

# 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: 725.966

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

01.19 500 860434191

**ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS**  
**ABBREVIATIONS**  
**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	Kurzkomentar OR
LCAP	Loi fédérale encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements du 4 octobre 1974 (RS 843) Legge federale che promuove la costruzione d'abitazioni e l'accesso alla loro proprietà del 4 ottobre 1974 (RS 843)
LCBD	Loi fédérale sur les contrats-cadres de baux à loyer et leur déclaration de force obligatoire générale du 23 juin 1995 (RS 221.213.15)
LDTR	Loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation (mesures de soutien en faveur des locataires et de l'emploi) du 25 janvier 1996 (Canton de Genève)
LEF	Legge federale sulla esecuzione e sul fallimento dell'11 aprile 1889 (RS 281.1)
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 Besondere Nebenkostenvereinbarung**

Im nachfolgenden Entscheid setzt sich das Regionalgericht Bern-Mittelland mit den Anforderungen an eine besondere Nebenkostenvereinbarung auseinander. Dabei geht es hauptsächlich um die Zulässigkeit von im Hauptmietvertrag pauschalisierten Nebenkostenpositionen („Betriebskosten“), für deren genaue Aufgliederung auf die Allgemeinen Vertragsbestimmungen verwiesen wird.

**Art. 257a Abs. 2, 62 ff. OR / Art. 2 Abs. 1 ZGB**

**Seite 1**

### **2 Änderung an der Mietsache (Sichtschutz auf dem Balkon) sowie Pflanzen im Treppenhaus**

In seinen Erwägungen analysiert das Kantonsgericht Luzern den üblichen Gebrauch der Mietsache und grenzt diesen zum unzulässigen Gebrauch ab. Nach dem Kantonsgericht stellt eine Änderung der Mietsache, die ohne Zustimmung des Vermieters erfolgt, eine Vertragsverletzung dar. Diese Verletzung zieht nach Art. 257f OR ein Kündigungsrecht für den Vermieter nach sich. Ein Recht auf sofortige Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes besteht in der Regel nicht. In casu ist das (fachmännische) Anbringen eines einfachen Sichtschutzes auf dem Balkon allerdings kein genügend schwerer Eingriff für eine Kündigung. Das Gericht bejaht aber klar das Bestehen eines Wiederherstellungsanspruchs, da keinerlei schriftliche Zustimmung der Vermietenden für Erneuerungs- und Änderungsarbeiten vorliegt. Ferner stellt das Gericht fest, dass der Anspruch auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes grundsätzlich erst bei Beendigung des Mietverhältnisses besteht. Zum Schluss äussert sich das Gericht noch zur Nutzung des Treppenhauses als zusätzliche Abstellfläche für Mietende.

**Art. 257f, 260a Abs. 1, 267 OR**

**Seite 13**

### **3 Fristlose Kündigung infolge schweren Mangels**

Im vorliegenden Urteil wurde ein massiver und gesundheitsschädigender Staubbefall als schwerer Mangel gemäss Art. 259b lit. a OR qualifiziert. Dieser rechtfertigt zur fristlosen Kündigung und Mietzinsherabsetzung im Umfang von 100 Prozent, sofern der Mieter den Mangel nicht selbst zu verantworten hat. Die Herabsetzungserklärung kann auch nach Beseitigung des Mangels oder nach Beendigung des Mietverhältnisses abgegeben werden. Überdies ist der Vermieter schadensersatzpflichtig, wenn der Mieter durch den Mangel einen Schaden erlitten hat. Dabei muss der Mieter das Bestehen des Mangels und den Bestand sowie den Umfang des Schadens beweisen. Das Verschulden des Vermieters wird vermutet. Ihm steht jedoch der Exkulpationsbeweis offen. Er muss also beweisen, dass ihn sowohl für die Entstehung, als auch für die verzögerte oder gänzlich unterbliebene Behebung des Mangels, kein Verschulden trifft.

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

**Seite 26**

### **4 Transfert de bail**

Un prix de vente excessif, vu l'absence d'exploitation depuis plusieurs mois, peut être considéré comme un pas-de-porte, ce qui justifie le refus de l'accord au transfert. En outre, la solvabilité des repreneurs demeure incertaine, si bien qu'un prix de vente est propre à compromettre la réussite de la société, financièrement vulnérable parce qu'en cours de constitution. Ce risque est d'autant plus important que les repreneurs auraient d'emblée dû déboursier un montant considérable pour reprendre le fonds de commerce de l'établissement.

