO règle au surplus les cas dans lesquels aucune déclaration n'est intervenue, en déterminant l'ordre d'imputation d'un paiement qui ne suffit pas à couvrir les diverses dettes qu'un débiteur doit payer à un même créancier. C'est ainsi que le paiement s'impute sur la dette exigible et, si plusieurs le sont, sur celle qui a donné lieu aux premières poursuites contre le débiteur, subsidiairement sur la dette échue la première (al. 1); si plusieurs dettes sont échues en même temps, l'imputation se fait proportionnellement (al. 2), tandis que si aucune des dettes n'est échue, l'imputation se fait sur celle qui présente le moins de garanties pour le créancier (al. 3).

La déclaration visée par l'art. 86 al. 1 CO interviendra normalement lors du paiement, mais peut aussi intervenir avant celui-ci (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_68/2014 du 16 juin 2014 consid. 4.3; ATF 37 II 393 consid. 2; LOERTSCHER, *Commentaire romand*, n. 5 ad art. 86 CO). L'imputation faite par le débiteur peut aussi résulter des circonstances, par exemple de la concordance entre le montant du paiement et celui de l'une des dettes, mais doit cependant être reconnaissable par le créancier (ATF 26 II 412 consid 4; LOERTSCHER, *op. cit.*, n. 5 ad art. 86 CO).

**3.2** En l'espèce, les termes contractuels de paiement du sous-loyer ne résultant pas du dossier, se pose en premier lieu la question de savoir si le loyer du mois d'avril 2014 était exigible au moment de la mise en demeure reçue le 9 avril 2014 et si, au moment des cinq paiements effectués par l'appelant, soit le 6 mai 2014, le loyer du mois de mai était déjà échu. De prime abord, l'art. 257c CO devrait trouver application. Cependant, les parties n'ont manifestement pas été interpellées par les premiers juges sur cette question et on peut également se demander si le fait que le sous-locataire n'ait à aucun moment soutenu, notamment à réception de la mise en demeure, que le loyer d'avril 2014 n'était pas exigible, ne tend pas à démontrer qu'il existe un accord entre les parties prévoyant le paiement du loyer par mois d'avance.

Cette question peut toutefois demeurer ouverte, tant il est vrai que les congés doivent de toute manière être déclarés inefficaces, comme on le verra ci-après.

**3.3** En application de l'art. 86 al. 1 CO, il y a lieu de considérer que les cinq paiements intervenus le 6 mai 2014, soit trois jours avant l'échéance de la mise en demeure, visaient à régler les loyers arriérés, quand bien même le débiteur n'aurait fait aucune déclaration à ce propos. En effet, en acquittant au centime près le montant réclamé dans la mise en demeure, juste avant l'échéance de cette dernière, l'imputation faite par le débiteur résulte des circonstances et était indéniablement reconnaissable pour le créancier.

Cela étant, le sous-locataire avait annoncé à l'avance, soit par courrier de son conseil envoyé quatre jours plus tôt, son intention de régler, d'ici au 9 mai 2014, la totalité du montant réclamé dans l'avis comminatoire, de sorte que le débiteur a quoi qu'il en soit procédé à la déclaration visée à l'art. 86 al. 1 CO. Une déclaration au sens de cette disposition peut en effet également intervenir en avance.

Enfin, il résulte du dossier que les cinq paiements étaient tous accompagnés d'un « message » (terme utilisé par la banque), indiquant quelle dette était acquittée. Se pose la question de savoir si ce « message » est effectivement parvenu dans la sphère d'influence du créancier, dans la mesure où il incombe au débiteur que sa déclaration soit effectivement reçue par le créancier, pour valoir déclaration au sens de l'art. 86 al. 1 CO.

Le fait que la banque intitule cette information « message » permet d'en déduire que l'information en question parvient effectivement dans la sphère d'influence du créancier. Dans la mesure où l'intimée s'est contentée de produire un récapitulatif de sa banque, sur lequel elle n'a précisément pas sélectionné l'option « Afficher les détails de l'écriture », il convient de retenir qu'elle échoué à apporter la contre-preuve de ce fait, étant relevé qu'il n'appartenait pas au Tribunal d'interpeller la locataire principale pour la rendre attentive à l'insuffisance de sa contre-preuve. En effet, sous l'ancien droit comme sous le CPC, la maxime inquisitoire sociale, qui impose au juge un devoir d'interpellation accru, s'applique avec retenue s'agissant d'une partie représentée par un avocat (art. 274d al. 3a CO et art. 247 al. 2 let. a CPC; arrêts du Tribunal fédéral 4A\_491/2014 du 30 mars 2015 consid. 2.6.1; 4A\_519/2010 du 11 novembre 2010 consid. 2.2; 4A\_211/2015 du 8 décembre 2015 consid. 3.3). Or, la locataire principale était non seulement assistée d'un avocat, mais son attention avait en outre expressément été attirée par l'appelant sur l'insuffisance de sa contre-preuve, puisque l'appelant avait sollicité, lors de l'audience du 22 avril 2015, la production

des avis de crédit de décembre 2013 à juin 2014, affirmant que les « messages » apparaissaient bien sur ceux-ci.

Au vu de ce qui précède, les cinq paiements effectués le 6 mai 2014 ont éteint les dettes de loyers de l'appelant pour les mois de décembre 2013 à avril 2014, soit ceux visés dans l'avis comminatoire.

Enfin, le courrier du conseil de l'appelant, daté du 27 mai 2014, ne saurait remettre en question ce constat, tant il est vrai qu'il ne faisait que prendre « bonne note » du fait que la locataire principale avait affecté une part du versement au loyer dû pour le mois courant, sans indiquer qu'elle acceptait cette attribution. Il ne saurait dès lors être considéré que les parties se sont entendues sur une modification de la déclaration d'imputation. Il apparaît d'ailleurs vraisemblable qu'il s'agit plutôt d'un malentendu, le conseil de l'appelant ayant vraisemblable cru, lorsqu'il a adressé ce courrier, que la somme que sa partie adverse disait attribuer au loyer de mai 2014 consistait en un solde excédentaire par rapport au montant de la mise en demeure comme il l'a ensuite laissé entendre dans son courrier du lendemain, dans lequel il contestait cette attribution.

Au vu de ce qui précède, l'entier de l'arriéré ayant été réglé dans le délai comminatoire, les congés sont inefficaces.

Le jugement entrepris sera ainsi annulé.

(Arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des baux et loyers, du 7 mars 2016 [C/12626/2014])

## Art. 257f Abs. 3, 266g Abs. 1 OR

# 3. Konversion einer ausserordentlichen Kündigung

**Das Kantonsgericht Zug prüft im nachfolgenden Entscheid, ob sich die ursprünglich wegen einer Verletzung der Sorgfalts- bzw. Rücksichtnahmepflicht ausgesprochene Kündigung in eine Kündigung aus wichtigem Grund umwandeln lässt. Für beide Kündigungsarten werden die jeweiligen Voraussetzungen dargelegt. Vor der Kündigung hatte der Mieter der betagten Vermieterin mehrfach Korrespondenz zugestellt. Dies trotz wiederholter Abmahnung durch die Verwaltung.**

## Sachverhalt

Im Nachgang an eine Schlichtungsverhandlung betreffend Nebenkostenabrechnung der Periode 2014/2015 kam es zwischen A. (Mieter) und der B. AG (Liegenschaftsverwaltung) zu einem Briefwechsel. Nebst zuvor erwähnter Abrechnung wurde dabei auch die Fortführung des Mietverhältnisses angesprochen. In diesem Zusammenhang hielt die Liegenschaftsverwaltung mittels Schreiben vom 23. Dezember 2015 Folgendes fest:

„Wir teilen Ihnen mit, dass uns Frau C. (Vermieterin) ab 1. Januar 2016 die Verwaltung der Liegenschaft an der X.-Strasse in Y. übertragen hat. Wir bitten Sie deshalb, sich in sämtlichen Belangen, welche das Mietverhältnis betreffen, inskünftig an uns zu wenden. Die für Sie zuständige Ansprechperson ist Herr D. ... Angesichts des Gesundheitszustandes von Frau C. bitten wir Sie, die Eigentümerin nicht mehr mit Kopien der Korrespondenz, welche Sie mit uns führen, zu bedienen. Ebenfalls

möchten wir Sie bitten, die direkte Korrespondenz mit Frau C. zu unterlassen.“

Dieser Aufforderung kam der Mieter zunächst nach. Eine Kopie seines Schreibens vom 7. Januar 2016 sandte er dann allerdings wieder an die Vermieterin. Die Liegenschaftsverwaltung teilte dem Mieter hierauf am 9. Januar 2016 Folgendes mit:

„Wir beziehen uns auf unser Schreiben vom 23. Dezember 2015. Dabei haben wir Sie gebeten, sämtliche Korrespondenz mit Frau C. zu unterlassen und sie auch nicht mit Kopien der Korrespondenz mit uns zu bedienen. Trotz dieser unmissverständlichen Aufforderung haben Sie wiederum eine Kopie Ihres Schreibens vom 7. Januar 2016 an uns an Frau C. zugestellt. Frau C. ist eine betagte Dame und gesundheitlich angeschlagen. Sie ist in ärztlicher Behandlung und leidet wegen der schwierigen Situation mit Ihnen sehr. Wir fordern Sie deshalb auf, unsere Weisung strikte zu befolgen.“

Gleichentags schickte der Mieter den Mitbewohnern der X.-Strasse einen Brief zu, worin er sich erneut mit der Nebenkostenabrechnung 2014/2015 befasste. Ein weiterer Brief an die Liegenschaftsverwaltung folgte am 11. Januar 2016 mit Kopie zur „Kenntnisnahme an die Mietbewohner“. Die Liegenschaftsverwaltung antwortete dem Mieter mit Schreiben vom 11. Januar 2016. Schliesslich wandte sich der Mieter am 12. Januar 2016 betreffend „Falsche NK-Abrechnung: X.-Strasse“ nochmals schriftlich an die Liegenschaftsverwaltung. Eine Kopie dieses Schreibens ging an die Vermieterin und an „alle Mieter des Hauses“.

Mit Schreiben vom 19. Januar 2016 kündigte die Vermieterin den Mietvertrag mit dem Mieter auf den 1. März 2016 mit folgender Begründung:

„Wiederholte Zustellung von Mieterkorrespondenz an die betagte Vermieterin trotz wiederholter Abmahnung durch die Verwaltung. Sie haben die Vermieterin bewusst schikaniert und die Verschlechterung ihres Gesundheitszustandes in Kauf genommen.“

Gegen die Kündigung erhob der Mieter Klage vor dem Kantonsgericht Zug.

## **Aus den Erwägungen**

**2.1** Aus dem Kündigungsschreiben vom 19. Januar 2016 geht nicht hervor, gestützt auf welche Gesetzesbestimmung die Kündigung ausgesprochen

wurde. Die Vermieterin führte in der Klageantwort aber aus, die ausserordentliche Kündigung stütze sich auf Art. 257f Abs. 3 OR. Als "einziger Kündigungsgrund" wird dabei die mehrfache, rücksichtslose und bösertige Zustellung von Mieterkorrespondenz an die Vermieterin, welche deren Gesundheit und Wohlbefinden gefährdet habe und offensichtlich im klaren Widerspruch zu entsprechenden Weisungen gestanden sei, angegeben. Der Mieter bestreitet dagegen "ganz grundsätzlich", dass der geltend gemachte Kündigungsgrund rund um die vermeintlich unzulässige Korrespondenzzustellung an die Vermieterin vom Schutzgedanken von Art. 257f OR überhaupt gedeckt sei.

**2.2** Für den Vermieter kann die Fortführung des Mietvertrages unzumutbar werden, wenn der Mieter seine vertraglichen Pflichten nicht einhält. Das Gesetz sieht insoweit Spezialregelungen vor. So bestimmt Art. 257d OR die Kündigungsmöglichkeit, wenn der Mieter mit der Zahlung der Mietzins und Nebenkosten in Rückstand ist. Art. 257f OR betrifft die Verletzung der Pflicht zum sorgfältigen Gebrauch der Mietsache und der Rücksichtnahme auf Hausbewohner und Nachbarn. Bei anderen Vertragsverletzungen durch den Mieter ist die Kündigungsmöglichkeit dagegen nach Art. 266g Abs. 1 OR zu beurteilen (BGer 4C.255/2004 vom 17. November 2004 E. 5.3).

**2.3** Gemäss Art. 257f OR muss der Mieter die Sache sorgfältig gebrauchen (Abs. 1) sowie auf Hausbewohner und Nachbarn Rücksicht nehmen (Abs. 2). Verletzt der Mieter diese Pflichten trotz schriftlicher Mahnung des Vermieters, so dass dem Vermieter oder den Hausbewohnern die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht mehr zuzumuten ist, kann der Vermieter mit einer Frist von 30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen (Abs. 3).

Der Mieter verletzt die Sorgfaltspflicht gemäss Art. 257f Abs. 1 OR, wenn er die Sache unsachgemäss gebraucht, d.h. wenn er nicht die pflichtgemässe Sorgfalt aufwendet, die der Vermieter von einem korrekten Vertragspartner erwarten darf. "Rücksichtnahme" im Sinne von Art. 257f Abs. 2 OR meint, der Mieter habe den Gebrauch der Mietsache so zu gestalten, dass übermässige Einwirkungen, wie sie das Nachbarrecht verpönt (Art. 684 ZGB), unterbleiben. Ferner hat er die allgemeinen Polizeivorschriften (betreffend Nachtruhe usw.) sowie die Ordnungen (allgemeine Regeln) über den Gebrauch gemeinsamer Einrichtungen (wie Waschküche, Trockenräume, Treppenhaus, Lift usw.; meist zusammen mit den allgemeinen Polizeivorschriften konkretisiert in Hausordnungen u.a.m.) einzuhalten, wie er überhaupt alles zu vermeiden hat, was die Hausbewohner und Nachbarn ernstlich beeinträchtigt. Hausbewohner sind dabei alle Personen,

die ein vertragliches (aus Miete, Pacht oder unentgeltlicher Gebrauchsüberlassung) oder dingliches Gebrauchsrecht (Eigentum, Wohnrecht, Wegrecht usw.) zur Benutzung der unbeweglichen Mietsache haben, sowie deren Ehegatten, Familiengenossen, Angestellten usw. Der Vermieter ist ebenfalls Hausbewohner, wenn er im Haus wohnt oder wenn er an der unbeweglichen Mietsache ein Gebrauchsrecht hat. Was Nachbarn sind, definiert Art. 684 ZGB (HIGI, Zürcher Kommentar, 3. A 1994, Art. 257f OR N 28 und 33 ff.).

**2.4** Das dem Mieter vorgeworfene Verhalten stellt offenkundig keinen Verstoß gegen die Pflicht zum sorgfältigen Gebrauch der Mietsache im Sinne von Art. 257f Abs. 1 OR dar. Auch eine Verletzung der Pflicht zur Rücksichtnahme liegt nicht vor. Zwar leben die Vermieterin und der Mieter unstrittig im gleichen Mehrparteienhaus an der X.-Strasse. Insofern könnte die Vermieterin als Hausbewohnerin im Sinne von Art. 257f Abs. 2 OR betrachtet werden. Auch der Versand von Briefen an Hausbewohner wird von der Pflicht zur Rücksichtnahme umfasst. Die allenfalls pflichtwidrigen Schreiben des Mieters vom 7. und 12. Januar 2016 wurden der Vermieterin persönlich aber offenkundig nicht als Hausbewohnerin der Liegenschaft X. zugeschickt, sondern in ihrer Funktion als Vermieterin. Dies ergibt sich bereits daraus, dass der Mieter das Schreiben vom 19. Dezember 2015 in Kopie nur an die Schlichtungsbehörde Miet- und Pachtrecht und die Vermieterin persönlich und das Schreiben vom 7. Januar 2016 nur an die Vermieterin persönlich richtete, das Schreiben vom 9. Januar 2016 dagegen direkt "an die Mitbewohner X." und jenes vom 11. Januar 2016 in Kopie an die Mitbewohner. Da die Vermieterin dem Mieter im Zusammenhang mit den letztgenannten Schreiben keine Pflichtverletzungen vorhält, kann davon ausgegangen werden, dass sie diese nicht erhalten hat, obschon sie ebenfalls Hausbewohnerin der Liegenschaft X. ist. Aus der selektiven Auswahl der Adressaten ergibt sich, dass der Mieter sich mit seinen Schreiben an Frau C. als Vermieterin wenden wollte. Zu dieser Schlussfolgerung passt auch der Inhalt dieser Briefe, welcher insbesondere den Verlauf der Schlichtungsverhandlung vom 9. März 2016, ein angebliches Angebot betreffend Abfindung des Mieters beim Auszug aus seiner Wohnung, angebliche Fehler in der Nebenkostenabrechnung und Beanstandungen wegen angeblich offener Fenster zum Gegenstand hat. Solche Themen betreffen die Vertragsbeziehung zwischen Mieter und Vermieterin und nicht das Zusammenleben der Hausbewohner und Nachbarn einer Mietliegenschaft. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung fällt der wiederholte Versand von Briefen an den Aktionär der Vermieterin – trotz der Bitte, dies zu unterlassen – auch dann nicht unter den Regelungsbereich von Art. 257f OR,



wenn darin nach Ansicht der Verwaltung unwahre und ehrverletzende Anschuldigungen erhoben werden (vgl. BGer 4A\_142/2012 vom 17. April 2012 E. 2.2, kommentiert von MAAG, Kündigung aus wichtigen Gründen [Art. 266g OR] – Konversion [Kündigung aus wichtigen Gründen], MRA 4/2012 S. 237 ff., 239). Gleiches muss für den Versand von Schreiben an die Liegenschaftsverwaltung in Kopie an die im gleichen Haus lebende Vermieterin persönlich gelten, wenn letztere nicht als Hausbewohnerin oder Nachbarin betroffen ist. Art. 257f OR umfasst denn auch anerkanntermassen nicht Verletzungen von Vertragspflichten schlechthin (BGE 123 III 124 E. 2a; kritisch: SPIRIG, ausserordentliche Kündigungen ausserhalb des mietrechtlichen Katalogs?, mp 1/2012 S. 1 ff., ebenso: KOLLER, Ausserordentliche Kündigung der Wohnungs- und Geschäftsmiete, AJP 7/2010 S. 845 ff.). Die streitige Kündigung lässt sich daher nicht aus Art. 257f Abs. 3 OR begründen.

**2.5** Somit ist zu prüfen, ob die zu Unrecht auf Art. 257f Abs. 3 OR gestützte Kündigung unter einem anderen Titel als zulässige – ausserordentliche – Kündigung wirksam geworden ist. Aus dem Begriff des Gestaltungsrechts folgt im Allgemeinen ein Umdeutungsausschluss. Dieser reicht indessen nicht weiter als die Gebote der Klarheit, der Unbedingtheit und der Unwideraufflichkeit der Ausübung von Gestaltungsrechten und findet seine Schranken an den Grundsätzen der Rechtsanwendung von Amtes wegen und der unschädlichen Falschbezeichnung analog Art. 18 OR. Wer daher gestützt auf einen klar umschriebenen Sachverhalt eine ausserordentliche Kündigung ausspricht, dem schadet nicht, wenn er – rechtsirrtümlich – als rechtliche Grundlage seiner Gestaltungserklärung eine unrichtige Gesetzesbestimmung anruft, sofern eine Ersatznorm zur Verfügung steht, welche seinen Anspruch stützt. Die unrichtige rechtliche Qualifikation kann ihm diesfalls nicht entgegengehalten werden, und seine Kündigung ist nach Massgabe der sachlich anwendbaren Norm zu beurteilen (BGE 123 III 124 E. 3d m.H.; MAAG, Kündigung aus wichtigen Gründen, a.a.O., S. 239). Hält etwa der nicht im Hause wohnende Vermieter Verunglimpfungen durch den Mieter fälschlicherweise für einen Anwendungsfall von Art. 257f OR, so ist Art. 266g OR anzuwenden (WEBER, Basler Kommentar, 6. A. 2015, Art. 257f OR N 9 m.H.).

**3.1** Gemäss Art. 266g OR können die Parteien aus wichtigen Gründen, welche die Vertragserfüllung für sie unzumutbar machen, das Mietverhältnis mit der gesetzlichen Frist auf einen beliebigen Zeitpunkt kündigen (Abs. 1). Der Richter bestimmt die vermögensrechtlichen Folgen der vorzeitigen Kündigung unter Würdigung aller Umstände (Abs. 2). Bei der Miete von Wohnungen können die Parteien mit einer Frist von drei Monaten auf einen

ortsüblichen Termin oder, wenn es keinen Ortsgebrauch gibt, auf Ende einer dreimonatigen Mietdauer kündigen (Art. 266c OR).