**Art. 263 CO**

**page 37**



## **5 Restitution anticipée de la chose louée**

La dernière version du contrat-cadre romand, entré en vigueur en juin 2014, prévoit à l'art. 9 deux premiers alinéas distincts, le premier se rapportant à la résiliation anticipée, et le second prévoyant le préavis y relatif. Ainsi, la formulation du second alinéa « Dans un tel cas, le locataire doit respecter au minimum un préavis d'un mois » se rapporte à l'alinéa précédent dans son entier, soit à la résiliation anticipée de manière générale et non pas seulement dans le cas où le bailleur s'oppose à la candidature du locataire de remplacement qui lui est présenté.

**Art. 264 CO / Art. 9 CCR**

**page 44**

## **6 Succession de baux de durée déterminée**

Le fardeau de la preuve d'une fraude à la loi commise par la conclusion de contrats en chaîne incombe au locataire. Il n'est pas contradictoire de retenir à la fois une intention des bailleuses de vendre leurs biens et le fait qu'elles avaient besoin du revenu de la location pour payer les charges de la copropriété et couvrir leurs frais de subsistance. La volonté de vendre un bien n'implique pas la renonciation à percevoir le produit de sa location avant cette vente.

**Art. 266 CO**

**page 48**

## **7 Mängel bei der Wohnungsabnahme**

Im nachfolgenden Urteil erläutert das Bezirksgericht den Unterschied zwischen der ordentlichen und ausserordentlichen Abnutzung der Mietsache. Zudem verweist es auf die Notwendigkeit einer klaren Benennung der geltend gemachten Mängel bei einer ausserordentlichen Abnutzung sowie deren prompte Mitteilung und geht auch auf die Reichweite der Endreinigung ein.

**Art. 267 Abs. 1, 267a Abs. 1 OR**

**Seite 52**

## **8 Congé annulable contraire à la bonne foi**

Le congé donné aux locataires qui ont refusé de participer sur le plan financier aux travaux de rénovation d'un immeuble est un congé annulable, car contraire aux règles de la bonne foi, même si le conseil d'administration a estimé qu'il n'y avait aucune raison que les locataires concernés jouissent des chambrettes alors qu'ils n'avaient pas payé leur dû à la collectivité.

**Art. 271 al. 1 CO**

**page 57**

## **9 Res iudicata und Rechtsnatur der Mietzinserhöhung**

Im nachfolgenden Urteil prüfte das Kantonsgericht von Graubünden, die im Zusammenhang mit einer angezeigten Mietzinserhöhung geltend gemachte Einrede der abgeurteilten Sache. Das Kantonsgericht legte die Prozessklärung der Vermieterin aus. Weiter setzte es sich mit der Rechtsnatur der Mietzinserhöhung auseinander und prüfte, ob eine Feststellungs- oder Gestaltungsklage eingereicht werden muss.

**Art. 59 ZPO**

**Seite 61**

Art. 257a Abs. 2, 62 ff. OR  
Art. 2 Abs. 1 ZGB

# 1. Besondere Nebenkostenvereinbarung

**Im nachfolgenden Entscheid setzt sich das Regionalgericht Bern-Mittelland mit den Anforderungen an eine besondere Nebenkostenvereinbarung auseinander. Dabei geht es hauptsächlich um die Zulässigkeit von im Hauptmietvertrag pauschalisierten Nebenkostenpositionen („Betriebskosten“), für deren genaue Aufgliederung auf die Allgemeinen Vertragsbestimmungen verwiesen wird.**

## Sachverhalt

Der am 8. März 2001 zwischen A. (Vermieterin) und B. + C. (Mieter) abgeschlossene Mietvertrag sah vor, dass die monatlichen Akontozahlungen für Nebenkosten unter anderem für die „Betriebskosten gemäss Artikel 6.2 AVB“ geleistet werden sollten. Den nicht separat unterzeichneten, jedoch als integrierenden Bestandteil des Mietvertrages erklärten Allgemeinen Vertragsbestimmungen (AVB) konnte besagtem Artikel entnommen werden, dass als Betriebskosten abrechenbar sind:

- Allgemeinstrom
- Service-Abonnemente für die dem/der MieterIn zur Verfügung stehenden Anlagen und Apparate wie Lift, Feuerlöscher, Waschmaschinen/Tröckneapparate, Geschirrspüler usw.
- Gartenunterhalt
- Hauswartkosten (inkl. Arbeitgeberbeitrag von AHV, IV, EO,

- ALV, UVG, BVG), Treppenhausreinigung, Schneeräumung
- Abgaben und Gebühren wie Kehrichtabfuhr, Wasser, Abwasser, Kanalisation, Fernsehen inkl. Urheberrechte usw.
- Weitere Betriebskosten können in Art. 3.3.3, 3.3.4 und 3.3.5 des Mietvertrages ergänzt oder in besonderen Bestimmungen vereinbart werden.
- Verwaltungshonorar  
Für die Verwaltungsarbeit wird ein Honorar von 3 Prozent der ausgewiesenen Aufwendungen (Stand 1991) erhoben. Bei stark veränderten Verhältnissen wird dieser Ansatz neu festgelegt.

Während 13 Jahren beglichen die Mieter kommentarlos die Nachforderungen der jährlich erhaltenen Nebenkostenabrechnung. Als Betriebskosten wurde von der Vermieterin jeweils angeführt:

- Löhne/Gehälter und Sozialleistungen Hauswarte
- Strom
- Service-Abonnemente
- Benützungsgebühren Kabelfernsehen
- Garten- und Umgebungsarbeiten
- Übrige Betriebskosten: [...]
- Verwaltungshonorar

Erst im 14. Jahr bzw. nach Erhalt der Abrechnung für die Periode vom 1. Mai 2014 bis 30. April 2015 gelangten die Mieter wegen der ihrer Einschätzung nach zu hohen Nachzahlung an den Mieterverband, wo sie über die mangelhafte Nebenkostenvereinbarung aufgeklärt wurden. Infolgedessen forderten die Mieter die über die Jahre zu viel bezahlten Nebenkosten zurück und erhoben letztlich Klage am Regionalgericht.

## Aus den Erwägungen

2. Ein Mietverhältnis beinhaltet zwingendermassen ein Entgelt des Mieters für die Überlassung der Mietsache. Dieses Entgelt ist der Mietzins (Art. 257 OR). Die Nebenkosten sind das Entgelt für die Leistungen des Vermieters oder eines Dritten, die mit dem Gebrauch der Sache zusammenhängen (Art. 257a Abs. 1 OR). Bei Wohn- und Geschäftsräumen sind die Nebenkosten die tatsächlichen Aufwendungen des Vermieters für Leistungen, die mit dem Gebrauch zusammenhängen, wie Heizungs-, Warmwasser- und ähnliche Betriebskosten, sowie für öffentliche Abgaben, die sich aus dem Gebrauch der Sache ergeben (Art. 257b Abs. 1 OR). Der Mieter muss die Kosten nur bezahlen, wenn er dies mit dem Vermieter „besonders vereinbart“ hat (Art. 257a Abs. 2 OR).

3. Aus dem Wortlaut von Art. 257a Abs. 1 OR ergibt sich, dass Betriebskosten eine Unterart von Nebenkosten sind. Die Anforderungen an eine gültig vereinbarte Kosten-übernahme durch die Mieterschaft sind gemäss Art. 257a Abs. 2 OR für alle Nebenkosten dieselben. In den nachfolgenden Erwägungen wird daher zwischen Neben- und Betriebskosten nicht unterschieden.

4. Der gesetzliche Terminus „besonders vereinbart“ knüpft nicht an einen Begriff aus dem Vertragsrecht an (vgl. ANDREAS BÉGUIN, Klare Ausscheidung von Nebenkosten und Höhe der Akontozahlungen im Mietvertrag, mp 2004 S. 170). Die Formulierung ist auslegungsbedürftig und es gilt insbesondere die vom Bundesgericht entwickelten Anwendungs- und Auslegungsregeln zu berücksichtigen (vgl. BÉGUIN, a.a.O., S. 178).

5. Diese („besondere“) Vereinbarung ist in aller Regel eine ausdrückliche, meist eine schriftliche, kann jedoch auch formfrei erfolgen und sich gegebenenfalls aus den Umständen ergeben, denn Art. 257a Abs. 2 OR stellt keine besonderen Anforderungen an die Art und Form der Vereinbarung (Urteil des Bundesgerichts 4P.232/2006 vom 21. März 2007, E. 2.1). Vielmehr handelt es sich bei dieser Bestimmung nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung um eine besondere Auslegungsregel, nach der alle Nebenkosten, die nicht eindeutig als vom Mieter zu tragen vereinbart worden sind, vom Vermieter getragen werden müssen. Art. 257a Abs. 2 OR konkretisiert die allgemeine Auslegungsregel von Art. 18 OR, stösst diese jedoch nicht um. Wenn sich die Parteien tatsächlich übereinstimmend verstanden und entsprechend geeinigt haben, erfolgt keine objektivierte Vertragsauslegung (vgl. Urteil 4C.268/2006 vom 7. November 2006 E. 3.3 mit Verweis). Auch die Auslegungsregel von Art. 257a Abs. 2 OR greift somit lediglich, wenn sich die Parteien nicht übereinstimmend verstanden und geeinigt haben (zum Ganzen auch: HANS GIGER, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Miete, Art. 253-273c OR, Bern 2015, N 14 zu Art. 257a). In diesem Fall muss geprüft werden, welche Nebenkosten klar als durch den Mieter zu tragen vereinbart wurden.