**3.2** Wichtige Gründe im Sinne von Art. 266g Abs. 1 OR können nur Umstände von einer ausserordentlichen Schwere sein, die bei Vertragsschluss weder bekannt noch voraussehbar waren und nicht auf ein Verschulden der kündigenden Partei zurückzuführen sind. Die angerufenen Umstände müssen so schwer sein, dass sie die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zur Beendigung objektiv unzumutbar machen; eine nur subjektiv empfundene Unzumutbarkeit genügt nicht. Die Art und Weise wie die Situation von der kündigenden Partei wahrgenommen wird, ist jedoch nicht ohne jede Bedeutung. Die Umstände, welche einen wichtigen Grund darstellen, müssen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zur Beendigung nicht nur nach einer objektiven Beurteilung unzumutbar machen, sondern auch subjektiv. Keine wichtigen Gründe liegen vor, wenn sich der Vertragspartner mit objektiv schwerwiegenden Umständen abfindet und diese für ihn die Fortsetzung der Vertragsbeziehungen nicht unzumutbar machen. So nimmt die Rechtsprechung bei Kündigungen aus wichtigem Grund im Sinne von Art. 266g OR an, dass die Partei das Mietverhältnis sofort nach Auftreten des wichtigen Grundes kündigen muss, weil sie andernfalls durch ihr Verhalten zeigt, dass für sie die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht unzumutbar ist. Beim Entscheid über wichtige Gründe hat der Richter nach Recht und Billigkeit zu entscheiden (Art. 4 ZGB). Er muss somit sämtliche Umstände des Einzelfalles würdigen, ohne jedoch den Grundsatz der Rechtssicherheit und das Interesse der Gegenpartei an der Fortsetzung des Mietvertrages aus den Augen zu verlieren (BGer 4A\_142/2012 vom 17. April 2012 E. 2.2, kommentiert von MAAG, Kündigung aus wichtigen Gründen, a.a.O., S. 240; BGer 4C.255/2004 vom 17. November 2004 E. 5.3; vgl. auch HULLIGER, Kündigung aus wichtigen Gründen, Überblick über Lehre und Rechtsprechung, MRA 1/2011 S. 1 ff.).

**3.3** Die Vermieterin hält zur Begründung der Kündigung vom 19. Januar 2016 im Wesentlichen fest, es sei dem Mieter bekannt gewesen, dass sie gesundheitliche Probleme habe und dass sie durch die mietrechtliche Streitigkeiten stark belastet sei. D. [Liegenschaftsverwalter] habe den Mieter unmissverständlich angewiesen, der Vermieterin keine Mieterkorrespondenz mehr zuzustellen. Diese Anweisung sei klar formuliert und stelle auch keine Schikane dar. Vielmehr sei die Anweisung sachlich begründet (Gefährdung des Gesundheitszustandes der Vermieterin) worden. Der Mieter habe sich dieser Anordnung mit voller Absicht widersetzt und der Vermieterin wiederholt belastende Mieterkorrespondenzen zugestellt. Mit Schreiben vom 7. Januar 2016 habe der Mieter Ausführungen gemacht, weshalb

ihm ein dreijähriger Kündigungsschutz zustehe. Im Weiteren habe er ausgeführt, dass er sich aufgrund des speziellen Benehmens von D. [Liegenschaftsverwalter] genötigt fühle, den anderen Mietern aufgrund der falschen Nebenkostenabrechnung aufzuzeigen, wo diese nicht stimme und wieviel diese tatsächlich zugute hätten. Dieses Schreiben, in welchem angedroht werde, dass den Mitmietern die falsche Nebenkostenabrechnung erklärt werde, habe der Mieter bewusst der Vermieterin in Kopie zugestellt. Mit Schreiben vom 12. Januar 2016 habe der Mieter sodann das Schreiben der Verwaltung vom 11. Januar 2016, worin er aufgefordert worden sei, umgehend darauf zu verzichten, die übrigen Mitmieter mit Unwahrheiten einzudecken und sich als selbsternannter Mitmietervertreter betreffend X.- Strasse aufzuspielen, beantwortet und angekündigt, aufgrund der vorliegenden Korrespondenz einen Leserbrief zu schreiben und auf die dubiose Version der Verwaltung hinzuweisen. Dieses Schreiben habe der Mieter wiederum mit voller Absicht der Vermieterin persönlich und sämtlichen Mietern im Haus als Kopie zugestellt. Dem Mieter sei bewusst gewesen, dass er mit seinen Handlungen gegen die Anweisungen der Vermietervertretung verstosse und dass die Konfrontation der Vermieterin mit den mietrechtlichen Streitigkeiten bei dieser zu gesundheitlichen Problemen führe. Der Mieter habe sodann keinen vernünftigen Grund ins Feld führen können, weshalb er sich nicht an die Anweisung der Vermietervertretung gehalten habe. Der Mieter habe in der Liegenschaftsverwaltung B. AG einen kompetenten und verfügbaren Ansprechpartner. Für den Mieter habe es keinen Nachteil dargestellt, sich in der Mietangelegenheit mit der Liegenschaftsverwaltung auseinanderzusetzen und er wäre durch die Einhaltung der entsprechenden Anweisungen keines Rechts verlustig gegangen. Dem Mieter sei es offensichtlich darum gegangen, die Vermieterin respektive deren Vertretung zu belehren und mit besserwisserischen Kommentaren einzudecken sowie die Vermieterin in Rage zu bringen, diese mit der Zustellung der Korrespondenzen bewusst zu schikanieren und deren Gesundheit zu gefährden. Dieses Verhalten stelle mangelnde Rücksichtnahme und eine wiederholte offensichtliche Vertragsverletzung dar.

Der Mieter bestreitet, dass er die Vermieterin bzw. deren Vertretung zu belehren versucht habe. Die Überprüfung einer Nebenkostenabrechnung auf ihre Richtigkeit hin habe nichts mit besserwisserischem Gehabe zu tun. Es stehe jedem Mieter offen, die Nebenkostenabrechnung samt geforderter Nachzahlung zu prüfen und nötigenfalls bei der Schlichtungsbehörde anzufechten. Vehement bestritten werde die vermeintliche Tatsache, wonach die vorliegenden mietrechtlichen Streitigkeiten Auslöser der gesundheitlichen Probleme der Vermieterin sein sollten. Es sei nicht ungewöhnlich, dass bei Menschen in fortgeschrittenem Alter gewisse Beschwerden neu

auftreten und bereits bestehende sich verstärken würden. Es bleibe auch rätselhaft, woraus die Vermieterin offenbar den – allerdings bestrittenen – Eindruck gewinne, der Mieter amüsiere sich an deren gesundheitlichen Problemen und freue sich gar daran, diese in Rage zu bringen. Sodann werde nicht bestritten, dass der Mieter die Vermieterin mit einer Kopie des Schreibens vom 7. Januar 2016 bedient habe. Allerdings enthalte dieses Schreiben nichts Unrechtes. Es werde bestritten, dass der Mieter mit seinem Schreiben eine Mitmieterinformation "angedroht" haben solle. Er habe einzig darüber informiert, dass er seine Mitbewohner über den positiven Ausgang seiner Nebenkostenangelegenheit orientieren werde. Dies aber sei sein gutes Recht. Besser und transparenter wäre es allerdings gewesen, wenn die Verwaltung von sich aus die übrigen Nebenkostenabrechnungen proaktiv noch einmal überarbeitet hätte. Auch mit dem Schreiben vom 12. Januar 2016 habe der Mieter nichts Unrechtes unternommen. Vielmehr habe er auf diese Weise die gegen ihn gerichteten Verunglimpfungen seitens der Vermieterin und der Liegenschaftsverwaltung richtigstellen wollen. Zudem werde generell bestritten, dass die Vermieterin durch diese Korrespondenz je massiv belastet worden sei. Dies stelle eine reine und durch nichts belegte Parteibehauptung dar. Allein das Alter der Vermieterin lasse nicht per se auf eine übermässige gesundheitliche Belastung durch Korrespondenz schliessen. Hinzu komme, dass auch die ins Recht gelegten ärztlichen Schriftstücke nicht auf den geforderten adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der zugestellten Korrespondenz und den behaupteten – jedoch vollumfänglich bestrittenen – gesundheitlichen Akutreaktionen der Vermieterin schliessen liessen. Zu guter Letzt hätte es die Vermieterin jederzeit selber in der Hand gehabt, die vermeintlich belastende Korrespondenz kurzerhand zu vernichten und gar nicht erst zu lesen.

**3.4** Im Geschäftsverkehr zwischen Mieter- und Vermieterschaft ist es im Allgemeinen unproblematisch, wenn Korrespondenz, welche der Mieter an die Verwaltung richtet, in Kopie auch an den Vermieter direkt geht. Es gilt aber zu bedenken, dass die Liegenschaftsverwaltung zwar nicht Vertragspartei ist, sie aber als Vertreterin der Vermieterschaft handelt. Die Liegenschaftsverwaltung wahrt die Interessen der Vermieterschaft und nimmt sämtliche für die Verwaltung der Liegenschaft erforderlichen Rechtshandlungen vor (z.B. Abschluss eines Mietvertrages, Inkasso der Mietzinse, Kündigung, Mitteilung der Mietzinserhöhung). Sofern der Mieterschaft das Vertretungsverhältnis bekannt ist, hat sie sich also in allen Belangen des Mietvertrages an die Verwaltung zu halten (LACHAT/PÜNTENER, in: Lachat et al. [Hrsg.], Mietrecht für die Praxis, 8. A. 2009, Rz 2/1.2.3). Dem Mieter war spätestens seit dem Schreiben der B. AG vom 23. Dezember 2015 be-

kannt, dass diese für die Verwaltung der von ihm gemieteten Wohnung zuständig ist und er sich mit seinen Anliegen ausschliesslich an die Verwaltung halten und der Vermieterin weder direkte Korrespondenz noch solche in Kopie zusenden soll. Mit Schreiben vom 9. Januar 2016 hat die Liegenschaftsverwaltung diese Anweisungen gegenüber dem Mieter nochmals betont. Dagegen hat der Mieter mit Schreiben vom 7. und 12. Januar 2016 verstossen. Wie dargelegt und von der Vermieterin zu Recht betont, handelt es sich bei der Aufforderung, ihr persönlich keine Mieterkorrespondenz zuzusenden, nicht um eine Schikane, sondern um das ordnungsgemässe Verhalten gegenüber einer von der Liegenschaftsverwaltung vertretenen Vermieterin. Die Vermieterin war daher schon allgemein, erst recht aber unter Berücksichtigung ihres hohen Alters und des Umstandes, dass sie die Mietangelegenheit mit dem Mieter belastet, berechtigt, von diesem die Einhaltung des Vertretungsverhältnisses zu verlangen. Wie die Vermieterin weiter zutreffend erklärt, konnte der Mieter nicht nachvollziehbar darlegen, weshalb er sich nicht an diese Anweisung gehalten hat. Insbesondere ist es – entgegen der Ansicht des Mieters – nicht Sache des Mieters, einen korrekten Informationsfluss zwischen Vermieterschaft und Liegenschaftsverwaltung sicherzustellen. Die Entscheidung des Mieters, der Vermieterin weiterhin seine Korrespondenz mit der Liegenschaftsverwaltung in Kopie zuzusenden, wiegt unter diesen Umständen nicht mehr leicht.

**3.5** Andererseits ist zu beachten, dass das dem Mieter vorgeworfene Verhalten sich im Ergebnis auf zwei Schreiben, welche in einem Zeitraum von weniger als einer Woche verschickt wurden, beschränkt. Das direkte Mietverhältnis zwischen den Parteien dauert dagegen bereits über zwölf Jahre. Umfang und Zeitraum des pflichtwidrigen Verhaltens auf der einen Seite und der lange Bestand des Mietverhältnisses auf der anderen Seite sprechen für eine zumutbare Fortsetzung des Mietverhältnisses.

**3.6** Weitere allfällige Pflichtverletzungen des Mieters und das Verhältnis zwischen den Mietparteien insgesamt können bei der Beurteilung der Kündigung vom 19. Januar 2016 grundsätzlich nicht berücksichtigt werden. Zwar kann ein unheilbar zerrüttetes Verhältnis zwischen den Mietparteien bzw. eine unerträglich gewordene Feindschaft einen wichtigen Grund für eine Kündigung im Sinne von Art. 266g OR darstellen (HULLIGER, a.a.O., S. 5; HIGI, Zürcher Kommentar, a.a.O., Art. 266g OR N 49). Die Vermieterin verwehrt sich aber schon in der Klageantwort dagegen, den Vorwand "einer zerrütteten Ehe" ins Feld zu führen und betonte, dass einziger Kündigungsgrund die mehrfache, rücksichtslose und bösertige Zustellung von Mieterkorrespondenz sei. In ihren Ausführungen hat sie sodann lediglich pauschal darauf hingewiesen, dass das Mietverhältnis zwischen den Par-

teilen "offensichtlich" belastet sei. Mithin hat die Vermieterin einen allfälligen Konflikt zwischen den Parteien als Kündigungsgrund verworfen und darauf verzichtet, das Verhältnis zwischen den Parteien genauer darzustellen. Der Mieter seinerseits bestritt schon in Klage und Widerklageantwort, dass das Mietverhältnis belastet sein solle. Die entsprechende Behauptung der Vermieterin sei durch nichts belegt. Soweit das Mietverhältnis doch belastet sei, liege der Grund hierfür ausschliesslich in der subjektiven Befindlichkeit der Vermieterin. Denn objektive oder zumindest objektivierbare Gründe lägen nicht vor. Allein ein höherer Mietzins für einen "Nachfolgemmieter" stehe auf Seiten der Vermieterin im Vordergrund. Auch an der Parteibefragung betonte der Mieter, dass er nie ein Problem mit der Vermieterin gehabt habe. Zur Entwicklung des Mietverhältnisses hielt er zusammengefasst fest, dass er für die Vermieterin in der Vergangenheit mehrfach Arbeiten an der Mietliegenschaft erledigt habe, diese eines Tages mit seiner Umsetzung von neu zu montierenden Briefkästen nicht einverstanden und verärgert gewesen sei, als er hierauf keine weiteren Arbeiten für sie mehr habe leisten wollen. Insbesondere sei er nicht damit einverstanden gewesen, neu Hauswartarbeiten zu erbringen, worauf die Vermieterin den Mietzins um 70 Prozent habe erhöhen wollen, was er bei der Schlichtungsbehörde Miet- und Pachtrecht angefochten habe. Die Vermieterin hat unter diesen Umständen die Ursachen, die Entwicklung und den Gehalt eines allfälligen, über den vorgeworfenen Versand der zwei Schreiben vom 7. und 12. Januar 2016 hinausgehenden Konflikt zwischen den Parteien nicht substantiiert behauptet und bewiesen. Eine Abgrenzung zu blossen Meinungsverschiedenheiten, welche als wichtigen Grund im Sinne von Art. 266g OR nicht genügen würden (vgl. HIGI, Zürcher Kommentar, a.a.O., Art. 266g OR N 49), ist nicht möglich und der Anteil jeder Partei am allfälligen Konflikt lässt sich ebenfalls nicht feststellen. Auch wenn es naturgemäss schwierig ist, nach so langer Zeit noch festzustellen, wer einen Konflikt ins Rollen brachte und über die Jahre dazu beigetragen hat, dass dieser fort-dauert oder sich verschlimmert, kann eine Überprüfung desselben nicht einfach unterbleiben, wenn die gekündigte Partei – wie im vorliegenden Fall – behauptet, dass der Konflikt auf ein Verschulden der Gegenseite zurückzuführen ist.

**3.7** Die Schreiben vom 7. und 12. Januar 2016 haben sodann – wie auch die Vermieterin festhält (vgl. vorne E. 3.3) – im Wesentlichen die Nebenkostenabrechnung der Mietliegenschaft, den Ausgang des Schlichtungsverfahrens SB ... (insbesondere den dreijährigen Kündigungsschutz) sowie das Auftreten des Mieters als "selbsternannter Mietvertreter" zum Gegenstand. Sie weisen mithin einen eindeutigen Bezug zum Mietverhältnis der Parteien auf und betreffen Meinungsverschiedenheiten, wie sie zwischen

den Parteien eines Mietvertrages immer vorkommen können. Eine rein oder überwiegend schikanöse Belästigung ergibt sich aus den Schreiben nicht. Die Vermieterin hält denn auch ausdrücklich fest, dem Mieter werde nicht vorgeworfen, sich wegen der behaupteten fehlerhaften Nebenkostenabrechnungen an sie gewandt zu haben.

Immerhin fällt in den Schreiben des Mieters der teilweise harte und konfrontative Tonfall auf (v.a. "mickrige Offerte", "Hausmeisterin", "diese verträgt keine andere Meinung, ist als sehr boshaft zu bezeichnen", "als Treuhänder, wie Sie sich bezeichnen, sollte Ihnen solches, wie noch etliches in Sachen Mietrecht bekannt sein", "sollte man auf dieser Differenz bestehen, wäre dies einem Betrugsversuch an den Mietern gleichzustellen" und "wo bleibt da Ihr logisches Denken und Verhalten"). Dabei ist aber zu beachten, dass die Schreiben in erster Linie an die Liegenschaftsverwaltung gerichtet waren. Zudem lassen sich den Ausführungen des Mieters keine Verunglimpfungen entnehmen, welche eine Fortsetzung des Mietverhältnisses unzumutbar machen würden. Dabei ist durchaus nachvollziehbar, dass die Ankündigungen, einen Leserbrief zu schreiben und die angeblich falsche Nebenkostenabrechnung gegenüber den anderen Mietern offen zu legen, bei der Vermieterin für Unmut sorgten. Es ist darin aber kein offensichtlich treuwidriges oder missbräuchliches Verhalten zu erkennen. Aus den Schreiben vom 7. und 12. Januar 2016 ergibt sich inhaltlich zusammengefasst mithin kein ausserordentlich schwerwiegender Grund, der eine Kündigung nach Art. 266g OR rechtfertigen würde.

**3.8** An dieser Beurteilung vermag die gesundheitliche Verfassung der Vermieterin nichts zu ändern. Die Vermieterin ist 91 Jahre alt. Gemäss Angaben ihres Hausarztes leidet sie an einer schweren fortschreitenden Herzkrankheit mit wiederholten Rhythmusstörungen sowie Zustand nach Herzklappenoperation und Angina pectoris. In diesem Zusammenhang macht die Vermieterin geltend, die Schreiben vom 7. und 12. Januar 2016 hätten sie sehr belastet. Indes zeigte sie nicht substantiiert auf, dass und zu welchen negativen Folgen für ihre Gesundheit die beiden Briefe konkret geführt haben sollen. Insbesondere ist nicht klar, ob es sich dabei um psychische oder physische Beeinträchtigungen handeln soll. Nur für letztere wäre gestützt auf die erwähnten Arztzeugnisse von einer besonderen Empfindlichkeit der Vermieterin auszugehen. Wie die Vermieterin sodann zutreffend einwendet, ist eine tatsächliche Schädigung allerdings nicht erforderlich und würde auch eine mögliche Gefährdung ihrer Gesundheit genügen. Erhebliche negative Konsequenzen auf die Gesundheit der Vermieterin sind im Lichte eines objektiven Massstabes (vgl. HIGI, Zürcher Kommentar, a.a.O., Art. 266g OR N 31) aus den beiden Schreiben des Mieters aber nicht zu erwarten. Zum einen war es der Vermieterin auch in ihrem hohen

Alter und trotz Herzkrankheit möglich und zumutbar, die Schreiben vom 7. und 12. Januar 2016 in den Kontext der bisherigen mietrechtlichen Auseinandersetzung mit dem Mieter zu setzen, was es ihr erleichterte, dessen Ausführungen zu folgen und diese richtig einzuordnen. Soweit die Schreiben ihre Person direkt betrafen, waren die entsprechenden Ausführungen nicht geeignet, die Vermieterin schwer zu treffen. Zum andern trifft der Einwand des Mieters zu, dass die Vermieterin seine Schreiben nicht hätte lesen müssen, wenn sie diese effektiv als Gefahr für ihre Gesundheit betrachtet hätte. Es wäre von einem vernünftig handelnden Menschen mit angeschlagener Gesundheit unter diesen Umständen zu erwarten gewesen, dass er die Briefe ungelesen an die von ihm beauftragte Liegenschaftsverwaltung zur Bearbeitung weiterleitet. Darüber hinaus ist nicht zu erwarten, dass die von der Vermieterin offerierten Beweise – Befragung von Dr.med. E. als Zeugen und ärztliches Gutachten – eine erhebliche Gefährdung der Vermieterin durch die Schreiben vom 7. und 12. Januar 2016 belegen könnten. Dr.med. E. dürfte zu einer solchen Beurteilung, insbesondere betreffend allfällige Folgen für die Herzkrankheit der Vermieterin, als allgemein praktizierender Hausarzt nicht befähigt sein. Seine bisherigen Einschätzungen setzen sich zudem mit den Schreiben vom 7. und 12. Januar 2016 nicht konkret auseinander, sondern basieren auf der "andauernden Mietergeschichte". Ein allfälliger Konflikt zwischen den Mietparteien kann für die Begründung der Kündigung aber gerade nicht berücksichtigt werden (vgl. vorne E. 3.6). Schliesslich ist auch nicht ersichtlich, wie ein Sachverständiger nachträglich den möglichen Einfluss von zwei Schreiben auf den Verlauf einer fortschreitenden Herzkrankheit bei einem hochbetagten Menschen rechtsgenügend beurteilen können.

**3.9** Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Versand der Schreiben vom 7. und 12. Januar 2016 in Kopie an die Vermieterin unnötig war und das berechnete Anliegen der Vermieterin, vom Mieter keine Schreiben zu erhalten, verletzt hat. Umfang und Zeitraum des pflichtwidrigen Verhaltens sowie der lange Bestand des Mietverhältnisses sprechen aber für eine Fortsetzung des Mietverhältnisses; dies erst recht unter Berücksichtigung der sehr angespannten Lage auf dem Wohnungsmarkt im Kanton Zug. Wie dem bewilligten Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und den Ausführungen an der Hauptverhandlung entnommen werden kann, lebt der Mieter mit einem Renteneinkommen von 2350 Franken in sehr bescheidenen finanziellen Verhältnissen. Der Verlust seiner jetzigen Wohnung mit einem monatlichen Bruttomietzins von 760 Franken würde ihn daher sehr hart treffen. Sodann leben die Parteien zwar unter einem Dach, weshalb der Vermieterin grundsätzlich weniger zuzumuten ist als einem Vermieter, der nicht im gleichen Haus wohnt (vgl. auch SVIT Kommentar, Das Schweizerische



Mietrecht, 3. A. 2008, Art. 257f OR N 36). Das im vorliegenden Prozess zu beurteilende Verhalten hat aber den Versand von Briefen und nicht direkte persönliche Animositäten zum Gegenstand, weshalb der Umstand, dass sich die Parteien im Alltag öfters begegnen dürften, von untergeordneter Bedeutung erscheint. Auch aus dem Inhalt der Schreiben vom 7. und 12. Januar 2016 ergibt sich – selbst unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse der Vermieterin – kein schwerwiegendes Fehlverhalten des Mieters. Ob die Briefe des Mieters im Gesamtkontext des Mietverhältnisses anders zu beurteilen wären, muss schliesslich offen bleiben, da die Vermieterin eine Überprüfung der Kündigung unter diesem Aspekt ausdrücklich ablehnt und weder ein erheblicher Konflikt zwischen den Mietparteien noch dessen Hintergründe dargelegt wurden. Unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände ist daher zusammengefasst festzuhalten, dass für die Kündigung vom 19. Januar 2016 kein wichtiger Grund vorlag.

Eine Kündigung kann nichtig, anfechtbar oder unwirksam sein. Nichtig sind Kündigungen, die an einem Formmangel leiden (Art. 266o OR). Bloss anfechtbar sind missbräuchliche oder treuwidrige Kündigungen. Von Unwirksamkeit – einer Zwischenkategorie zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit – spricht man dann, wenn eine Kündigung aus einem anderen Grund ungültig ist, weil zum Beispiel die Voraussetzungen einer ausserordentlichen Kündigung nicht vorliegen (vgl. BGE 122 III 92 E. 2d; LACHAT/THANEI, in: Lachat et al. [Hrsg.], a.a.O., S. 596 ff.; BJM 3/2014 S. 155 f. m.H.). Letzteres ist vorliegend der Fall, weshalb festzustellen ist, dass die Kündigung vom 19. Januar 2016 unwirksam ist.

**3.10** Festzuhalten bleibt, dass es praktisch keine wesentlichen Auswirkungen auf die Beurteilung der Kündigung vom 19. Januar 2016 hätte, wenn der Lehrmeinung gefolgt würde, wonach das Gesetz das vertragswidrige Verhalten des Mieters nicht umfassend regelt, also lückenhaft ist, und Art. 266g OR auf vertragswidriges Verhalten des Mieters nicht zur Anwendung kommt (vgl. KOLLER, a.a.O., S. 847) oder jener Lehrmeinung, wonach Art. 257f OR für weitere Verletzungen von Nebenpflichten des Mieters analog anzuwenden ist (SPIRIG, a.a.O., S. 19). Im einen wie im anderen Fall ist eine schwerwiegende, insbesondere trotz schriftlicher Abmahnung anhaltende Vertragsverletzung erforderlich, so dass die Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Vermieter unzumutbar wird (HIGI, Bemerkungen zu BGE 132 III 109, AJP 7/2006 S. 882 ff., 885). Wie vorne in E. 3.1 ff. dargelegt, ist diese Voraussetzung vorliegend nicht erfüllt.

(Entscheid des Kantonsgericht Zug vom 25. Oktober 2016 [EV 2016 70]; durch Urteil des Obergerichts Zug vom 10. Mai 2017 [Z1 2016 36] bestätigt)

Art. 262 CO

Art. 5 al. 3 RGL

## 4. Sous-location du bail et résiliation

**La clause d'interdiction de sous-location contenue dans les conditions générales du contrat de bail et celle figurant dans le Règlement d'exécution de la loi genevoise générale sur le logement et la protection des locataires sont contraires au droit fédéral, plus particulièrement à l'art. 262 CO, s'agissant d'une disposition semi-impérative, tel que l'a retenu le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence.**

### Exposé des faits

Depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2003, la locataire loue un appartement de deux pièces au 4<sup>ème</sup> étage d'un immeuble sis à Onex. Cet immeuble est classé dans la catégorie 1 (HBM) et soumis à la Loi genevoise générale sur le logement et la protection des locataires (LGL – RS GE I 4 05), ainsi qu'à son Règlement (Règlement d'exécution de la loi générale sur le logement et la protection des locataires RGL – RS GE I 4 05.01).

Le contrat de bail à loyer prévoit que « toute sous-location quelconque, complète ou partielle, même à titre temporaire, est interdite et entraîne, sur réquisition du service compétent, la résiliation du bail. »

La locataire a résidé du 10 novembre 2014 au 9 mai 2015 aux Etats-Unis et a sous-loué l'appartement ; les sous-locataires ont signé un bail de durée indéterminée depuis le 1<sup>er</sup> avril 2015. Le 13 octobre 2015, la locataire sous-bailleresse a fait appel à un serrurier, a fait changer les serrures du logement et a réintégré ce dernier, débarrassant les affaires des occupants et les mettant à la cave.

Le même jour, les sous-locataires ont saisi le Tribunal des baux et loyers d'une requête de mesures provisionnelles concluant à la restitution de la possession de l'appartement litigieux. Par ordonnance du 2 novembre 2015, le Tribunal a rejeté la requête des sous-locataires. En substance, les premiers juges ont retenu que les sous-locataires avaient rendu vraisemblable qu'ils étaient liés par un contrat de sous-location à la sous-bailleresse. Toutefois, dès lors que l'immeuble abritant le logement étant soumis au régime HBM et à la loi genevoise sur le logement, ainsi qu'à son Règlement d'exécution et que la sous-location était interdite par l'art. 5 al. 3 RGL, les sous-locataires ne disposaient d'aucun droit matériel les autorisant à occuper l'appartement en cause. Les sous-locataires ont formé en temps utile appel de ce jugement.

## Extrait des considérants

**3.2** Le contrat par lequel une personne (le bailleur) s'oblige à céder à une autre (le locataire) l'usage d'une chose pour une certaine durée, à charge pour celle-ci de lui verser une rémunération (loyer) est un contrat de bail à loyer au sens des art. 253 ss CO. Il peut porter notamment sur une chose immobilière affectée à un usage de local commercial.

Le bail se conclut par l'échange de manifestations de volonté réciproques et concordantes portant sur tous les éléments essentiels du contrat (art. 1 CO). Il n'est pas soumis à une forme spéciale. Les rapports entre bailleur et locataire sont régis en premier lieu par leur contrat (clauses particulières et/ou conditions générales) ; à défaut, ils sont régis par les règles légales (dispositives). La liberté contractuelle des parties en matière de bail (d'habitations et de locaux commerciaux) est toutefois limitée par des dispositions légales impératives – auxquelles il n'est absolument pas possible de déroger – ou relativement impératives – auxquelles il n'est pas possible de déroger au détriment du locataire (LCHAT, *Le bail à loyer*, 2008, p. 95 ss [ci-après: *Le bail*]).

Ainsi, l'art. 262 CO, relatif à la sous-location, est de droit relativement impératif (ATF 134 III 300 consid. 3; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_75/2015 du 9 juin 2015 consid. 3.1.1; LACHAT, in *Commentaire romand, Code des obligations I*, 2e éd. 2012, no 9 ad art. 262 CO [ci-après: CoRo]). Le bailleur ne peut refuser son consentement à la sous-location si les conditions de l'art. 262 al. 2 CO sont remplies. La clause d'un contrat de bail interdisant la sous-location est donc nulle (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_75/2015 du 9 juin 2015 consid. 3.1.1; LACHAT, *Le bail*, p. 582).

Le bail de sous-location est passé entre le locataire et le sous-locataire. Il se superpose au contrat de bail principal (LACHAT, CoRo, n. 1 ad art. 262 CO). Indépendante de celui-ci, la sous-location est un contrat de bail à part entière, distinct du bail principal, soumis en principe aux règles des art. 253 ss CO (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_37/2013 du 28 juin 2013 consid. 2.1.2; WEBER, *Basler Kommentar, Obligationenrecht*, vol. 1, 5e éd. 2011, n. 9 ad art. 262 CO; HIGI, *Zürcher Kommentar*, 1994, n. 9 ad art. 262 CO; LACHAT, *Le bail*, p. 566 ch. 2.1; COMMENTAIRE SVIT, *Le droit suisse du bail à loyer, adaptation française de BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE*, 2011, n. 37 ad art. 262 CO; LACHAT, CoRo, n. 6 ad art. 262 CO).

S'il est vrai que la sous-location constitue un bail en soi distinct du bail principal, il n'en est pas totalement indépendant. Dans un contrat de bail, le bailleur s'engage à céder l'usage de la chose (art. 253 CO), ce qui suppose qu'il soit lui-même titulaire de ce droit d'usage. Dans le cas d'une sous-location, il est évident que le sous-bailleur ne peut pas transférer plus de droits qu'il n'en a lui-même. Si le bail principal s'éteint, le sous-bailleur se trouve dans l'impossibilité de fournir sa prestation au sous-locataire. Dès lors que le droit d'usage ne lui est plus valablement cédé (personne ne peut céder plus de droits qu'il n'en possède), le sous-locataire doit restituer la chose. Il pourrait, sinon, faire l'objet d'une demande d'expulsion (COMMENTAIRE SVIT, op. cit., n. 7 ad art. 273b CO; LACHAT, *Le bail*, p. 580). L'art. 273b al. 1 CO précise d'ailleurs que la sous-location ne peut pas être prolongée au-delà du bail principal. Si le sous-locataire doit ainsi restituer la chose avant l'expiration du contrat de sous-location, il peut, le cas échéant, demander des dommages-intérêts au sous-bailleur pour inexécution partielle du contrat (art. 97 CO) (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_37/2013 du 28 juin 2013 consid. 2.1.2; HIGI, op. cit., n. 19 et 27 ad art. 262 CO COMMENTAIRE SVIT, op. cit., n. 7 in fine ad art. 273b CO; LACHAT, *Le bail*, p. 578 ch. 2.3.9).

**3.3** En vertu du contrat de bail, le locataire se voit octroyer un droit d'utilisation de la chose et le bailleur perd celui-ci. Le locataire devient possesseur de la chose louée et il peut prévaloir des droits attachés à la possession.

Il peut ainsi, notamment, agir en cessation du trouble de la possession (art. 926-929 CC), y compris à l'encontre du (sous-)bailleur (LACHAT, Le bail n. 1.3.1 p. 74 et n. 1.3.2 p. 75).

Par la réintégration, prévue par l'art. 927 al. 1 CC, le demandeur qui a perdu la possession de la chose peut en obtenir la restitution de celui qui l'a usurpée illicitement. Il lui suffit de prouver qu'il était possesseur de la chose et qu'il a perdu cette possession à la suite d'un acte d'usurpation illicite. L'art. 927 al. 2 CC apporte toutefois une exception à ce principe pour le cas où le défendeur établit aussitôt un droit – réel ou contractuel (ATF 40 II 559 consid. 3, p. 564 ss) – préférable qui l'autoriserait à reprendre la chose au demandeur (ATF 113 II 243 consid. 1b i. f.). Cette disposition vise, dans un souci d'économie de procédure, à ne pas donner gain de cause au demandeur à la réintégration qui aurait certainement tort dans un procès au pétitoire.

L'existence d'un bail, d'un bail tacite, d'une sous-location, la validité de la résiliation du bail et la conclusion d'un nouveau contrat de bail sont des questions qui touchent au droit sur la chose. Elles ne jouent aucun rôle dans le procès sur le possessoire, sous réserve de l'exception prévue par l'art. 927 al. 2 CC (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_98/2010 du 7 mai 2010 consid. 4.1.2). Selon la jurisprudence, celui qui est au bénéfice d'un contrat de bail peut, en tant que possesseur des lieux loués, repousser par la force les actes d'usurpation émanant de celui qui se croirait au bénéfice d'un droit (ATF 40 II 329 consid. 3).

**3.4** Selon l'art. 30 al. 1 de la Loi générale sur le logement et la protection des locataires (LGL – RS GE 1 4 05), les logements visés à l'article 16, catégories 1 et 2 LGL (déterminant les catégories d'immeubles), sont destinés aux personnes dont le revenu, à la conclusion du bail, n'excède pas le barème d'entrée et dont le revenu, en cours de bail, n'excède pas le barème de sortie. Dans les immeubles de catégorie 4, les 60% au moins des logements sont destinés, lors de la première location, à des locataires pouvant bénéficier d'une subvention personnalisée au sens de l'article 30A; en cas de relocation, la priorité doit être donnée à un locataire respectant les conditions fixées à l'article 30A, si les 60% au moins des logements ne sont plus occupés par des locataires bénéficiant d'une subvention personnalisée.

Toute sous-location quelconque, complète ou partielle, est interdite et entraîne la résiliation du bail, conformément à l'article 31B de la loi (art. 5 al. 3 du Règlement d'exécution de la loi générale sur le logement et la protection des locataires RGL – RS GE 1 4 05.01).

**3.5** Il convient en l'espèce d'examiner, sous l'angle de la vraisemblance, si les appelants sont titulaires d'un contrat de sous-bail avec l'intimée et, dans l'affirmative, si celle-ci peut faire valoir un droit préférable sur les locaux jusqu'ici occupés par les appelants qui l'autoriserait à en reprendre possession, ou si les appelants sont au bénéfice d'un droit leur garantissant l'usage des locaux.

**3.5.1** En l'occurrence, à l'instar du Tribunal, la Cour retient que les appelants ont rendu vraisemblable être liés à l'intimée par un contrat de sous-location, portant sur l'appartement en cause, au sens des art. 253ss CO. Il ressort en effet tant des dépositions des appelants, des titres versés à la procédure concernant notamment le paiement mensuel d'un loyer de 1'300 fr., que du témoignage recueilli, que l'intimée leur a remis l'usage du logement pour une certaine durée contre paiement d'un loyer.

**3.5.2** A teneur de la jurisprudence rappelée ci-avant, les appelants ont ainsi, en principe, un droit d'utilisation de la chose louée et l'intimée a perdu celui-ci. Les appelants ont aussi rendu vraisemblable qu'ils étaient possesseurs des locaux, jusqu'à ce qu'ils perdent cette maîtrise, à la suite du changement de serrures opéré par l'intimée, soit un acte d'usurpation illicite.

Pour sa part, l'intimée n'a pas rendu vraisemblable qu'elle pouvait invoquer un droit préférable sur les locaux loués aux appelants, pour lesquels ces derniers peuvent se prévaloir d'un contrat de (sous-)bail. La prétention des appelants à ce que la jouissance des locaux qu'ils occupaient leur soit restituée a dès lors été rendue plausible.

Contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal, le fait que l'appartement se situe dans un immeuble HBM, qui est dès lors soumis à la LGL et à l'art. 5 al. 3 RGL ne fait pas obstacle au droit matériel dont se prévalent les appelants. En effet, tant la clause d'interdiction de sous-location contenue dans les conditions générales du contrat de bail principal, que celle figurant dans le RGL sont contraires au droit fédéral, plus particulièrement à l'art. 262 CO, s'agissant d'une disposition semi-impérative, tel que l'a retenu le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence citée ci-avant (consid. 3.2). L'interdiction de principe de la sous-location contrevient ainsi au droit fédéral.

Ainsi, les appelants ont rendu vraisemblable le droit matériel qu'ils invoquent et que le procès au fond a des chances de succès.

Il ne résulte par ailleurs pas de la procédure que l'intimée aurait résilié le contrat de sous-location.

Les appelants ont pour le surplus rendu vraisemblable que l'atteinte qu'ils subissent risque de leur causer un préjudice difficilement réparable, dès

lors qu'ils ne peuvent pas attendre le prononcé d'une décision au fond, ainsi que l'urgence de la situation. Par conséquent, la Cour annulera la décision attaquée et cela fait, fera droit à la demande et l'intimée sera condamnée à restituer aux appelants la possession exclusive de l'appartement de 2 pièces au 4<sup>ème</sup> étage de l'immeuble sis à Onex.

(Arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des baux et loyers, du 4 février 2016 [C/21024/2015])

## Art. 267a al. 1 CO

# 5. Restitution de la chose louée – Avis des défauts

**Même si les locataires n'ont jamais contesté par la suite la tenue de l'état des lieux de sortie, auquel ils n'ont pas voulu participer « jusqu'au bout », le procès-verbal de sortie ne comportant pas leur signature ne vaut pas avis des défauts. Il incombe au bailleur d'établir la communication en temps utile d'un avis des défauts aux locataires et non à ces derniers d'alléguer que l'avis des défauts qui leur a été adressé était tardif.**

### Exposé des faits

Les parties sont liées par un contrat de bail à loyer portant sur la location d'un appartement de 4,5 pièces. L'état des lieux d'entrée du 1<sup>er</sup> juin 2010, signé par les locataires, ne fait état d'aucune remarque particulière, hormis que l'appartement était « comme neuf » au moment de la remise des clés.

Le 26 septembre 2011, la bailleresse a résilié le bail à loyer des locataires pour le 30 mars 2012. L'état des lieux a été reporté à plusieurs reprises, les locataires souhaitant faire effectuer par une entreprise spécialisée des travaux de réparation et de nettoyage. Lors de l'état des lieux, la bailleresse a constaté que le nettoyage de l'appartement n'avait pas été fait et que de nombreux dégâts subsistaient. Elle allègue que la locataire, présente lors de l'état des lieux, avait quitté l'appartement avant la fin des contrôles et refusé de signer le procès-verbal d'état des lieux.



Le 20 septembre 2012, la bailleuse a saisi la Commission de conciliation en matière d'abus dans le secteur locatif du district de la Sarine, réclamant fr. 20'329.20 en dommages-intérêts.

Le 13 décembre 2012, les locataires ont ouvert action par-devant le Président du Tribunal des baux à loyers de l'arrondissement de la Sarine, concluant à ce que le solde du compte d'épargne garantie-loyer soit libéré en leur faveur et à ce que la bailleuse soit condamnée à leur verser la somme de fr. 1'500.- à titre de remboursement de frais accessoires indûment payés.

Le 14 janvier 2013, la bailleuse a déposé une demande en paiement par-devant le Tribunal des baux de l'arrondissement de la Sarine concluant à ce que les anciens locataires lui versent à titre de dommages-intérêts la somme de fr. 15'792.20.

Par jugement du 19 août 2015, le Tribunal des baux a admis la demande en paiement des locataires et rejeté la demande en paiement déposée par la bailleuse. Celle-ci a interjeté appel de cette décision en temps utile.

## Extrait des considérants

### 3. ...

**b)** En vertu de l'art. 267 al. 1 CO, le locataire doit restituer, à la fin du bail, la chose dans l'état qui résulte d'un usage conforme au contrat.

Il s'ensuit que le locataire doit tout d'abord assumer les travaux de nettoyage et les petites réparations au sens de l'art. 259 CO. Selon les circonstances, il doit ensuite régler les frais de remise en état des locaux à la suite d'une rénovation ou une modification qu'il a opérées sans l'accord du bailleur. Il incombe enfin au locataire de prendre en charge les dégâts qui excèdent l'usure normale de la chose; cet usage dépend de la destination des locaux et s'apprécie sur la base de tables déterminant la durée de vie moyenne des installations. Le locataire doit donc supporter les frais de réparation des locaux qui sont affectés d'un défaut dû à un usage anormal de la chose louée; si une réparation est impossible ou si les coûts en seraient disproportionnés, il faut allouer des dommages-intérêts correspondant à la dépréciation de la chose (arrêt TF 4C.261/2006 du 1<sup>er</sup> novembre 2006 consid. 3.1, publié *in* SJ 2007 I p. 365).

Selon l'art 267a al. 1 CO, le bailleur doit vérifier, lors de la restitution, l'état de la chose et aviser immédiatement le locataire des défauts dont celui-ci répond. Si le bailleur néglige de le faire, le locataire est déchargé de

toute responsabilité, à moins qu'il ne s'agisse de défauts qui ne pouvaient pas être découverts à l'aide des vérifications usuelles (al. 2). Si le bailleur découvre plus tard des défauts de ce genre, il doit les signaler immédiatement au locataire (al. 3). En ce qui concerne le fardeau de la preuve, il incombe au bailleur, en tant que partie demanderesse (art. 8 CC), de prouver l'existence d'un défaut excédant l'usure normale, l'inexistence de ce défaut lors de l'entrée en jouissance, le dommage qui en résulte pour lui et la communication en temps utile d'un avis du défaut (arrêt TF 4C.261/2006 consid. 3.1, déjà cité; arrêt TF 4C.131/1995 du 15 novembre 1995 consid. 2 in fine, publié *in* SJ 1996 p. 322 ; CR CO I-LACHAT, art. 267 CO, n° 6). L'appelante ne le conteste d'ailleurs pas.

Si l'état des lieux établi contradictoirement est signé par le locataire sur place, il vaut avis des défauts. La question se pose lorsque le locataire ne signe pas le procès-verbal ou n'est pas présent lors de la vérification des locaux par le bailleur. Comme exposé plus haut, conformément à l'art. 8 CC, il incombe au bailleur de prouver que l'avis des défauts a été donné en temps utile; il lui appartient aussi d'établir à quel moment il a eu connaissance des défauts, à qui et comment il les a signalés. C'est la date de notification de l'avis qui compte, non celle de la réception effective par le locataire. La doctrine retient entre deux et trois jours ouvrables, maximum une semaine; ainsi, il a été jugé qu'un avis de défauts donné 27 jours après la remise des locaux était tardif; *idem* un avis donné trois semaines, respectivement un mois, après la remise des locaux (CPRA BAIL-AUBERT, 2010, art. 267a, n. 17 et réf. citées).

c) En l'espèce, l'appelante procède à une lecture erronée des dispositions qu'elle invoque, singulièrement de l'art. 247 al. 2 let. b ch. 1 CPC concernant la maxime inquisitoire sociale et de l'art. 8 CC concernant le fardeau de la preuve. S'il est vrai que la maxime inquisitoire sociale ne vise en principe pas à suppléer les carences d'une partie assistée d'un avocat, mais a essentiellement pour vocation de pallier à celles de la partie réputée la plus faible, a fortiori lorsque celle-ci ne s'est pas attachée les services d'un mandataire professionnel, il n'en demeure pas moins que cette maxime ne prive pas le juge de la possibilité de se fonder sur tous les faits pertinents et établis, même si les parties ne les ont pas invoquée (ATF 107 II 233 consid. 2b, JdT 1981 I 285). Dans le cas présent, s'il est exact que les locataires n'ont jamais expressément contesté la tenue d'un état des lieux de sortie, pas plus qu'ils n'ont invoqué la tardiveté de l'avis des défauts du 16 mai 2012, cet état de fait ressort indubitablement du dossier, en particulier des allégués de la bailleuse elle-même. Pour mémoire, l'appelante a elle-même admis que l'état des lieux de sortie du 31 mars 2012 a été réalisé en l'absence des locataires qui n'ont, selon ses propres termes, pas « voulu [y]

*jusqu'au bout* ». Même si elle tente vainement de donner de la consistance à sa thèse en alléguant que les locataires n'ont jamais contesté par la suite la tenue de cet état des lieux de sortie, toujours est-il que le procès-verbal de sortie litigieux ne comporte pas leur signature, de sorte qu'il ne vaut pas avis de défauts en définitive, conformément à la doctrine et à la jurisprudence rappelées plus haut. Sous cet angle déjà, l'argumentation de l'appelante paraît douteuse, de sorte que son grief tiré de la violation de l'art. 247 al. 2 let. b ch. 1 CPC apparaît mal fondé. Quoi qu'il en soit, l'appelante perd de vue qu'il lui incombait d'établir la communication en temps utile d'un avis des défauts aux locataires et non pas à ces derniers d'alléguer que l'avis des défauts qui leur a été adressé était tardif. Or, d'une manière qui ne prête pas le flanc à la critique, le Tribunal des baux a constaté que la bailleuse a échoué dans cette preuve. En effet, même à admettre, avec l'appelante, que la lettre du 16 mai 2012 vaut avis des défauts, celui-ci est manifestement tardif, dès lors qu'il a été adressé aux locataires près de 50 jours après la remise effective des locaux.

Egalement mal fondé, le second grief de l'appelante doit être rejeté.

(Arrêt de la II<sup>e</sup> Cour d'appel civil du canton de Fribourg du 6 janvier 2016 [102 2015 211])

Art. 269a lit. b, 270a Abs. 1 OR  
Art. 211, 241, 243, 247 ZPO

## 6. Missbräuchlichkeit des Mietzinses und Klagerückzug

**Das Bezirksgericht setzt sich im nachfolgenden Urteil insbesondere mit der Missbräuchlichkeit des Mietzinses auseinander. Dabei hat es sowohl die Senkung des Referenzzinssatzes als auch Mehrleistungen und allgemeine Kostensteigerungen zu berücksichtigen. Am Rande wird auch auf die Auswirkungen des Rückzugs einer Klage auf Wirksamkeit der Eigenbedarfskündigung eingegangen.**

### Sachverhalt

Mit amtlichem Formular und unter Geltendmachung von Eigenbedarf kündigte der Vermieter das bestehende Mietverhältnis am 24.2.2014 per 31.5.2014 auf. In der Folge fochten die Mieter die Kündigung am 27.2.2014 bei der Schlichtungsbehörde an. Rund einen Monat später gelangten die Mieter nochmals an die Schlichtungsbehörde und beehrten die Herabsetzung des Nettomietzinses.

Am 4.6.2014 stellte die Schlichtungsbehörde mit einem Urteilsvorschlag die Unwirksamkeit der Kündigung fest, mit einem anderen wurde die Nettomiete von Fr. 2325.– auf Fr. 1955.95 herabgesetzt. Letzteres begründete die Schlichtungsbehörde im Wesentlichen mit dem gesunkenen Hypothekar- bzw. Referenzzinssatz.

Nach Ablehnung der Urteilsvorschläge gelangte der Vermieter mit Klage vom 21.7.2014 an das Bezirksgericht und begehrte die Wirksamkeit der Kündigung sowie die Festsetzung des Mietzinses auf Fr. 2362.35. Letzteres begründete er hauptsächlich mit getätigten wertvermehrenden Investitionen in Form einer Solaranlage und einer neuen Küche. Demgegenüber beantragten die Mieter mit Klageantwort vom 28.9.2014 – entsprechend dem Urteilsvorschlag vom 4.6.2014 – die Herabsetzung des Mietzinses auf Fr. 1955.95 (Eventualbegehren). Zwischen November 2014 und Januar 2015 folgten eine Instruktionsverhandlung und die Sistierung des Verfahrens.

Mit Eingabe vom 2.2.2015 teilte der Vermieter dem Gericht mit, sein Sohn habe mittlerweile entschieden, nicht mehr auf das Freiwerden des Mietobjekts zu warten. Mit Eingabe vom 17.2.2015 folgte der Rückzug der Klage betreffend die strittige Kündigung.

## Aus den Erwägungen

### 1. Streitgegenstand

Mit Schreiben vom 17.2.2015 zog der Kläger (Vermieter) die Klage in Bezug auf die Kündigung vom 24.2.2014 zurück. Das Verfahren ist deshalb in diesem Punkt abzuschreiben (Art. 241 Abs. 3 ZPO). Damit hat es beim Urteilsvorschlag der Schlichtungsbehörde Miete und Pacht vom 4.6.2014, in welchem die Kündigung vom 24.2.2014 für unwirksam erklärt wurde, sein Bewenden; der Urteilsvorschlag hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids (vgl. dazu Art. 211 Abs. 3 ZPO sowie GLOOR/UMBRICHT LUKAS, Kurzkomentar zum ZPO [Hrsg. OBERHAMMER/DOMEI/HAAS], 2014, N 5 Zu Art. 211 ZPO). Strittig ist somit nunmehr die Festsetzung des monatlichen Nettomietzinses ab 1.7.2014.

### 2. Zum Verfahren

Im vorliegenden Prozess ist die Frage zu beurteilen, ob der Mietzins, den die Beklagten (Mieter) für die von ihnen gemieteten Wohnräume zu bezahlen haben, missbräuchlich ist. Nach Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO gelten daher – unabhängig vom Streitwert – die Vorschriften für das vereinfachte Verfahren (Art. 243 ff. ZPO). Gestützt auf Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen. Diese sogenannte beschränkte Untersuchungsmaxime ändert aber grundsätzlich nichts an der Pflicht der Parteien, den die eigenen Ansprüche begründenden Sachverhalt vorzutragen und die entsprechenden Beweismittel zu nennen (MAZAN,

Basler Kommentar, 2013, N 13 zu Art. 247 ZPO). Die Mitwirkung des Gerichts beschränkt sich darauf, die Parteien durch entsprechende Fragen und Hinweise angemessen zu unterstützen (MAZAN, a.a.O., N 15 ff. zu Art. 247 ZPO).

...

## **5. Herabsetzungsanspruch**

...

### 5.2 Hypothekarzinsenkung (Art. 269a lit. b OR)

...

5.2.2 Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass der Mietzins letztmals am 1.7.2009 an den gesunkenen Hypothekarzinsatz angepasst wurde. Damals galt ein Referenzzinssatz von 3.25 %; am 1.7.2014 betrug der Referenzzinssatz 2 % (www.referenzzinssatz.admin.ch). Unter dem Titel Hypothekar- bzw. Referenzzinssatzsenkung ergibt sich somit ein Senkungsanspruch von 13.04 % (www.mietrecht.ch; Stichwort: „Hypo-Referenzzinssatz“; PDF-Dokument „Überwälzungssätze“). Ausgehend von einem Mietzins von Fr. 2325.– ist der monatliche Mietzins von Fr. 2325.– demnach um Fr. 303.20 (Fr. 2325.– x 0.1304) auf Fr. 2021.80 zu senken.

...

### 5.3 Wertvermehrende Investitionen (Art. 269a lit. b OR)

Der Kläger macht geltend, er habe wertvermehrende Investitionen in Form einer Solaranlage und einer neuen Küche getätigt. Dies sei bei der Festsetzung des Mietzinses zu berücksichtigen.

5.3.1 Verlangen die Mieter unter Berufung auf Art. 270a Abs. 1 OR eine Mietzinsherabsetzung, kann ihnen der Vermieter entgegenhalten, es hätten sich seit der letzten massgebenden Mietzinsfestlegung mit Bezug auf andere Faktoren Kostensteigerungen ergeben (Urteil BGer 4A\_530/2012 vom 17.12.2012 E. 2). Zu diesen zählen u.a. die Mehrleistungen des Vermieters i.S.v. Art. 269a lit. b OR. ...

5.3.2 Der Kläger macht für den Einbau einer Solaranlage und einer neuen Küche in den Jahren 2012 und 2013 wertvermehrende Investitionen von insgesamt Fr. 36 637.60 geltend. Gemäss Rechnung vom 13.3.2012 kann der Kläger für den Einbau einer Solaranlage einen Aufwand von Fr. 12 288.45 belegen. Nicht belegt sind die unter dem Titel “Bewilligungen, Baugesuch usw.” zusätzlich geltend gemachten Kosten von Fr. 1000.–. Es ist jedoch gerichtsnotorisch, dass in diesem Zusammenhang gewisse Kosten anfallen. Im Sinne eines Minimums sind dem Kläger daher

zusätzliche Kosten von Fr. 200.– anzurechnen, so dass unter dem Titel “Solaranlage“ insgesamt Investitionen von Fr. 12 488.45 zu berücksichtigen sind.

Der vom Kläger im Zusammenhang mit der Küche geltend gemachte Aufwand von insgesamt Fr. 23 349.15 ist mit den Rechnungen vom 24.9.2013 und 9.1.2014 hinreichend dargetan.

5.3.3 Die Beklagten machen geltend, die Solaranlage funktioniere erst ab einer Aussentemperatur von 20 Grad. Bei anderen Wetterverhältnissen werde der Boiler mit Strom beheizt. Im Übrigen habe der alte Boiler ohnehin ersetzt werden müssen. Der Kläger hat diese Ausführungen nicht bestritten und bestätigt, dass der alte Boiler ausgewechselt wurde. In der aufgelegten Rechnung wird nicht ausgedehnt, welche Kosten für den Boiler und welche für die Solaranlage angefallen sind. Es kann somit nicht gesagt werden, welche Mehrkosten die Solaranlage zur Folge hatte. Auch hat der Kläger nicht belegt, ob bzw. in welchem Ausmass die Solaranlage zu einer Verringerung der beklagten Energiekosten geführt hat. Der Aufwand für die Solaranlage ist daher lediglich im Umfang der von den Beklagten anerkannten 50 % der Gesamtkosten, als Mehrleistung im Sinne von Art. 269a lit b OR bzw. als energetische Verbesserung im Sinne von Art. 14 Abs. 2 lit. d VMWG zu berücksichtigen.

5.3.4 Der Aufwand für die Küchenrenovation betrug Fr. 23 349.15, bestehend aus den Rechnungsbeträgen über Fr. 19 444.45 und Fr. 3904.70. Nicht berücksichtigt ist dabei die Rechnung des Malers vom 11.11.2013 im Betrag von Fr. 1112.40. Die Beklagten führen aus, die aus dem Jahr 1988 stammende Küche sei ohnehin zu ersetzen gewesen. Zudem sei die Küche nicht komplett erneuert worden und es seien einfache Materialien mit zum Teil schon vorhandenen Geräten eingebaut worden. Die angerosteten Wasserleitungen seien nicht ersetzt worden. Einige kleinere Arbeiten der Küchenmontage seien bis heute nicht fertiggestellt. Die Investitionen für die Küchenerneuerung dürften daher höchstens im Umfang von 20 % auf den Mietzins abgewälzt werden. Der Kläger räumte an der Instruktionsverhandlung ein, dass der Kühlschrank und der Kochherd nicht erneuert worden seien, da diese Geräte erst wenige Jahre alt gewesen seien. Dem widersprachen die Beklagten nicht, sie führten indes aus, dass es sich bloss beim Geschirrspüler und beim Dampfzug um gute energieeffiziente Geräte handle. Der neue Kochherd sei weder ein Luxusgerät noch energieeffizient. Zudem zählten sie diverse Mängel der neuen Küche auf. Der Kläger bestritt diese.

5.3.5 Die Unterscheidung zwischen Mehrleistungen, die den Wert einer Liegenschaft erhöhen und unter diesem Titel eine Mietzinserhöhung rechtfertigen und den ordentlichen Unterhaltsarbeiten, die den Wert der Liegenschaft nur erhalten, ist bei Renovationen oft schwierig. Bei Küchenerneuerungen geht die Gerichtspraxis von einem Mehrwert von 20 % bei einfachen Küchen bis zu einem Mehrwert von 65 % bei Luxusküchen aus (Mietrechtspraxis/mp, Paritätische Lebensdauer-Tabelle, Bewertung von Einrichtungen in Wohn- und Geschäftsräumen, 2014, S. 47; LACHAT ET AL., a.a.O., S. 379). Aufgrund der Höhe der vom Kläger belegten Renovationskosten ist davon auszugehen, dass die erneuerte Küche von mittlerer bis guter Qualität ist. Es rechtfertigt sich daher, 50 % der entsprechenden Kosten als Mehrwert zu berücksichtigen. Dabei ist von den vom Kläger angegebenen Gesamtkosten von Fr. 23 349.15 auszugehen. Dass die neue Kücheneinrichtung noch nicht behobene Mängel aufweist, wie die Beklagten behaupten, ist mit den von den Beklagten aufgelegten Urkunden nicht belegt. Weder die undatierte Mängelliste noch die angehängten – ebenfalls undatierten – Fotos belegen, dass die Küche Mängel aufweist.

5.3.6 Von den belegten Investitionskosten im Betrag von Fr. 35 837.60 (Fr. 12 488.45 + Fr. 23 349.15) sind 50 %, somit Fr. 17 918.80 als Mehrwertleistungen zu berücksichtigen. Sowohl bei der Küche wie auch bei der Solaranlage ist von einer Lebensdauer von 20 Jahren auszugehen (Mietrechtspraxis/mp, Paritätische Lebensdauer-Tabelle, Bewertung von Einrichtungen in Wohn- und Geschäftsräumen, 2014, S. 47 und 49). Somit ergeben sich jährliche Abschreibungen von Fr. 895.95 (Fr. 17 918.80 : 20). Hinzu kommen die jährlichen durchschnittlichen Zinskosten. Diese sind auf der Basis eines Zinssatzes von 2.5 % zu ermitteln. Denn um dem Risiko des Vermieters angemessen Rechnung zu tragen, ist der aktuelle Referenzzinssatz von 2 % um 0.5 % zu erhöhen. Im Übrigen ist bei der Berechnung der durchschnittlichen jährlichen Zinskosten zu berücksichtigen, dass sich die zu verzinsende Amortisationsrate jedes Jahr reduziert. Für die konkrete Berechnung ist deshalb der Zinssatz von 2.5 % zu halbieren. Die anrechenbaren jährlichen Zinskosten betragen demnach Fr. 224.– (Fr. 17 918.80 x 0.0125). Zusammen mit den jährlichen Abschreibungskosten von Fr. 895.95 belaufen sich die anrechenbaren Mehrkosten somit auf Fr. 1119.95 pro Jahr. Sie berechtigen somit zu einer monatlichen Mietzinserhöhung von Fr. 93.30.

#### 5.4 Allgemeine Kostensteigerung (Art. 269a lit. b OR)

Sodann macht der Kläger für die vergangenen 5 Jahre eine jährliche Kostensteigerung von 1 % geltend, die bei einer Mietzinsfestsetzung zu berücksichtigen sei. Die Beklagten sind damit nicht einverstanden.



5.4.1 Mit Kostensteigerungen im Sinne von Art. 269a lit. b OR ist ein Anstieg von Unterhalts- und Verwaltungskosten, Gebühren, Liegenschaftssteuern, Versicherungsprämien und ähnlichen Ausgaben gemeint. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat der Vermieter die allgemeinen Kostensteigerungen anhand einer Vergleichsrechnung nachzuweisen. Nur ausnahmsweise hat das Bundesgericht die Anwendung einer Kostenpauschale zugelassen, weil keine andere Methode ein genaueres Ergebnis erwarten liess (BGE 111 II 378 E. 3).

5.4.2 Der Kläger hat die geltend gemachte Kostensteigerung weder konkret begründet, noch ausgeführt, weshalb eine Pauschale anzuwenden sei. Bei wertvermehrenden Investitionen darf der Vermieter jedoch unter dem Titel Kostensteigerungen einen Zuschlag von 10 % auf die jährlich zu berücksichtigenden Abschreibungen erheben. Es wird in diesem Zusammenhang von einem sogenannten Unterhaltszuschlag gesprochen (BGE 118 II 415 S. 421, E. 3c/cc; LACHAT ET AL., a.a.O., S. 384). Gestützt auf die oben ermittelten wertvermehrenden Investitionen von Fr. 1119.95 hat somit eine zusätzliche Erhöhung von Fr. 112.– pro Jahr ( $\text{Fr. } 1119.95 \times 0.10$ ) bzw. Fr. 9.30 pro Monat zu erfolgen.

...

## 6. Zusammenfassung

Zusammenfassend ergibt sich, dass den Beklagten unter dem Titel Hypothekarzinsenkung ein Mietzinsherabsetzungsanspruch von monatlich Fr. 303.20 zusteht. Diesem steht ein Erhöhungsanspruch des Klägers von monatlich Fr. 102.60 gegenüber ( $\text{Fr. } 93.30 + \text{Fr. } 9.30$ ). Den Mietzins von Fr. 2325.– ist daher ab 1.7.2014 um monatlich Fr. 200.60 zu reduzieren ( $\text{Fr. } 303.20 - \text{Fr. } 102.60$ ). Ab dem 1.7.2014 gilt demnach ein monatlicher Nettomietzins von Fr. 2125.– (gerundet).

...

(Urteil des Bezirksgericht Luzern vom 8. Mai 2015 [3B1 14 19])

Art. 270a Abs. 1, 272, 272a Abs. 2,  
272c Abs. 1 OR

## 7. Erstreckung des Mietverhältnisses und Herabsetzung des Mietzinses

**Das nachfolgende Urteil betrifft die Beendigung des Mietverhältnisses betreffend einer Bäckerei/Konditorei/Confiserie. Die Mieterin ist zudem Eigentümerin eines Restaurant/Café, welches sich auf derselben Parzelle befindet. Die Tatbestandsvoraussetzungen der Erstreckung werden geprüft und bejaht. Im Weiteren wird untersucht, ob nach Ablauf des Mietvertrages mit einem gestaffelten Mietzins eine Anpassung des Mietzinses erfolgen kann.**

### Sachverhalt

Die S-AG (Mieterin und Berufungsbeklagte) betreibt seit 1999 ein Restaurant/Café in Räumlichkeiten, die sie zuerst gemietet, jedoch noch im gleichen Jahr von der C-AG erworben hat. Auf derselben Parzelle betrieb die C-AG bis 2003 selber eine Bäckerei/Konditorei/Confiserie. Ab 2003 hat die C-AG (Vermieterin und Berufungsklägerin) der S-AG auch die Räumlichkeiten der benachbarten Stockwerkeinheit vermietet. Ab diesem Zeitpunkt führte die S-AG somit sowohl den Restaurant- wie auch den Bäckerbetrieb. Der Mietvertrag wurde bis Ende Oktober 2013 befristet. Neben

dem Mietvertrag über die Räumlichkeiten der Bäckerei/Konditorei/Confiserie schlossen die Parteien noch verschieden weitere Verträge ab, u.a. einen provisorischen Kaufvertrag über die Stockwerkeinheit, in der die Bäckerei/Konditorei/Confiserie betrieben wird.

Ab November 2011 begannen die Vertragsverhandlungen der Parteien über die weitere Zusammenarbeit nach dem 31. Oktober 2013. Während die S-AG einen Kauf der Bäckerei/Konditorei/Confiserie oder ein Mietverhältnis zu günstigeren Konditionen anstrebte, wurde ein Verkauf von der C-AG abgelehnt. Letztlich unterbreitete die C-AG ein Angebot für eine befristete Mietdauer von sechs Jahren zu denselben Konditionen. Eine Einigung konnte indes nicht gefunden werden.

Nach erfolgloser Schlichtung reichte die S-AG am 27. Februar 2014 eine Klage um Erstreckung des Mietverhältnisses um sechs Jahre und Festlegung des Mietzinses ein. Der Entscheid des zuständigen Bezirksgerichts erfolgte am 26. Februar 2015. Darin wurde das Gesuch um Mieterstreckung gutgeheissen. Das Mietverhältnis wurde im Sinne von Art. 272b Abs. 1 OR erstmalig bis zum 30. November 2017 erstreckt.

Die C-AG reichte am 20. Mai 2015 eine Berufung beim Kantonsgericht ein und verlangte u.a. von einer Mieterstreckung abzusehen. Die S-AG verlangte in der der Berufungsantwort vom 26. Juni 2015 die kostenfällige Abweisung der Berufung. In der Replik und Duplik hielten beide Parteien an ihren Rechtsbegehren fest.

Die S-AG teilte dem Kantonsgericht am 25. August 2016 mit, dass sie vorzeitig eine neue Bäckerei/Konditorei/Produktionsstätte beziehen könne. Aus diesem Grund nehme sie die in Art. 272d OR vorgesehenen Möglichkeit in Anspruch und habe das Mietverhältnis vorzeitig auf den 31. März 2017 gekündigt.

## **Aus den Erwägungen**

6. ... Das Gesetz sieht in Art. 272c Abs. 1 OR ausdrücklich vor, dass der Mietvertrag auf Begehren einer Partei im Erstreckungsentscheid veränderten Verhältnissen angepasst werden kann. Damit stellt das Gesetz selbst fest, dass die Mieterstreckung und die im selben Verfahren beantragte Anpassung des Mietvertrages an veränderte Verhältnisse – also zum Beispiel eine Anpassung des Mietzinses – eine Einheit bilden. Es ist zwar der Berufungsklägerin insofern zuzustimmen, als Sinn und Zweck der Mieterstreckung nicht darin liegen können, dem Mieter einzig eine Mietzinsreduktion

zu verschaffen. Wenn aber die Voraussetzungen für eine Mieterstreckung gegeben sind, dann kann auch gleichzeitig auf eine Mietzinsreduktion erkannt werden, sofern der Mieter sie beantragt hat und die Voraussetzungen vorliegen. Damit ist die Mietzinsanpassung, soweit sie im Rahmen einer Mieterstreckungsklage verlangt wird, vom Vorliegen einer Mieterstreckung abhängig. Auch dieser Umstand betont die Einheit von Mieterstreckung und Mietzinsanpassung im Erstreckungsverfahren. Schliesslich sei auch darauf hingewiesen, dass die Miete per definitionem in der Gebrauchsüberlassung einer Sache gegen Entgelt besteht (Art. 253 OR). Die Überlassung einer Sache zum Gebrauch für einen bestimmten Zeitraum oder auf unbestimmte Zeit ist bei der Miete mit der Bezahlung eines Entgelts demnach untrennbar gekoppelt. Gebrauchsüberlassung und Entgelt bilden mithin eine Einheit, die das Rechtsverhältnis erst zu einer Miete macht. Auch dies spricht dafür, dass Mieterstreckung und Mietzinsanpassung im Erstreckungsverfahren als Einheit behandelt werden müssen. Den vorinstanzlichen Erwägungen kann folglich zugestimmt werden. Da Mieterstreckung und Mietzinsanpassung als Einheit zu betrachten sind, hat die Berufungsklägerin mit ihrem Angebot, den Mietvertrag zu den bestehenden Konditionen um sechs Jahre zu verlängern, der Berufungsbeklagten, die eine erstmalige Erstreckung des Mietvertrags um vier Jahre und einen Monat zu einem verminderten Mietzins anbegehrt, nicht das offeriert, was die Berufungsbeklagte mit ihrer Klage verlangt. Die beiden Positionen divergieren im Übrigen auch bezüglich der Möglichkeit der Kündigung des Mietverhältnisses durch die Mieterin. Während bei einer Erstreckung die Berufungsbeklagte das Mietverhältnis entsprechend Art. 272d OR kündigen kann, will die Berufungsklägerin einzig eine feste Mietdauer von sechs Jahren akzeptieren. Gerade dieser Punkt erscheint vorliegend bedeutsam, da die Berufungsbeklagte ein Ersatzmietobjekt gefunden hat, das sie vor Ablauf von sechs Jahren beziehen kann, so dass sie auf die Möglichkeit einer Kündigung angewiesen ist. In diesem Punkt zeigt sich zudem, dass die Berufungsbeklagte ein schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung der von ihr verlangten Erstreckung hätte, selbst wenn Mieterstreckung und Mietzinsanpassung nicht als Einheit zu betrachten wären. Die aufgeführten Überlegungen zeigen in ihrer Gesamtheit deutlich auf, dass die Berufungsklägerin der Berufungsbeklagten nicht das angeboten hat, was diese mit der Klage erreichen will. Die Berufungsbeklagte hat mithin ein schutzwürdiges Interesse daran, dass die beantragte Mieterstreckung ebenso gerichtlich beurteilt werde wie die verlangte Mietzinsreduktion. Das Rechtsschutzinteresse der Berufungsklägerin ist damit sowohl bezüglich der Mieterstreckung als auch betreffend die Mietzinsanpassung zu bejahen.

8. ... Die Vorinstanz hat in ihrem Urteil festgestellt, mit dem im Gesetz verwendeten Begriff „Ersatz“ könne von vornherein nicht dasselbe Objekt gemeint sein. Es trifft zu, dass gemäss Wortsinn ein Ersatz nur ein anderes Objekt sein kann. Man kann nicht ein Objekt durch sich selbst ersetzen. Der Wortlaut von Art. 272a Abs. 2 OR spricht daher klar gegen die Auffassung der Berufungsklägerin. Es muss vorliegend aber nicht endgültig entschieden werden, ob dasselbe Objekt als Ersatz im Sinne von Art. 272a Abs. 2 OR angesehen werden kann. Es geht nämlich nicht so sehr um die Frage, was als Ersatz im Sinne von Art. 272a Abs. 2 OR gelten kann, sondern um die Tatsache, dass ein solcher Ersatz die Erstreckung nur in der Regel ausschliesst und auch dies nur, wenn er gleichwertig ist. Gleichwertig bedeutet zumutbar in Anbetracht der Bedürfnisse des Mieters bezüglich Grösse, Lage, Ausstattung und Kosten (vgl. Das schweizerische Mietrecht, SVIT-Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2008, N 19 zu Art. 272a OR). Damit aber muss ein Ersatz gemäss Art. 272a Abs. 2 OR dieselben Voraussetzungen erfüllen wie jedes andere mögliche Ersatzmietobjekt, soll er eine Erstreckung hindern. Auch ein anderes mögliches Ersatzmietobjekt muss nämlich für den Mieter zumutbar sein, um einer Erstreckung entgegen zu stehen. Und in beiden Fällen kann eine Erstreckung trotz zumutbarem Ersatzmietobjekt aufgrund besonderer Umstände gleichwohl gewährt werden. Ob das Anbieten desselben Mietobjektes als Ersatz im Sinne von Art. 272a Abs. 2 OR zu verstehen ist, ist damit nicht entscheidend. Einzig massgebend ist, ob der Mieter das angebotene Mietobjekt – sei es nun dasselbe oder ein anderes – ablehnen durfte oder nicht.

...

Die Anfechtung des Anfangsmietzinses ist gemäss Gesetz nur in engen Grenzen möglich. Konkret kann der Mieter den Anfangsmietzins nur anfechten und dessen Herabsetzung verlangen, wenn sich der Mieter entweder wegen einer persönlichen oder familiären Notlage oder wegen der Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Wohn- und Geschäftsräume zum Vertragsschluss gezwungen sah oder wenn der Vermieter den Anfangsmietzins gegenüber dem früheren Mietzins für dieselbe Sache erheblich erhöht hat (Art. 270 Abs. 1 OR). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine Erhöhung des Mietzinses erst erheblich, wenn sie zumindest 10 % des vorherigen Mietzinses beträgt (BGE 136 III 82 E. 3). Nachdem vorliegend die in der ersten Offerte vorgesehene Mietzinserhöhung weniger als 10 % des alten Mietzinses betrug und in der zweiten Offerte gar keine Mietzinserhöhung enthalten war, war die Voraussetzung gemäss Art. 270 Abs. 1 lit. b OR offensichtlich nicht erfüllt. Bezüglich einer persönlichen oder familiären Notlage ist in Betracht zu ziehen, dass die Berufungsbeklagte das Miet-

verhältnis noch erstrecken lassen konnte. Zweck der Erstreckung ist es gerade, dem Mieter mehr Zeit für die Suche nach einem passenden Ersatzmietobjekt zu verschaffen, so dass er nicht beziehungsweise nicht so stark unter Druck steht und auch nicht einfach jedes Angebot annehmen muss, weil die Zeit drängt und für Verhandlungen keine Zeit bleibt. Die Erstreckung soll mithin gerade verhindern, dass der Mieter in eine Notlage gerät. Es erscheint daher kaum gerechtfertigt, eine Notlage anzunehmen, solange dem Mieter die Möglichkeit offensteht, das alte Mietverhältnis erstrecken zu lassen; dies zumindest in einem Fall wie dem vorliegenden, wo eine Erstreckung um mehrere Jahre noch möglich war (vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 4C.169/2002 vom 16. Oktober 2002). Dieselbe Überlegung kann mit Bezug auf die Voraussetzung der Zwangslage aufgrund der Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Geschäftsräume gemacht werden. Ist die Möglichkeit einer Erstreckung gegeben, so nimmt dies den Druck auf den Mieter, auch ein übersteuertes Mietangebot annehmen zu müssen, weitgehend weg. Dies gilt zumindest in einem Fall wie dem vorliegenden, wo eine Erstreckung für eine lange Zeit, nämlich sechs Jahre, noch möglich war. Die Chancen, den Anfangsmietzins anfechten zu können, standen für die Berufungsbeklagte mithin ganz schlecht, waren eigentlich nicht vorhanden. Des Weiteren wird der vorinstanzliche Entscheid, den Mietzins für die Zeit der Erstreckung auf Fr. 203 560.– jährlich herabzusetzen, vorliegend geschützt [...]. Eine Herabsetzung des Mietzinses kann der Mieter im Erstreckungsverfahren gestützt auf Art. 272c Abs. 1 OR unter den Voraussetzungen von Art. 270a Abs. 1 OR verlangen (vgl. SVIT-Kommentar, a.a.O., N 15 zu Art. 272c OR). Nach Art. 270a Abs. 1 OR kann der Mieter den Mietzins anfechten, wenn er Grund zu der Annahme hat, dass der Vermieter aus der Mietsache einen nach Art. 269 OR und Art. 269a OR übersetzten Ertrag zieht. Ein Mietzins, der einen übersetzten Ertrag ermöglicht, ist missbräuchlich (Art. 269 OR). Indem der Mietzins von der Vorinstanz herabgesetzt worden ist, weil der Referenzzinssatz seit Abschluss des Mietvertrages erheblich gesunken war und weil die Berufungsklägerin keine – von der Berufungsbeklagten im Übrigen auch vehement bestrittenen – Investitionen nachgewiesen hatte [...], steht fest, dass die Berufungsklägerin mit den von ihr in ihren Offerten verlangten Mietzinsen einen übersetzten Ertrag erzielt hätte. Ein Mietzins in Höhe von Fr. 220 000.– beziehungsweise Fr. 240 000.– pro Jahr müsste folglich als missbräuchlich qualifiziert werden. Daran vermag auch die Behauptung der Berufungsklägerin in der Berufung, die offerierten Mietzinse seien marktgerecht, nichts zu ändern. Die Berufungsklägerin stützt ihre Behauptung einzig auf den Umstand, dass die Berufungsbeklagte es am 11. Juni 2013 abgelehnt habe, ihre Stockwerkeinheit an die Berufungsklägerin zu dem Preis zurück zu verkaufen,

den sie im Jahre 1999 dafür bezahlt habe. Die Berufungsbeklagte habe diesen Rückkauf abgelehnt, weil der Kaufpreis angeblich nicht marktüblich gewesen sei. Das zeige auf, dass die Liegenschaft seit der Unterzeichnung des Mietvertrages am 19. September 2003 einen Mehrwert erfahren habe, weshalb die offerierten Mietzinsen von jährlich Fr. 220 000.– beziehungsweise Fr. 240 000.– anerkanntermassen marktgerecht gewesen seien. Bei dieser Begründung geht die Berufungsklägerin stillschweigend davon aus, dass einerseits der im Mietvertrag vereinbarte Mietzins mitsamt den Staffelungen unbesehen der Entwicklung der mietzinsbestimmenden Faktoren während der festen Mietdauer marktüblich gewesen ist und dass andererseits eine Wertsteigerung des Mietobjekts in jedem Fall und unabhängig von den jeweiligen Umständen auch eine Erhöhung des Mietzinses rechtfertigt. Dabei ist die erste Annahme durch die von der Berufungsbeklagten beantragte Mietzinsanpassung bestritten und von der Berufungsklägerin nicht belegt und trifft die zweite Annahme nicht zu. Die Argumentation der Berufungsklägerin vermag die Marktüblichkeit der offerierten Mietzinse von Fr. 220 000.– beziehungsweise Fr. 240 000.– jährlich keinesfalls zu beweisen. Im Übrigen hat die Berufungsbeklagte mit der Ablehnung des Rückverkaufs ihrer Stockwerkeinheit offensichtlich nicht anerkannt, dass die angebotenen Mietzinse marktüblich gewesen wären. Ob die Berufungsbeklagte schliesslich ohne Weiteres in der Lage gewesen wäre, einen Mietzins von Fr. 220 000.– oder auch Fr. 240 000.– pro Jahr zu bezahlen, wie es die Berufungsklägerin geltend macht, hat für die Beantwortung der Frage, inwieweit die angebotenen Mietzinse missbräuchlich waren, keine Relevanz. Die von der Berufungsklägerin für eine Mietverlängerung offerierten Mietzinse sind als missbräuchlich zu erachten. Damit aber hätte die Berufungsbeklagte während der ganzen Dauer der festen Mietverlängerung einen missbräuchlichen Mietzins bezahlen müssen, wenn sie eine der Offerten der Berufungsklägerin angenommen hätte, wäre ihr die Anfechtung des Anfangsmietzinses ja eben nicht offen gestanden. Dies muss als unzumutbar erachtet werden. Die von der Berufungsklägerin angebotenen Mietvertragsverlängerungen sind folglich als nicht zumutbare Angebote zu qualifizieren. Dass die Berufungsbeklagte diese abgelehnt hat, steht unter den gegebenen Umständen einer Erstreckung des Mietverhältnisses nicht entgegen.

...

**10.** ... Aus dem Protokoll des Augenscheins, den die Vorinstanz durchgeführt hat ..., sowie aus den in den Akten befindlichen Plänen der gemieteten Räume ... und insbesondere aus dem Auszug aus der Begründungserklärung Stockwerkeigentum ... geht deutlich hervor, dass die Berufungsbeklagte für ihre Produktion samt Laden eine sehr grosse Fläche benötigt.

Auch wenn sie allenfalls bei der zu mietenden Fläche gewisse Abstriche hinnehmen müsste, so ist doch klar festzustellen, dass ein Objekt, das die Anforderungen an die Grösse der Produktionsfläche erfüllt, die die Berufungsbeklagte für ihre Produktion benötigt, von vornherein nicht leicht zu finden ist. Kommt hinzu, dass das Objekt betreffend Technik (Strom-, Wasseranschlüsse, Silovorrichtungen, Kühlräume etc.) und Ausbau (Lebensmittelhygiene) besondere Anforderungen und Standards erfüllen muss. Das geht im Übrigen auch aus dem Umstand hervor, dass die neue Produktionsstätte zuerst noch umgebaut und erneuert werden muss, bevor die Berufungsbeklagte ihren Produktionsstandort dorthin verlegen kann ... . Die Feststellung der Vorinstanz, vergleichbare Räume würden ... [am Ort der Mietsache] nicht zu finden sein, trifft unter diesen Umständen zweifellos zu. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Berufungsbeklagte ein neues Mietobjekt gefunden hat, liegt dieses doch nicht ... [am Ort der Mietsache]. Im Übrigen ist die nun gefundene Lösung nicht darauf zurückzuführen, dass das neue Mietobjekt auf dem Markt angeboten worden wäre. Eine Vermietung war von der Eigentümerin offenbar gar nicht geplant gewesen. Erst aufgrund der Anfrage der Berufungsbeklagten, ob sie für ihre Produktion allenfalls Platz in den Produktionsräumen der C. Bäckerei-Conditorei AG erhalten könnte, ergab sich im Verlauf der Verhandlungen die neue Lösung ... . Insofern handelt es sich um einen Glücksfall für die Berufungsbeklagte, mit dem nicht von vornherein zu rechnen war. Die Tatsache, dass die Berufungsbeklagte ein neues Mietobjekt gefunden hat, spricht unter diesen Umständen nicht gegen die Feststellung der Vorinstanz, dass ein vergleichbares Objekt ... [am Ort der Mietsache] nicht zu finden sei. Entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin ist zudem der Vorinstanz zuzustimmen, wenn diese festhält, dass aus dem Umstand, dass die neue Produktionsstätte der Berufungsbeklagten für deren Bedürfnisse zuerst noch um- und neugebaut werden müsse, geschlossen werden könne, dass ein Ersatzobjekt nur sehr schwer zu finden gewesen sei.

**12.** ... Es trifft zu und ist nicht bestritten, dass die S-AG bis im Herbst 2003 nur das Café/Restaurant betrieben [hat] und dass sie damit offenbar einen genügenden Ertrag erzielen konnte, um ihre Existenz zu sichern. Daraus kann aber nicht abgeleitet werden, dass dies auch heute noch der Fall wäre, denn in den etwa 13 Jahren seit Übernahme des Betriebes der Berufungsklägerin durch die Berufungsbeklagte und seit Zusammenführung der beiden Betriebe hat sich das wirtschaftliche Umfeld zweifellos erheblich gewandelt und ist der Konkurrenzdruck gestiegen ... . Aus dem Protokoll des Augenscheins, den die Vorinstanz durchgeführt hat, geht im Weiteren hervor, dass sich sämtliche Lager-, Kühl- und Produktionsräume (abgese-



hen von der Küche des Restaurants) in gemieteten Räumlichkeiten befinden und somit der Berufungsbeklagten nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht mehr zur Verfügung stehen ... . Das wiederum bedeutet, dass die Berufungsbeklagte, um das Café/Restaurant betreiben zu können, entweder Lager- und Kühlmöglichkeiten sowie Produktionsflächen für die im Café/Restaurant angebotenen Produkte und auch Lagermöglichkeiten für Tischwäsche, Geschirr und Ähnliches in ihrer Stockwerkeinheit bereitstellen müsste, was im Lichte der Feststellungen im Augenscheinprotokoll bezüglich der Flächenverhältnisse als kaum in genügendem Masse möglich erachtet werden muss und zudem auf Kosten, der Grösse des Cafés/Restaurants gehen würde, was wiederum direkten Einfluss auf die Einnahmen hätte, oder sie müsste das Angebot des Cafés/Restaurants verkleinern, weil sie nicht mehr alle Produkte und Gerichte herstellen und lagern könnte. Dass die Berufungsbeklagte unter diesen Umständen in der Lage wäre, nur mit dem Café/Restaurant eine genügende Existenzgrundlage zu erwirtschaften, ist zu bezweifeln. Um die Satelliten weiterhin betreiben zu können, die ... [vom Ort der Mietsache] aus mit Produkten versorgt werden, wäre im Übrigen noch eine weitaus grössere Lager-, Kühl- und Produktionsfläche notwendig, die in der Stockwerkeinheit der Berufungsbeklagten allein nicht zur Verfügung stehen würde. Die von der Berufungsbeklagten geltend gemachte Härte, weil sie mit den Mieträumlichkeiten auch ihre Existenzgrundlage verlieren würde, ist unter den gegebenen Umständen zu bejahen.

...

**16.** ... Die Vorinstanz hat der Berufungsbeklagten insbesondere zugestanden, dass sie zur Sicherung ihrer Existenz auf die Mieträumlichkeiten angewiesen ist. Sie hat des Weiteren auch erkannt, dass sich aufgrund der Verhältnisse auf dem örtlichen Markt keine vergleichbaren Räumlichkeiten in vertretbarer Nähe zum Verkaufsladen und Restaurant finden lassen würden und dass die Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Geschäftsräume für die Befriedigung der Bedürfnisse der Berufungsbeklagten ungeeignet seien. Ebenso hat sie festgestellt, dass ein Umzug in ein Drittobjekt für die Zeit, bis der neue Produktionsstandort an ... bezugsbereit ist, eine besondere Härte für die Berufungsbeklagte bedeuten würde. Allein schon die Tatsache, dass die Berufungsbeklagte für ihre Existenzsicherung auf die Mieträumlichkeiten angewiesen ist, ist als schwerwiegende Härte anzusehen. Mit Bezug auf einen Umzug in ein drittes Mietobjekt für die Zeit bis zum Bezug des neuen Produktionsstandortes hat die Vorinstanz selbst festgestellt, dass dies eine besondere Härte für die Berufungsbeklagte bedeuten würde. ... Wie sich des Weiteren gezeigt hat, ist die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, dass die Mieträumlichkeiten für die Existenzsicherung

der Berufungsbeklagten notwendig sind, dass ein den Bedürfnissen der Berufungsbeklagten entsprechendes Mietobjekt auf dem örtlichen Markt nur schwer beziehungsweise nur zufällig zu finden wäre und dass ein Umzug in ein Drittobjekt für die Zeit bis zum Einzug in den neuen Produktionsstandort eine erhebliche Härte für die Berufungsbeklagte bedeuten würde. Unter Würdigung dieser Aspekte ist die Härte für die Berufungsbeklagte, wenn sie die Mieträumlichkeiten vor Eröffnung der neuen Produktionsstätte verlassen müsste, als schwerwiegend zu beurteilen. Die von der Vorinstanz gewährte Erstreckungsdauer von vier Jahren und einem Monat war daher der bestehenden Härte durchaus angemessen. ... Die von der Vorinstanz gewährte Mieterstreckung bis zum 30. November 2017 ist unter Berücksichtigung der damals bekannten Sachlage daher grundsätzlich angemessen gewesen. Da die Berufungsbeklagte im Berufungsverfahren mit ihrem Schreiben vom 25. August 2016 nun aber klar zu verstehen gegeben hat, dass sie kein Interesse an einer Mieterstreckung über den 31. März 2017 hinaus hat, ist das Mietverhältnis zwischen den Parteien vorliegend in Abweichung zum vorinstanzlichen Urteil bis zum 31. März 2017 zu erstrecken. Das fehlende Interesse der Berufungsbeklagten an einer Erstreckung über den 31. März 2017 hinaus führt im Weiteren dazu, dass das Mietverhältnis einmalig erstreckt wird.

17. Neben der Erstreckung hat die Vorinstanz der Berufungsbeklagten für die Dauer der Erstreckung auch eine Mietzinsreduktion gewährt. ... Das Bundesgericht hat mit Bezug auf gestaffelte Mietzinse für den Fall, dass die Parteien nach Ablauf der festen Vertragsdauer den Mietvertrag auf unbestimmte Zeit weiterführen, entschieden, dass beide Parteien die Überprüfung des Mietzinses verlangen können und zwar wahlweise nach der absoluten oder der relativen Methode bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses; der gesetzlich vorgesehene Ausschluss der Anfechtung gestaffelter Mietzinse gelte nur während der zwingend vorgeschriebenen verbindlichen Vertragsdauer (vgl. BGE 125 III 358 E. 1b/bb mit Hinweisen). Für den Fall, dass sich der befristete Mietvertrag, der eine Staffelung des Mietzinses enthält, nach seinem Ablauf bei Stillschweigen oder durch Ausübung einer Option mindestens um drei Jahre verlängert, das heisst, ist zumindest der Vermieter in dieser Periode gebunden, bleibt die Staffelung zwar bestehen (vgl. für den vergleichbaren Fall der Indexierung BGE 137 III 580 E. 2; bezüglich der Tatsache, dass es für die Vereinbarung einer Staffelung genügt, wenn der Vermieter während der fest vereinbarten Vertragsdauer von zumindest drei Jahren gebunden ist, vgl. BGE 112 II 69 E. 3). Trotzdem können gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung beide Parteien im Zeitpunkt, in dem die ursprünglich vereinbarte Staffelung des

Mietzinses zu Ende geht, die Anpassung desselben verlangen (vgl. die Urteile des Bundesgerichts 4A\_269/2015 vom 2. November 2015 E. 2.3 und 4C.157/2001 vom 1. Oktober 2001 E. 1a). Diese Rechtsprechung findet ihre Begründung darin, dass die Staffelmiete ein aleatorisches Element enthält. Der Anfangsmietzins und die gestaffelte(n) Erhöhung(en) desselben sollen dem Vermieter einen Ertrag sichern, der über die gesamte feste Mietvertragsdauer gesehen als angemessen beurteilt werden kann. Bei der Festsetzung des Anfangsmietzinses und der Staffelung(en) sind damit Annahmen über die künftige Entwicklung von Faktoren zu treffen, die eine Erhöhung oder eine Senkung des Mietzinses indizieren. Da im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht sicher ist, ob der Mietvertrag nach Ablauf der fest vereinbarten Mietdauer allenfalls weiter geführt werden wird, sind die Annahmen für die zunächst vereinbarte feste Mietdauer zu treffen. Diese Annahmen können sich verwirklichen oder nicht. Muss der Ertrag, den der Vermieter nach Ablauf der ursprünglich vereinbarten festen Vertragsdauer erzielt, in Beachtung der dann gültigen Bemessungskriterien als übersetzt beurteilt werden, kann vom Mieter nicht verlangt werden, dass er für mindestens drei weitere Jahre einen übersetzten Mietzins bezahlt, wenn er das Vertragsverhältnis fortsetzen will. Dasselbe gilt, wenn der Ertrag am Ende der vereinbarten festen Mietdauer als ungenügend beurteilt werden muss; in dieser Situation rechtfertigt es sich nicht, den Vermieter zur Kündigung des Mietvertrages zu zwingen, wenn er in Zukunft wieder einen angemessenen Mietzins erzielen will (vgl. bezüglich der vergleichbaren Konstellation bei der Indexierung eines Mietzinses: Urteil des Bundesgerichts 4A\_269/2015 vom 2. November 2015 E. 2.3.2). Bei Vereinbarung einer Staffelung des Mietzinses besteht mithin nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung für beide Parteien die Möglichkeit, die Anpassung des Mietzinses zu beantragen, wenn nach Ablauf der vereinbarten festen Mietdauer das Mietverhältnis fortgesetzt wird. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb bei einer Erstreckung des Mietverhältnisses eine andere Lösung gewählt werden sollte, stellt sich die Situation doch gleich dar, wie wenn der Mietvertrag bei Ablauf der festen Mietdauer verlängert werden würde. Damit aber ist die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, dass die von den Parteien im Mietvertrag vereinbarte Staffelung des Mietzinses einer Mietzinsreduktion für die Dauer der Erstreckung nicht entgegensteht. Bezüglich der Berechnungsart der Mietzinsreduktion sowie der Höhe der gewährten Reduktion erhebt die Berufungsklägerin keine Rügen. ... Insoweit ist das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen und die Berufung abzuweisen.

(Entscheid des Kantonsgerichts von Graubünden vom 6. Februar 2017 [ZK2 15 27])

## Art. 262, 270a CO

# 8. Demande de baisse de loyer – sous-location

**On ne voit pas en quoi les produits que le locataire retire de l'usage de la chose, le cas échéant en la sous-louant à un tiers, devraient faire obstacle à une diminution de loyer. Le bailleur ne peut, même dans le cas où la source de ces produits serait illégitime, opposer au locataire qui demande une baisse de son loyer l'objection de position mal acquise, puisque le droit revendiqué par le locataire est absolument indépendant des produits qu'il retire de la chose louée ; la solution inverse reviendrait à reconnaître une portée générale à cette objection et à refuser par principe la protection de la loi à celui qui ne la respecte pas lui-même.**

### Exposé des faits

Les parties sont liées par un contrat de bail à loyer portant sur la location d'un local commercial de 6 pièces au rez-de-chaussée d'un immeuble sis à R.. Le loyer initial a été fixé à fr. 2'320.- par mois, hors charges.

Le 27 août 2007, les bailleurs ont notifié au locataire une hausse de loyer de fr. 200.- par mois motivée par l'évolution de l'indice suisse des prix à la consommation, dès le 1er octobre 2007.

Le locataire a sous-loué une pièce du local, dès le 1er février 2014, pour un loyer mensuel de fr. 735, charges comprises. En 2015, il a également sous-loué une pièce le mercredi matin et le jeudi pour fr. 20.- de l'heure ainsi

que la salle de gym du local les lundis et mercredis soirs pour un montant de fr. 50.- la séance.

Par courrier du 12 janvier 2015, le locataire a requis une diminution de loyer dès le 1er février 2015 fondée sur la baisse du taux hypothécaire. Les demandeurs ont refusé le 7 février 2015.

Le 10 mars 2015, le locataire a saisi la Commission de conciliation en matière de baux à loyer du district de Nyon d'une action en baisse de loyer. Le 2 juillet 2015, les bailleurs ont ouvert action devant le Tribunal des baux, concluant à ce que la demande de diminution de loyer soit rejetée.

Par jugement du 6 novembre 2015, le Tribunal des baux a notamment fixé le loyer du locataire à fr. 1'811.40 dès le 1er février 2016, et a condamné les bailleurs à la restitution au locataire des montants versés en trop à titre de loyer.

## Extrait des considérants

I. ...

**b)** Les demandeurs invoquent l'abus de droit, au motif que le défendeur requiert une baisse de loyer, alors même qu'il sous-loue une partie des locaux sans autorisation et qu'il a laissé passer trois reconductions de bail sans demander de baisse de loyer.

**aa)** A teneur de l'art 2 al. 2 CC, l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. Ce principe permet de corriger les effets de la loi dans certains cas où l'exercice d'un droit allégué créerait une injustice manifeste. Le juge apprécie la question au regard des circonstances concrètes, qui sont déterminantes. L'emploi, dans le texte légal, du qualificatif "manifeste" démontre que l'abus de droit doit être admis restrictivement. Les cas typiques en sont l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, l'utilisation d'une institution juridique de façon contraire à son but, la disproportion manifeste des intérêts en présence, l'exercice d'un droit sans ménagement ou l'attitude contradictoire (TF, 26 janvier 2012, 4A\_647/2011, consid. 4.1; ATF 135 III 162 consid. 3.3.1 et les arrêts cités).

**bb)** Le bailleur confronté à une sous-location illicite n'est pas dépourvu de moyens d'action: il peut exiger de son locataire qu'il mette fin à la sous-location contraire au droit et, à certaines conditions, si le locataire persiste à enfreindre ses obligations, résilier le bail de manière anticipée, en application, en application de l'art. 257f CO (cf. BISE/PLANAS, CPra-Bail,

nn. 48 ss ad art. 257f CO); il peut aussi, dès lors que le locataire qui procède à une sous-location non autorisée empiète sur le patrimoine du bailleur et gère l'affaire d'autrui (art. 423 al. 1 CO), s'approprier les profits qui résultent de cette immixtion (TF, 28 février 2013, 4A\_594/2012 consid. 2.1.1). En revanche, on ne voit pas en quoi les produits que le locataire retire de l'usage de la chose, le cas échéant en la sous-louant à un tiers, devraient faire obstacle à une demande de diminution de loyer. Le bailleur ne peut, même dans le cas où la source de ces produits serait illégitime, opposer au locataire qui demande une baisse de son loyer l'objection de position mal acquise, puisque le droit revendiqué par le locataire est absolument indépendant des produits qu'il retire de la chose louée; la solution inverse reviendrait à reconnaître une portée générale à cette objection et à refuser par principe la protection de la loi à celui qui ne la respecte pas lui-même, ce que le droit suisse ne permet pas (cf. STEINAUER, *Le Titre préliminaire du Code civil, Traité de droit privé suisse*, vol. II, t. 1, Bâle 2009, nn. 600 ss). Dans ces conditions, les réquisitions des demandeurs tendant à la production par le défendeur des pièces documentant la sous-location qu'il pratique étaient sans pertinence, raison pour laquelle elles ont été rejetées. Pour le reste, on ne voit pas en quoi le fait le défendeur n'ait pas requis de diminution de son loyer lors des trois précédentes échéances du bail serait constitutif d'un comportement contradictoire. A raisonner ainsi, on viderait de sa substance le droit du locataire de demander une baisse de loyer en vertu de l'art 270a CO. Mal fondé, le moyen tiré de l'abus de droit doit être écarté.

(Jugement du Tribunal des baux du canton de Vaud du 6 novembre 2015 [XA15.027718])

## Art. 266g, 271a CO

# 9. Résiliation ordinaire et extraordinaire du bail

**Le bailleur est en droit, même pendant la période de protection du locataire, de signifier le congé pour l'échéance, tout en invoquant des circonstances exceptionnelles. Il ne suffit donc pas de constater que la partie bailleuse a notifié une résiliation ordinaire pour en conclure que celle-ci doit être annulée (art. 271a al. 1 let d CO) ; il y a plutôt lieu d'examiner si les conditions de validité du congé extraordinaire (art. 266g CO) sont réunies.**

## Exposé des faits

Les locataires X et Y sont liées aux bailleurs A et B par un contrat de bail du 14 décembre 2009 portant sur la location d'un appartement de trois pièces au 4ème étage d'un immeuble sis à Genève.

Le 18 novembre 2011, certains locataires de l'immeuble se sont adressés aux bailleurs pour faire état d'un comportement inapproprié du locataire X. Le 24 novembre, une mise en demeure a été adressée par courrier recommandé aux locataires X et Y.

Par avis du 15 décembre 2011, les bailleurs ont résilié le contrat pour le 31 janvier 2012. Fondé sur l'article 257f CO, le congé a été motivé par le « comportement inacceptable et les nuisances sonores occasionnées » par le locataire X.

Le congé a été contesté en temps utile auprès de la juridiction des baux et loyers. Par jugement du 8 septembre 2014, le Tribunal a rejeté la requête des bailleurs, qui ont formé appel de cette décision par acte du 15 octobre 2014.

Le 7 octobre 2014, les bailleurs ont notifié aux locataires X et Y de nouveaux congés pour l'échéance contractuelle du 31 janvier 2015 en indiquant : « Les propriétaires vous signifient le non-renouvellement du bail pour le cas où la procédure en cours n'aboutirait pas à la validation du congé précédemment donné ».

Les locataires X et Y ont contesté ces congés le 16 octobre 2014, puis ont porté l'affaire devant le Tribunal des baux et loyers concluant à l'annulation des congés puisque donnés durant une procédure judiciaire au sens de l'art. 271a al. 1 let. d CO.

Par jugement du 13 mars 2015, le Tribunal des baux et loyers a annulé les congés notifiés aux locataires le 7 octobre 2014 pour le 31 janvier 2015. Les bailleurs ont formé appel de ce jugement en temps utile.

## Extrait des considérants

**3.1** Les appelants reprochent au Tribunal une mauvaise application de l'art 271a al. 3 let. e CO. Selon eux, lorsqu'un locataire manque d'égards envers ses voisins, le bailleur disposerait d'un juste motif, au sens de l'art. 266g CO, pour résilier le bail y compris pendant la période de protection prévue. Dans cette situation, les appelants considèrent que le bailleur aurait le choix de notifier un congé extraordinaire ou un congé ordinaire, pour l'échéance contractuelle. En l'occurrence, ils ont jugé opportun de donner le congé pour l'échéance du bail.

**3.2** L'art 271a al. 1 let. d CO prévoit que le congé est annulable lorsqu'il est donné par le bailleur, notamment pendant une procédure de conciliation ou une procédure judiciaire, ou s'il est notifié dans un délai de trois ans à compter de la fin de ces dernières, à teneur de l'art. 271a al. 1 let. e CO. La protection contre les congés connaît des restrictions en ce sens que, selon l'art. 271a al. 3 CO, les lettres *d*) et *e*) du premier alinéa ne sont pas applicables lorsqu'un congé est donné pour l'un des six motifs exhaustivement énumérés sous lettres *a*) à *f*), notamment pour de justes motifs au sens de l'art. 266g CO. Cette liste est exhaustive (ATF 131 III 33 consid. 3.4 p. 37). Dès lors que le locataire défend ses intérêts de bonne foi, sans recourir à un procédé déloyal (art. 2 al. 2 CC), le bailleur qui a donné congé en temps



prohibé ne peut pas échapper à l'annulation de la résiliation par des arguments qui se situeraient en dehors de la liste figurant à l'art. 271a al. 3 CO (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_594/2010 du janvier 2011 consid. 2.2).

L'art. 271a al. 3 let. e CO prévoit que la règle sur la protection du locataire pendant une procédure judiciaire n'est pas applicable si le congé est donné pour de justes motifs au sens de l'art. 266g CO.

Selon l'art. 266g al. 1 CO, chacune des parties peut résilier le bail à n'importe quel moment en observant le délai de congé légal si, pour de justes motifs, l'exécution du contrat lui devient intolérable. Les justes motifs visés par l'art. 266g CO peuvent être définis comme les circonstances qui étaient inconnues et imprévisibles lors de la conclusion du bail, qui ne sont pas imputables à faute à la partie qui s'en prévaut et qui rendent intolérable l'exécution du contrat jusqu'à son terme ordinaire. Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour établir l'existence d'un juste motif. On prendra notamment en compte l'intérêt de chaque partie, celui de l'auteur du congé, et celui du destinataire du congé au regard de la fidélité contractuelle (BOHNET/MONTINI, Droit du bail à loyer, Commentaire pratique, Bâle 2010, n. 16 et 17 ad art. 266g CO). Le motif du congé doit exister au jour de la résiliation. Le bien-fondé de la résiliation doit en effet être apprécié au moment où son auteur manifeste sa volonté de mettre un terme au contrat (BOHNET/MONTINI, op. cit., n. 31 ad art. 271 CO).

D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, dans l'hypothèse où le bailleur entend invoquer l'exception prévue par l'art. 271a al. 3 let. e CO, il est indispensable que le destinataire de la manifestation de volonté puisse comprendre qu'il ne s'agit pas d'une résiliation ordinaire, mais que le résiliant veut mettre fin au contrat pour de justes motifs (ATF 92 II 184 consid. 4a p. 186; arrêt du Tribunal fédéral 4C.202/1994 du 3 octobre 1995 consid. 2b/aa); l'allégation ultérieure de justes motifs dans la procédure ne peut pas valider une résiliation pour justes motifs qui n'a pas été donnée (arrêt du Tribunal fédéral 4C.202/1994 déjà cité consid. 2b/bb).

Les congés visés par l'art. 271a al. 3 CO sont généralement donnés de manière anticipée, mais peuvent aussi l'être pour l'échéance. Si le bailleur donne le congé ordinaire, les conditions des art. 257d al. 2, 257f al. 3 et 4, 266j ou 266h CO doivent être réunies (LACHAT, Le bail à loyer, Lausanne 2008, p. 747). Dans ce cas de figure, le bailleur doit prouver que les conditions de validité du congé extraordinaire sont remplies (BOHNET/MONTINI, op. cit., n. 66 ad art. 271a CO).

**3.3** En l'espèce, les appelants invoquent expressément l'exception tirée de l'art. 271a al. 3 let. e CO, à savoir du congé donné pour de justes motifs au

sens de l'art. 266g CO. Toutefois, le congé du 7 octobre 2014 a été notifié sans aucune référence à cette dernière disposition. De plus, les formules officielles adressées aux intimés respectent le terme contractuel, de telle sorte que les destinataires de ces documents ne pouvaient que penser de bonne foi qu'il s'agissait d'un congé ordinaire. Dans leurs écritures de première instance, de même qu'à l'audience du 9 mars 2015, les appelants ont d'ailleurs confirmé que leur volonté avait été de notifier un congé ordinaire.

Les premiers juges ont considéré que l'exception prévue par l'art. 271a al. 3 let. c ou e CO n'entraîne pas en considération, dès lors que les congés litigieux étaient des congés ordinaires. Il résulte toutefois du libellé de l'art. 271a al. 3 CO, ainsi que de la doctrine citée plus haut, que le bailleur est en droit, même pendant la période de protection du locataire, de signifier le congé pour l'échéance, tout en invoquant des circonstances exceptionnelles. Il ne suffit donc pas de constater que la partie bailleresse a notifié une résiliation ordinaire pour en conclure que celle-ci doit nécessairement être annulée, compte tenu de la protection accordée par l'art. 271a al. 1 let. d CO. Il y a plutôt lieu d'examiner si les conditions de validité du congé extraordinaire, à savoir celles visées par l'art. 266g CO, étaient remplies en l'espèce à la date à laquelle le congé du 7 octobre 2014 a été notifié. Les appelants ayant mentionné, dans la formule officielle de résiliation, le comportement inacceptable de l'un des intimés "à l'égard des autres locataires et de la régie", les intimés pouvaient, sauf circonstances particulières, en déduire que le congé était fondé sur une allégation de justes motifs. Dans un tel contexte, le Tribunal aurait dû examiner si ce grief remplissait les exigences de l'art. 266g CO, à la date pertinente.

(Arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des baux et loyers, du 18 janvier 2016 [ACJC/37/2016])

## Art. 227 Abs. 1 ZPO

# 10. Klageänderung nach Erteilung der Klagebewilligung (Verzugszinsen und Schadenersatz)

**Im nachfolgenden Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen werden die Anforderungen an eine zulässige Klageänderung nach Erteilung der Klagebewilligung aufgezeigt. Das Gericht setzt sich hierbei insbesondere mit dem Erfordernis des sachlichen Zusammenhangs auseinander.**

### **Sachverhalt**

Der Vermieter forderte an der Schlichtungsverhandlung zunächst einzig die Bezahlung ausstehender Mietzinse. Im Rahmen des Verfahrens vor dem Kreisgericht machte er zusätzlich Verzugszinsen auf den ausstehenden Mietzinsen sowie Schadenersatz für Mieterschäden geltend, was als zulässige Klageänderung taxiert wurde. Dagegen erhob der Mieter Berufung an das Kantonsgericht.

## Aus den Erwägungen

### III. ...

2. Als Klageänderung gilt die Änderung des Streitgegenstandes, der bei nicht individualisierten Ansprüchen aus dem Rechtsbegehren und dem Lebenssachverhalt besteht (LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 227 N 1; LEUENBERGER/UFFERTOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 7.3 und 11.111; vgl. auch BGE 139 III 126 E. 3.2.3). Wird dabei, wie vorliegend, eine Schlichtungsverhandlung durchgeführt, ist eine Klageänderung nach Erteilung der Klagebewilligung nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 227 ZPO zulässig (LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 227 N 25; BK-KILLIAS, N 19 zu Art. 227 ZPO). Demnach muss der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen sein wie der bisherige (Art. 227 Abs. 1 ZPO). Sodann muss das mit der bisherigen Klage befasste Gericht auch für die geänderte oder neue Klage sowohl örtlich als grundsätzlich auch sachlich zuständig sein (BK-KILLIAS, N 28 ff. zu Art. 227 ZPO; LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 227 N 30a ff.; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 40 f.; vgl. aber Art. 227 Abs. 2 ZPO für den Fall, dass der Streitwert der geänderten Klage die sachliche Zuständigkeit übersteigt). Zudem muss der geänderte oder neue Anspruch mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang stehen oder es muss die Zustimmung der Gegenpartei zur Klageänderung vorliegen (Art. 227 Abs. 1 ZPO).

Der Zweck von Artikel 227 ZPO besteht dabei darin, einen Interessensausgleich zwischen den Prozessparteien zu ermöglichen, indem einerseits dem Beklagten die Verteidigung nicht übermässig erschwert wird, andererseits aber aus Gründen der Prozessökonomie und der materiellen Wahrheit gewisse Änderungen doch zugelassen werden. Letzteres dient u.a. dazu, während des Prozesses eingetretene relevante Tatsachen noch zu berücksichtigen (BGer 4a\_255/2015 E. 2.2.3).

Ob die Voraussetzungen für eine Klageänderung gegeben sind, stellt eine Prozessvoraussetzung dar und ist von Amtes wegen zu prüfen (LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 227 N 12; BK-KILLIAS, N 25 zu Art. 227 ZPO; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 55). Sind die Voraussetzungen für eine Klageänderung gegeben, ist für die geänderte Klage (wie für eine Widerklage) kein Schlichtungsverfahren notwendig (LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 227 N 25; BK-KILLIAS, N 24 zu Art. 227 ZPO; PAHUD, DIKE-Komm-ZPO, Art. 227 N 16). Wenn mit einer (zulässigen) Klageänderung ein zusätzlicher Anspruch geltend gemacht wird,

ist dementsprechend über beide Ansprüche zu entscheiden (BK-KILLIAS, N 24 zu Art. 227 ZPO).

3. Nach Ansicht der Vorinstanz waren die Voraussetzungen für eine Klageänderung vorliegend erfüllt, weil die neuen und die bisherigen Rechtsbegehren nach der gleichen Verfahrensart sowie vom gleichen sachlich zuständigen Gericht zu beurteilen seien und insbesondere auch ein sachlicher Zusammenhang zwischen den neuen und dem bisherigen Rechtsbegehren bestehe, da diesen das gleiche Mietverhältnis bzw. der gleiche Lebenssachverhalt zu Grunde liege. Unbestritten ist dabei, dass die Ansprüche nach der gleichen Verfahrensart sowie vom gleichen sachlich zuständigen Gericht zu beurteilen sind.

Der Beklagte (Mieter) macht geltend, es liege eine unzulässige „Klageerweiterung“ vor, da die Vorinstanz neben der Forderung für ausstehende Mietzinsen auch die Schadenersatzforderung beurteilt habe. Da die beiden Forderungen nicht auf dem gleichen Lebenssachverhalt beruhen würden, fehle es an einem sachlichen Zusammenhang. Das Bestehen eines Mietvertrages alleine reiche dazu nicht aus. Die Schlichtung bezüglich der ausstehenden Mietzinsen habe vor der effektiven Wohnungsabnahme stattgefunden, woraus sich ergebe, dass die Mängelrüge des Klägers wegen Mieterschäden nicht auf demselben Lebenssachverhalt beruhen könne wie die Forderung für ausstehende Mietzinsen, da im Zeitpunkt der Klagebewilligung noch gar keine Mängel bestanden hätten. Auch liege kein benachbarter Lebenssachverhalt vor, welcher einen sachlichen Konnex zur Forderung wegen ausstehender Mietzinse zu begründen vermöge. Vielmehr bringe der Kläger durch seine Schadenersatzforderung einen völlig neuen Tatbestand in den Prozess ein. Eine konkludente Zustimmung zur Klageänderung liege schliesslich nicht vor, da er als Laie nicht gewusst habe, was eine Klageerweiterung sei und welche prozessualen Konsequenzen diese habe.

Der Kläger (Vermieter) stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass sich vorliegend beide Ansprüche auf den (gleichen) Lebenssachverhalt der Auflösung eines Mietverhältnisses stützten, da der Beklagte das Kündigungsschreiben als Anlass genommen habe, seine Mietzinszahlungen einzustellen, und die klägerischen Forderungen aufgrund der Mängel des Mietobjekts erst durch die Kündigung bzw. die Auflösung des Mietverhältnisses aktuell geworden seien. So oder so habe der Beklagte der Klageänderung aber zugestimmt, indem er sich vor der Vorinstanz intensiv mit der geänderten Klage auseinandergesetzt und sich damit sichtlich von der Haltung von A. [ursprünglich mitbeklagte Mitmieterin] abgegrenzt habe, deren Rechtsvertreter einen Nichteintretensantrag gestellt und gegen die Klageänderung protestiert habe.

**4.a)** Das Bundesgericht hat sich bisher nicht ausdrücklich zur Frage geäußert, wann der vom Gesetz geforderte sachliche Zusammenhang im Sinne von Artikel 227 ZPO gegeben ist (vgl. BGer 4A\_255/2015 E. 2.2). Das Erfordernis des sachlichen Zusammenhangs zwischen mehreren Ansprüchen wird indes mit den grundsätzlich gleichen Kriterien auch beim Gerichtsstand für die Widerklage (Art. 14 Abs. 1 ZPO), beim Gerichtsstand bei objektiver Klagehäufung (Art. 15 Abs. 2 ZPO) sowie bei der Überweisung bei zusammenhängenden Verfahren (Art. 127 ZPO) verlangt (BK-KILLIAS, N 38 zu Art. 227 ZPO; vgl. das Erfordernis der Konnexität bei BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 28). Basierend auf der Lehre können dabei drei Abstufungen unterschieden werden:

**aa)** Der sachliche Zusammenhang ist ohne weiteres gegeben, wenn gestützt auf den gleichen Lebenssachverhalt ein weiterer oder anderer Anspruch geltend gemacht wird, der das Rechtsbegehren verändert (BK-KILLIAS, N 39 zu Art. 227 ZPO; LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 227 N 18; vgl. BGer 4A\_255/2015 E. 2.2.1 und 2.2.3). Solange der Lebenssachverhalt unverändert bleibt, kann dabei neben dem Rechtsbegehren auch der Sachverhalt ergänzt oder erweitert werden (BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 31). Entsprechend kann eine Klage beispielsweise durch zusätzliche Schadenersatzansprüche ergänzt werden, die erst im Laufe des Prozesses entstanden sind, sofern diese neben den bisherigen Ansprüchen bestehen können (sog. Anspruchskumulation; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 32; BK-KILLIAS, N 39 zu Art. 227 ZPO; PAHUD, DIKE-Komm-ZPO, Art. 227 N 8; vgl. aber LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 227 N 19, der in diesem Zusammenhang nur Schadenersatzansprüche erwähnt, die im Laufe des Prozesses grösser geworden sind). Auch Verzugszinsen können ohne weiteres erst nachträglich geltend gemacht werden (LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 227 N 19; PAHUD, DIKE-Komm-ZPO, Art. 227 N 4; vgl. BK-KILLIAS, N 12 zu Art. 227 ZPO, wonach die nachträgliche Geltendmachung von Nebenpunkten wie Verzugszinsen gar keine Klageänderung darstellt).

**bb)** Der sachliche Zusammenhang ist sodann auch gegeben, wenn ein anderer oder weiterer Anspruch geltend gemacht wird, der zwar nicht dem gleichen Lebenssachverhalt entstammt, mit dem ursprünglichen Lebenssachverhalt aber in einem engen Zusammenhang steht, mitunter einen benachbarten oder konnexen Lebenssachverhalt betrifft (LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 227 N 21; BK-KILLIAS, N 40 zu Art. 227 ZPO; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 34, je mit Hinweisen; vgl. BGer 4A\_255/2015 E. 2.2.1 und 2.2.3). Die Lebenssachverhalte müssen sich diesfalls immerhin berühren und gleichartige oder ähnliche Tatbestände erzeugen können. Bei der Entscheidung, ob die notwendige Konnexität gegeben ist oder nicht, ist zudem hilfsweise zu berücksichtigen, inwieweit sich die Klageänderung

auf die Rechtsstellung des Beklagten auswirkt und ob der bisherige Prozessstoff für die Klage nach der Änderung weiterhin verwertbar bleibt. Jedenfalls darf aber kein völlig neuer Tatbestand in den Prozess eingeführt werden, der einen eigenen Anspruch erzeugt, welcher sich mit dem aus dem ursprünglichen Lebenssachverhalt abgeleiteten Anspruch nicht berührt (BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 34).

**cc)** Ausnahmsweise ist der sachliche Zusammenhang schliesslich auch zu bejahen, wenn sich ein anderer oder weiterer Anspruch zwar auf einen verschiedenen Lebenssachverhalt stützt, aber eine enge rechtliche Beziehung besteht (BK-KILLIAS, N 40 zu Art. 227 ZPO; PAHUD, DIKE-Komm-ZPO, Art. 227 N 9; a.M. BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 36). Eine solche kann insbesondere vorliegen, wenn sich Ansprüche auf denselben Vertrag stützen (vgl. BGE 129 III 230 E. 3.1 m.w.H.).

**b)** Vorliegend beruhen sowohl die Forderung wegen ausstehender Mietzinsen als auch die Schadenersatzforderung wegen Mängeln an der Mietsache auf dem gleichen Mietverhältnis bzw. dem gleichen Mietvertrag zwischen den Parteien. Dies verdeutlicht zwar die enge rechtliche Beziehung zwischen den Ansprüchen, reicht indes, wie der Beklagte zu Recht geltend macht, für sich allein noch nicht zur Begründung eines sachlichen Zusammenhangs im Sinne von Artikel 227 ZPO aus. Dieser ergibt sich jedoch, wie nachfolgend dargelegt, bei näherer Betrachtung des Zusammenspiels zwischen den beiden Ansprüchen.

**aa)** Die Verpflichtung zur Zahlung von Mietzinsen entsteht grundsätzlich mit Abschluss des Mietvertrages (Art. 253 OR), Schadenersatzansprüche nach Artikel 267 und 267a OR wegen Mängeln an der Mietsache hingegen erst bei der Rückgabe des Mietobjekts. Wie der Beklagte ausführt, ist es folglich zutreffend, dass zum Zeitpunkt der Schlichtungsverhandlung wegen ausstehender Mietzinsen noch gar keine Schadenersatzansprüche wegen Mängeln bestanden, da die Wohnungsrückgabe erst nach der Schlichtungsverhandlung stattfand. Unzutreffend ist hingegen die Schlussfolgerung des Beklagten, dass aufgrund der zeitlich auseinanderfallenden Entstehung der beiden Ansprüche diese nicht auf dem gleichen Lebenssachverhalt beruhen könnten. Eine Klageänderung gemäss Artikel 227 ZPO verlangt gerade nicht, dass die Ansprüche in einem zeitlichen Zusammenhang stehen. Gefordert ist vielmehr ein sachlicher Zusammenhang. Vorliegend haben sowohl die Forderung wegen ausstehender Mietzinsen als auch die Schadenersatzforderung wegen Mängeln an der Mietsache ihren Ursprung in der Kündigung des Mietverhältnisses und der damit zusammenhängenden Rückgabe der Mietsache. Wie von der Vorinstanz unbestritten festge-

stellt, hat der Beklagte nach der Kündigung durch den Kläger keine Mietzinsen mehr bezahlt. Der Mietzinsausstand wurde somit durch die Kündigung ausgelöst. Als Folge der Kündigung war der Beklagte sodann zur Rückgabe der Mietwohnung verpflichtet. Dabei wurden die Mängel festgestellt, welche der Kläger mit der Schadenersatzforderung geltend macht. Auch die Schadenersatzansprüche sind somit erst durch die Kündigung und die damit zusammenhängende Rückgabe der Mietsache entstanden. Den Zusammenhang zwischen dem Entstehen der beiden Ansprüche bestätigt der Beklagte im Übrigen sogar selber, indem er in seiner Stellungnahme vom 22. November 2014 ausdrücklich ausführt, dass er nach der Kündigung „die Zahlung der letzten Miete, das Aufräumen, der Garten und das Putzen“ ... „bewusst zurückgehalten“ habe.

Damit ergibt sich, dass beide hier geltend gemachten Ansprüche ihren Ursprung im Lebenssachverhalt der Kündigung des Mietverhältnisses haben. Sie beruhen demzufolge auf dem gleichen, jedenfalls aber auf einem benachbarten oder konnexen Lebenssachverhalt. Zudem ist weder ersichtlich noch auch nur ansatzweise (rechtzeitig) geltend gemacht worden, dass die Verteidigung des Beklagten durch die Klageänderung übermässig erschwert worden wäre (zumal der Beklagte zum Schlichtungsverfahren ohnehin nicht erschienen ist) oder der Prozess dadurch zum Nachteil des Beklagten verschleppt worden sei. Vielmehr sprechen vorliegend gerade auch Gründe der Prozessökonomie klar dafür, die erst nach der Schlichtungsverhandlung zu Tage getretenen Mängel an der Mietsache noch zu berücksichtigen und über beide Ansprüche gemeinsam zu entscheiden.

**bb)** Die Behauptung des Beklagten, es handle sich vorliegend um einen völlig neuen Tatbestand bzw. um komplett unterschiedliche Lebenssachverhalte, überzeugt hingegen nicht. Daran vermag auch sein Hinweis auf einen Entscheid des Kantonsgerichts vom 6. Januar 2012 i.S. FS.2011.43 sowie auf einen (vorliegend ohnehin nicht bindenden) Entscheid des Zürcher Mietgerichts vom 19. September 2012 i.S. MG110015-L/U nichts zu ändern. Ersterer betraf ein Begehren um Erlass sichernder Massnahmen sowie um Abänderung der Unterhaltsregelung in einem Eheschutzverfahren, folglich einen vollkommen anderen Sachverhalt. Der Zweite behandelte eine mietrechtliche Streitigkeit, in welcher die Mieterin vor der Schlichtungsbehörde zunächst eine Verletzung des Vertrauensgrundsatzes geltend machte und übermässig bezahlte Mietzinse in der Höhe der Nebenkosten nachzahlung zurückforderte, anschliessend aber ihr Rechtsbegehren modifizierte und ihre Forderung zusätzlich mit Mängeln am Mietobjekt wegen Bauarbeiten begründete (Entscheid des Zürcher Mietgerichts vom 19. September 2012 i.S. MG110015-L/U, S. 11 f.). Auch dieser Sachverhalt war



somit anders gelagert, weshalb die darin gezogenen Schlüsse nicht auf den vorliegenden Fall übertragen werden können.

**c)** Somit ist der bereits von der Vorinstanz festgestellte sachliche Zusammenhang zwischen dem vom Kläger ursprünglich geltend gemachten Anspruch wegen ausstehender Mietzinsen und dem erst später zusätzlich geltend gemachten Schadenersatzanspruch wegen Mängeln an der Mietsache klar gegeben.

**d)** Im Übrigen ist eine Klageänderung auch ohne sachlichen Zusammenhang zulässig, wenn die Gegenpartei dieser zustimmt (Art. 227 Abs. 1 lit. b ZPO) und die weiteren Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Die Zustimmung zur Klageänderung kann dabei auch konkludent erfolgen (LEUENBERGER, in: ZPO Komm., Art. 227 N 22; BK-KILLIAS, N 41 zu Art. 227 ZPO; a.M. KLINGLER, Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2009, Rz. 504, der eine ausdrückliche Zustimmung verlangt).

Vorliegend hat sich der Beklagte in seiner Stellungnahme vom 22. November 2014 sowie insbesondere im ersten Teil der Hauptverhandlung vor der Vorinstanz ausführlich mit der Schadenersatzforderung auseinandergesetzt. Zwar war er zu diesem Zeitpunkt noch nicht anwaltlich vertreten. Allerdings hat der Rechtsvertreter von A. [ursprünglich mitbeklagte Mitmieterin] im ersten Teil der Hauptverhandlung ausdrücklich ausgeführt, es sei festzuhalten, dass nur die Mietforderung vermittelt worden seien und für die Erhöhung des Streitwertes und die neu geltend gemachten Mängelschäden keine Klagebewilligung vorliege, weshalb darauf nicht einzutreten sei. Der Beklagte musste sich somit bewusst sein, dass zumindest die Möglichkeit bestand, hinsichtlich der Schadenersatzforderung einen Nichteintretensantrag zu stellen. Nichtsdestotrotz hat er sich vorbehaltlos auch mit der Schadenersatzforderung auseinandergesetzt. Dadurch hat er klar zum Ausdruck gebracht, dass im vorliegenden Verfahren über beide Ansprüche entschieden werden soll. Damit wiederum hat er nicht nur den sachlichen Zusammenhang zwischen den beiden Ansprüchen verdeutlicht, sondern – wie der Kläger zu Recht vorbringt – der Klageänderung auch konkludent zugestimmt.

**e)** Im Ergebnis besteht somit einerseits ein sachlicher Zusammenhang zwischen den beiden vom Kläger geltend gemachten Ansprüchen, andererseits liegt eine konkludente Zustimmung des Beklagten zur Klageänderung vor. Da zudem auch die weiteren Voraussetzungen für eine Klageänderung offensichtlich und unbestritten erfüllt sind, hat die Vorinstanz die Zulässigkeit der Klageänderung zu Recht bejaht. Über den zusätzlich geltend gemachten Schadenersatzanspruch war deshalb keine Schlichtungsverhand-

lung zu führen, sondern zusammen mit dem Anspruch wegen ausstehender Mietzinsen zu entscheiden.

5. Der Beklagte bringt zudem vor, es sei auch zu beachten, dass der Kläger Zinsen erst mit der „Klageschrift vom 14. September 2014“ geltend gemacht habe. Soweit der Beklagte damit auch in Bezug auf die Geltendmachung des Verzugszinses eine unzulässige Klageänderung geltend machen will, ist – wie bereits dargelegt (vgl. vorn E. 4.a.aa) – darauf hinzuweisen, dass die nachträgliche Geltendmachung von Verzugszinsen eine ohne weiteres zulässige Klageänderung darstellt, wie der Beklagte im Übrigen sogar selber ausführt. Soweit damit die von der Vorinstanz zugesprochenen Zinsen von 5 % ... anderweitig beanstandet werden sollen, unterlässt es der Beklagte, in irgendeiner Art darzulegen, inwiefern der vorinstanzliche Entscheid fehlerhaft sein soll. Die diesbezüglichen Einwendungen des Beklagten sind deshalb nicht zu hören.

Die Berufung des Beklagten wurde vom Kantonsgericht St. Gallen vollständig abgewiesen.

(Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 25. Mai 2016 [BO.2015.42-K3])

## Art. 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC

# 11. Etablissement des faits d'office

**Si les juges estiment que les pièces fournies sont insuffisantes ou peu claires pour permettre un calcul de rendement, ils ont l'obligation de demander au bailleur de les compléter. Si le Tribunal pouvait valablement renoncer à vérifier que le Registre foncier détenait le document du 25 août 1998, à savoir l'accord de l'administration fiscale qui permettrait d'établir la valeur du bien immobilier, puisque les appelants auraient pu avoir accès eux-mêmes à ce document, il n'en va pas de même de l'interpellation du notaire. En effet, le Tribunal ne disposait pas des éléments nécessaires pour statuer sur le calcul de rendement, de sorte qu'il ne pouvait renoncer à un tel acte d'instruction, même en procédant à une appréciation anticipée des preuves.**

### Exposé des faits

Les parties sont liées par un contrat de bail du 15 février 2004 portant sur la location d'un appartement de 5,5 pièces au 7<sup>ème</sup> étage d'un immeuble sis à Genève. Le loyer annuel, fixé initialement à fr. 28'680.-, hors charges, a été augmenté par avis de majoration du 11 mars 2008 à fr. 30'180.- à compter du 1<sup>er</sup> mai 2008. Le même jour, les locataires ont également pris à bail un parking extérieur dont le loyer annuel a été fixé à fr. 1'800.-.

Les avis de fixation du loyer initial du 10 février 2004 indiquent que le loyer annuel de l'appartement du précédent locataire s'élevait à fr. 25'920.-

depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1998 et celui du parking à fr. 1'320.- depuis le 16 janvier 1984 ; les augmentations de loyer étaient motivées par l'adaptation aux loyers usuels du quartier.

Le 10 décembre 2013, les locataires ont sollicité une baisse de loyer de 35 % à compter du 1<sup>er</sup> mai 2014 pour l'appartement et pour la place de parking, en se fondant sur un calcul de rendement, à tout le moins une baisse de loyer de 13.04 % en raison de la baisse des taux hypothécaires de référence de 3.25 % à 2 %. Le 20 décembre 2013, la bailleuse a rejeté leurs prétentions.

Les locataires ont ouvert action devant le Tribunal des baux et loyers le 15 janvier 2014. Par jugement du 3 mars 2015, le Tribunal a débouté les locataires de leurs conclusions en baisse de loyers. Le Tribunal a retenu notamment que la demande de diminution de loyer formée par les locataires devait être examinée à l'aune de la méthode absolue, faute de documents nécessaires pour qu'il soit procédé à un calcul de rendement. Les locataires ont interjeté appel de ce jugement en temps utile.

## Extrait des considérants

**3.1.2** Le fardeau de la preuve du caractère abusif du loyer appartient au locataire. Toutefois, en application de l'art. 8 CC, le bailleur doit collaborer loyalement à la preuve et fournir les documents probants en sa possession. Bien que le locataire supporte en principe le fardeau de la preuve dans le cadre de la contestation du loyer, il convient de tenir compte de ce qu'il n'a pas la possibilité d'apporter des éléments permettant un calcul de rendement du bien loué ni de réunir des exemples concrets de comparaison. Le fait de rejeter une demande de baisse de loyer sans qu'un calcul de rendement ait pu être effectué reviendrait à donner une prime au bailleur qui ne fournirait pas d'informations ou des renseignements incomplets. Telle n'a pas été la volonté du législateur (ACJC/564/2010 du 17 mai 2010 consid. 3.4).

Le Tribunal, en application de l'art. 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC, établit les faits d'office. Cette maxime inquisitoriale sociale ne modifie pas le fardeau de la preuve, ni ne dispense les parties de proposer des moyens de preuve. Elle ne constitue pas une maxime officielle absolue. Le juge ne doit pas instruire d'office le litige lorsqu'un plaideur renonce à expliquer sa position, mais il doit interroger les parties et les informer de leur devoir de collaborer à l'instruction et de fournir des preuves. Si de motifs objectifs le conduisent à soupçonner que les allégations et offres de preuves d'une

partie sont lacunaires, il doit inviter celle-ci à compléter ses moyens. La maxime inquisitoire qui a cours en droit du bail ne permet pas d'étendre ad libitum la procédure probatoire en recueillant toutes les preuves possibles; elle n'exclut nullement une appréciation anticipée des preuves, à l'issue de laquelle le juge renonce à en administrer de supplémentaires parce qu'il dispose déjà des éléments nécessaires pour statuer (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_364/2010 du 30 septembre 2010 consid. 3.1; 139 III 13 consid. 3.2; 136 III 74 consid. 3.1 p. 80; 125 III 231 consid. 4a p. 238; HOHL, op. cit., n. 1401 ss).

Dès lors que le bailleur détient seul les documents permettant un calcul de rendement, on peut attendre de lui qu'il les produise, la maxime inquisitoriale sociale instaurée par l'ancien article 274d al. 3 aCO – et toujours applicable sous l'égide du CPC (HOHL, op. cit., n. 1397 ss) – impliquant un devoir de collaboration active des parties à l'établissement des faits (ATF 125 III 231 consid. 4a = JT 2000 I 194; arrêts du Tribunal fédéral 4a\_3/2011 du 28 février 2011; ATF 4A\_127/2008 du 2 juin 2008 consid. 3.2). La sanction du refus du bailleur de produire ces documents relève de l'appréciation des preuves (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_576/2008 du 19 février 2008 consid. 2.4). Ainsi, lorsqu'il est ordonné au bailleur de produire les pièces nécessaires au calcul de rendement, on peut inférer de son refus injustifié que la chose louée lui procure selon toute vraisemblance un rendement abusif, faute de quoi il aurait déféré à la demande de production des pièces (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_3/2011 du 28 février 2011 et 4A\_576/2008 précité consid. 2.4).

Si les premiers juges estiment que les pièces fournies sont insuffisantes ou peu claires pour permettre un calcul de rendement, ils ont l'obligation de demander au bailleur de les compléter, respectivement de l'interroger, et/ou de l'inviter à produire des pièces complémentaires (arrêt publié ACJC/721/2012 du 21 mai 2012 consid. 5.2 et les références citées).

**3.2** En l'espèce, l'intimée ayant déclaré ne pas détenir les documents sollicités propres à effectuer le calcul de rendement, les appelants ont informé le Tribunal de l'existence d'un document, à savoir la lettre d'accord de l'administration fiscale cantonale du 25 août 1998, qui permettrait d'établir la valeur du bien immobilier litigieux et lui ont indiqué qui pouvait vraisemblablement détenir une copie de ce document, soit le notaire ou le Registre foncier.

Si le Tribunal pouvait valablement renoncer à vérifier que le Registre foncier détenait le document du 25 août 1998 puisque les appelants auraient pu avoir accès eux-mêmes à ce document, il n'en va pas de même de l'interpellation du notaire. En effet, le Tribunal ne disposait pas des éléments

nécessaires pour statuer sur le calcul de rendement, de sorte qu'il ne pouvait renoncer à un tel acte d'instruction, même en procédant à une appréciation anticipée des preuves. Certes, les premiers juges n'avaient pas à interpellier personnellement le notaire. Ils pouvaient en revanche ordonner à la baille-resse de le faire étant relevé que les locataires n'auraient pas pu exiger des documents du notaire. Le Tribunal n'a d'ailleurs pas retenu que la baille-resse n'était pas en mesure de produire les documents établissant la valeur de l'immeuble, mais a uniquement constaté qu'elle n'avait pas produit les documents sollicités, concluant à juste titre que le rendement des biens loués était présumé abusif.

L'argument de la baille-resse selon lequel la connaissance de la valeur totale des quatre immeubles serait inutile car ne permettant pas un calcul de rendement tombe à faux. En effet, dans un tel cas, selon la jurisprudence, il convient de procéder à une individualisation du prix de revient et des charges de la chose louée selon les clés de répartition usuelles dans la propriété par étage.

Au vu de ce qui précède, le Tribunal ne pouvait pas, sans ordonner la production de la pièce sollicitée, rejeter la demande des appelants d'effectuer un calcul de rendement nécessaire pour examiner le rendement de la chose louée. Il devait d'abord enjoindre l'intimée à interpellier le notaire.

A cela s'ajoute que dès le début de la procédure, les appelants ont subsidiairement requis l'application de la méthode relative pour le cas où le rendement du logement litigieux ne pourrait pas être établi. La possibilité pour les locataires de se prévaloir de la méthode absolue ne saurait avoir pour conséquence – lorsque cette méthode ne peut être utilisée faute pour le bailleur d'apporter les éléments nécessaires à son application – que les locataires soient privés de la possibilité de réclamer une baisse de loyer selon la méthode relative. Dès lors, après avoir constaté que ni le rendement du logement litigieux, ni des loyers comparatifs n'avaient été établi par le bailleur, le Tribunal ne pouvait pas se fonder sur les statistiques genevoises pour refuser la baisse de loyer – étant relevé que l'utilisation de ces statistiques, admise en cas de fixation initiale du loyer, ne l'est pas en cas de demande de baisse de loyer – sans avoir examiné si la baisse des taux hypothécaires pouvait influencer le loyer litigieux.

Il résulte de ce qui précède que le jugement entrepris sera annulé et la cause renvoyée aux premiers juges (art. 318 al. 1 let. c CPC) pour instruction complémentaire dans le sens des considérants et nouvelle décision.

(Arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des baux et loyers, du 14 décembre 2015 [C/902/2014])

## Art. 257 Abs. 1 ZPO

# 12. Voraussetzungen für den Rechtsschutz in klaren Fällen

**Gegenstand des Entscheids war die Frage, ob zwischen den Parteien ein Mietvertrag über einen Gastronomiebetrieb und eine Wirtewohnung in derselben Liegenschaft zustande gekommen ist. Das Gericht verneinte sowohl das Vorliegen einer klaren Sach- als auch dasjenige einer klaren Rechtslage.**

### Sachverhalt

Die Eheleute A. (Ehemann) und B. (Ehefrau) verhandelten im Sommer 2015 mit einer in Gründung begriffenen GmbH, vertreten durch C., welche interessiert war, einen Gastronomiebetrieb und eine Wirtewohnung in derselben Liegenschaft zu mieten. Von Seiten der Mieterschaft unterzeichnete C. am 12. Juni 2015 einen Vertrag, der den monatlichen Bruttomietzins auf Fr. 2800.– und den Mietbeginn auf den 1. September 2015 festlegte. Die Ehegattin B. unterschrieb den Vertrag für die Vermieter am 7. Juli 2015, wobei der monatliche Bruttomietzins auf Fr. 3400.– angehoben wurde, und vermerkte unmittelbar unter ihrer Unterschrift: "Dies ist ein Vorvertrag gültig bis 7.8.015 [recte 2015] Veränderungen beidseitig vorbehalten". Der Rechtsvertreter von C. teilte den Eheleuten A. und B. am 5. August 2015 mit, dass er "am Vorvertrag festhält und damit darauf besteht, den Mietvertrag mit Ihnen zu schliessen".

Mit Eingabe vom 12. August 2015 wandte sich C. an das Kreisgericht und ersuchte im Wesentlichen um Feststellung des Zustandekommens des Mietvertrags. Nach Einholung der Stellungnahme der Gegenseite gewährte das Kreisgericht Rechtsschutz gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO, stellte das Zustandekommen des Mietvertrags fest und verpflichtete die Eheleute A. und B., C. ab 1. September 2015 uneingeschränkter Zugang zu den Mieträumlichkeiten zu verschaffen. Gegen den Entscheid des Kreisgerichts erhoben die Eheleute A. und B. am 1. Oktober 2015 Berufung ans Kantonsgericht.

## Aus den Erwägungen

### III.

1. Die Vorinstanz stellte das Zustandekommen eines Mietvertrages fest, wofür der ins Recht gelegte Vorvertrag vom 12. Juni / 7. Juli 2015 massgebend sei. Von daher sei die Sach- und Rechtslage klar im Sinne von Art. 257 ZPO. Die Gesuchsgegner (Eheleute A. und B.) halten dem entgegen, zwischen den Parteien liege ein tatsächlicher Konsens weder im Hinblick auf den Abschluss eines Hauptvertrags noch eines Vorvertrags vor. Ob trotzdem eine Vereinbarung geschlossen worden sei, müsse durch Auslegung nach dem Vertrauensprinzip erfolgen, was indessen nicht im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen zu überprüfen sei. Aufgrund des richterlichen Ermessensspielraums liege keine klare Rechtslage vor, und der Sachverhalt bedürfe einer Überprüfung im ordentlichen Verfahren. Der Gesuchsteller (C.) stellt sich dem gegenüber auf den Standpunkt, der Mietvertrag sei formlos abgeschlossen worden, während der Nachholung der Fixierung des Vertrags nur Ordnungsfunktion zukomme. Die Auslegung des vorliegenden Vertrages lasse weder einen Beurteilungsspielraum noch einen Ermessensspielraum offen.

a) Gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO gewährt das Gericht Rechtsschutz im summarischen Verfahren unter der Voraussetzung, dass der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist. Ein rascher Rechtsschutz im summarischen Verfahren mit voller materieller Rechtskraftwirkung ist immer dann möglich, wenn die beiden Voraussetzungen der liquiden tatsächlichen Verhältnisse und der klaren Rechtslage gegeben sind. Es handelt sich um ein abgekürztes Erkenntnisverfahren zur Beurteilung beliebiger Ansprüche ohne Begrenzung des Streitwerts. Damit kann eine Partei in einem einfachen und kurzen Verfahren einen vollstreckbaren Entscheid herbeiführen, statt in einem ordentlichen Prozess das gleiche Ziel zu verfolgen. Wesentlich ist, dass der Fall weder in tatsächlicher noch



in rechtlicher Hinsicht besondere Probleme aufwirft. Die Beweisstrenge ist gegenüber einem Verfahren vor dem ordentlichen Richter in keiner Weise herabgesetzt, hingegen sind zeitraubende Beweisabnahmen ausgeschlossen (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 11.179; vgl. auch BSK ZPO-HOFMANN, Art. 257 N 2; KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, Art. 257 N 1; GÖKSU, DIKE- Komm-ZPO, Art. 257 N 1; BBI 2006 7351, Ziff. 5.18 zu Art. 253 R-ZPO).

**b)** Ein klarer Fall setzt demnach zunächst voraus, dass der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar ist. Eine klare Rechtslage im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO liegt vor, wenn die Rechtsanwendung zu einem eindeutigen Ergebnis führt. Dies trifft in der Regel nicht zu, wenn die Anwendung einer Norm einen Ermessens- oder Billigkeitsentscheid erfordert (BGE 138 III 123 E. 2.1.1 und 2.1.2). Der Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO erlaubt es der klagenden Partei, bei eindeutiger Sach- und Rechtslage rasch, d.h. ohne einlässlichen Prozess im ordentlichen Verfahren, zu einem rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid zu kommen. Bei Gewährung des Rechtsschutzes ergeht mithin ein definitives, der materiellen Rechtskraft fähiges Urteil, das einer neuen Beurteilung der Sache wegen der res iudicata-Wirkung entgegensteht. Mit Blick auf diese Wirkung ist vom Kläger mit der einhelligen Lehre zu verlangen, dass er sofort den vollen Beweis für die anspruchsbegründenden Tatsachen erbringt, so dass klare Verhältnisse herrschen. Dies allein ist der relevante gesetzliche Massstab und nicht, ob der Beklagte seine Einwendungen glaubhaft gemacht hat oder nicht. Demnach muss es für die Verneinung eines klaren Falles genügen, dass der Beklagte substantiiert und schlüssig Einwendungen vorträgt, die in tatsächlicher Hinsicht nicht sofort widerlegt werden können und die geeignet sind, die bereits gebildete richterliche Überzeugung zu erschüttern. Dem gegenüber ist ein klarer Fall zu bejahen, wenn das Gericht aufgrund der Aktenlage zur Überzeugung gelangt, der Anspruch des Klägers sei ausgewiesen und eine eingehende Abklärung der beklagten Einwände könne daran nichts mehr ändern. Somit kann denn auch vom Beklagten nicht gefordert werden, dass er seine Einwendungen wie bei der provisorischen Rechtsöffnung nach Art. 82 Abs. 2 SchKG glaubhaft macht. Damit würde die Eigenart des Rechtsschutzes in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO verkannt, die es dem Kläger gestattet, rasch zu einem rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid zu kommen. Nach der Regel von Art. 8 ZGB trüge der Beklagte, der Einreden oder Einwendungen vorbringt, dafür an sich die Beweislast. Im Verfahren nach Art. 257 ZPO ist es ihm aber unter Umständen nicht möglich, seine Einwände unter den darin geltenden Beweismittelbeschränkungen bzw. mit sofort verfügbaren

Beweismitteln glaubhaft zu machen, während ihm der Beweis in einem einlässlichen ordentlichen Verfahren gelingen könnte. Würde ungeachtet substantiiert und schlüssig vorgetragener, erheblicher Einwände ein klarer Fall bejaht und im Verfahren nach Art. 257 ZPO ein rechtskräftiger Entscheid zu Ungunsten des Beklagten gefällt, blieben dessen Einreden für immer unberücksichtigt, ohne dass er jemals zum ordentlichen Beweis derselben zugelassen würde. Diese Situation ist mit derjenigen im Rechtsöffnungsverfahren nicht vergleichbar, in dessen Rahmen auch bei Guttheissung des Rechtsöffnungsentscheids kein rechtskräftiger Entscheid über den erhobenen Anspruch ergeht, sondern einzig entschieden wird, dass die Betreibung – unter Vorbehalt einer Aberkennungsklage – weitergeführt werden kann. In der Aberkennungsklage, auf die hin erst ein rechtskräftiges Urteil ergeht, kann sich der Schuldner nachträglich mit allen Mitteln gegen die Forderung zur Wehr setzen, mithin seine Einwendungen, die er im Rechtsöffnungsverfahren nicht glaubhaft machen konnte, noch beweisen. Dies ist dem im Verfahren nach Art. 257 ZPO unterlegenen Beklagten verwehrt (BGer 4A\_273/2012 E. 5, mit zahlreichen Hinweisen).

c) Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, dass der von den Parteien am 12. Juni bzw. 7. Juli 2015 geschlossenen Vertrag sämtliche wesentlichen Elemente eines Mietvertrags enthalte. Mit dem als "Vorvertrag" bezeichneten Mietvertrag sei somit bereits der Hauptvertrag abgeschlossen worden. Selbst wenn jedoch keine Identität angenommen würde, läge jedenfalls ein gültiger Vorvertrag vor. Dem Scheinen auch die Gesuchsgegner nicht zu widersprechen. Im Lichte der bei parteiidentischen Vertragsverhältnissen geltenden Einstufentheorie des Bundesgerichts (vgl. BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 22 N 22) wäre der zwischen den Parteien unterschriftlich besiegelte Vertrag ungeachtet des ganz am Schluss angebrachten Titels "Vorvertrag" grundsätzlich gültig und vollstreckbar. Einer näheren Prüfung zu unterziehen ist indessen der Zusatz, wonach der Vorvertrag bis 7. August 2015 gültig sei, und "Veränderungen beidseitig vorbehalten" werden.

...

**bb)** Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass die Gültigkeit des Vorvertrags zeitlich bis 7. August 2015 limitiert war. Der Gesuchsteller vertritt die Auffassung, mit seinem Schreiben vom 5. August 2015 an die Gesuchsgegner ... rechtzeitig auf seinen Anspruch auf Abschluss des Mietvertrags gepocht zu haben ... Die Gesuchsgegner hielten dem entgegen, sie hätten die Verhandlungen mit dem Gesuchsteller abgebrochen und den Vorvertrag nur auf dessen Drängen abgeschlossen, da innert vier Wochen "ein Gastrovertrag ausgearbeitet sein" sollte ... Fest steht unter diesen Umständen,

dass der Gesuchsteller den Mietvertrag am 7. Juli 2015 trotz der von den Gesuchsgegnern gewünschten Erhöhung des Mietzinses, der Mindestvertragsdauer und des Zeitpunkts für die erstmalige Inventaraufnahme (weiterhin) verbindlich abschliessen wollte, während auf Seiten der Gesuchsgegner Vorbehalte bestanden, andernfalls sie am 7. Juli 2015 kaum darauf bestanden hätten, das ursprünglich als "Mietvertrag" betitelte Dokument in einen Vorvertrag umzuwandeln und dessen Gültigkeit zudem zeitlich auf einen Monat zu begrenzen. Unter diesen Umständen jedenfalls bleibt fraglich, ob das Schreiben des Rechtsvertreters des Gesuchstellers vom 5. August 2015 [...] ohne Akzept der Gegenseite genügte, um die Gültigkeit des Vorvertrags über den 7. August 2015 hinaus zu verlängern bzw. dem Gesuchsteller über den genannten Zeitpunkt hinaus den Anspruch auf Abschluss des Mietvertrags zu erhalten. Immerhin lässt sich nämlich nicht zum vornherein ausschliessen, dass die Gesuchsgegner zunächst nur bis zum 7. August 2015 gebunden bleiben wollten, und es für den Abschluss des Haupt- bzw. eben des Mietvertrags einer (nochmaligen) übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserung beider Parteien im Sinne von Art. 1 Abs. 1 OR bedurft hätte. Dies scheint jedenfalls aufgrund des am 7. Juli 2015 angebrachten Zusatzes "Veränderungen beidseitig vorbehalten" zumindest nicht ausgeschlossen. Der von der Gesuchsgegnerin am 7. Juli 2015 handschriftlich auf Seite 22 des Vertrags angebrachte Zusatz lässt sich auch so interpretieren, dass die Parteien über den 7. August 2015 hinaus nur dann gebunden sein sollten, falls dies entsprechend und beidseitig vereinbart würde. Was es damit im Einzelnen auf sich hat, kann vorliegend offenbleiben. Entscheidend ist, dass die Gesuchsgegner Einwendungen erhoben, die nicht zum vornherein als haltlos erscheinen. Offen ist demnach, wie die Parteien die am 7. Juli 2015 auf dem Vertrag am Schluss angebrachten Einschränkungen verstanden bzw. nach Treu und Glauben verstehen durften und welche rechtsverbindlichen Erklärungen sie darüber hinaus allenfalls noch abgaben. Dabei ist es wohl unumgänglich, den Einzelheiten der Vertragsverhandlungen und insbesondere des Vertragsschlusses im Rahmen von Parteibefragungen oder allenfalls Beweisaussagen im Sinne von Art. 191 ff. ZPO auf den Grund zu gehen. Derartige Beweiserhebungen sprengen aber in der Regel den Rahmen eines Verfahrens gemäss Art. 257 ZPO, so dass vorliegend weder von einer klaren Sach- noch von einer klaren Rechtslage ausgegangen werden kann. Die Berufung erweist sich mithin als begründet, weshalb der angefochtene Entscheid aufzuheben ist. Da der Rechtsschutz nicht gewährt werden kann, ist auf das Gesuch vom 12. August 2015 [...] nicht einzutreten.

(Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 9. November 2015 [BS.2015.10-EZO3]; durch Urteil 4A\_2/2016 vom 18. Februar 2016 vom BGer bestätigt)