Im vorliegenden Fall ist ein übereinstimmender tatsächlicher Parteiwille nicht behauptet worden und eine Beweisführung darüber nicht erfolgt. Der Vertragsinhalt ist deshalb durch Auslegung anhand von Art. 257a Abs. 2 OR zu ermitteln. Als Quelle dieser Ermittlung ist vom Wortlaut des Mietvertrags und der AVB auszugehen, da weitere Umstände, die ihnen vorausgegangen sind oder unter denen sie abgeschlossen worden sind nicht behauptet wurden und als Quelle für die Auslegung daher nicht in Frage kommen (vgl. zum Ganzen: BGE 132 III 24 E. 4).

**6.** Um den Vertragsinhalt nach der Regel von Art. 257a Abs. 2 OR auszu-legen, muss zuerst der Gehalt von Art. 257a Abs. 2 OR ermittelt werden. In der Lehre haben sich verschiedene Autoren mit dem Gehalt von Art. 257a Abs. 2 OR und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ausein-der-gesetzt.

**6.1.** Zu der am 1. Juli 1990 in Kraft getretenen Bestimmung hat sich das Bundesgericht erstmals in BGE 121 III 460 geäußert und festgehalten, das Gesetz verlange, dass sich die Parteien eigens über die Nebenkosten ver-ständigen und deren tatsächliche Posten einzeln bestimmt seien (vgl. BGE 121 III 460 E. 2a.aa).

**6.2.** Im Jahr 2002 entschied das Bundesgericht dann, dass der Hinweis auf einen standardisierten Vertragszusatz wie die „Allgemeinen Bedingungen zum Mietvertrag für Wohnräume“ den Anforderungen an eine besondere Vereinbarung nicht genüge. Dem Mieter könne nicht zugemutet werden, sich erst aufgrund einer sorgfältigen Konsultation der Vertragsbedingun-gen ein Bild zu machen, welche Nebenkosten von ihm zu tragen seien; viel-mehr habe er Anspruch darauf, dass ihm nur diejenigen Nebenkosten über-bunden würden, die im Vertrag eindeutig und genau bezeichnet würden (Urteil des Bundesgerichts 4C.24/2002 vom 29. April 2002, E. 2.4.2). Lediglich eine Konkretisierung der im Mietvertrag vereinbarten Nebenkosten durch die Allgemeinen Vertragsbedingungen hielt das Bundesgericht für denkbar (Urteil 4C.24/2002 E. 2.4.3).

**6.3.** In der Lehre wurde unter Bezugnahme auf diesen Entscheid die Mei-nung begründet, eine Nebenkostenabrede in vorformulierten Allgemeinen Vertragsbestimmungen sei nicht generell ausgeschlossen (vgl. LUKAS POLIVKA, Bundesgerichtsentscheid [4C.24/2002] vom 29. April 2002 i.S. EG a. und B. ca. PK S., MietRecht Aktuell [MRA] 3/02 S. 108) resp. ge-nüge die Auflistung separat zu bezahlender Nebenkosten in Allgemeinen Vertragsbedingungen dem Erfordernis der „besonderen Vereinbarung“, wenn sie gut auffindbar sei und verbreiteter Übung entspreche, wie dies insbesondere in Vertragsformularen, die von einem grossen Verband her-ausgegeben würden, der Fall sei (BEAT ROHRER, Die „besondere Verein-barung“ von Nebenkosten Art. 257a Abs. 2 OR, in MRA 3/06, S. 87 ff. und 97 ff.). Dabei wurde allerdings mit den Grundsätzen der Geltung von All-gemeinen Vertrags- oder Geschäftsbedingungen argumentiert, ohne auf die Charakteristiken der „besonderen Vereinbarung“ im Sinn von Art. 257a Abs. 2 OR einzugehen.

**6.4.** Diese Auffassung wurde von anderen Autoren denn auch kritisiert (vgl. BÉGUIN, a.a.O., S. 175). Sie ist zudem vom Bundesgericht spätestens

mit Urteil 4A\_622/2015 vom 4. Februar 2016 verworfen worden. Das Bundesgericht hat in dieser Entscheidung deutlich gemacht, dass auch inhaltlich klare AVB keine gültige Nebenkostenabrede darstellen könnten, weil sie keine auf den Einzelfall bezogene Vereinbarung darstellen.

**6.5.** Dass die „besondere Vereinbarung“ im Sinn von Art. 257a Abs. 2 OR einer Individualisierung, d.h. einer Anpassung von Allgemeinen Vertragsbedingungen an das konkrete Vertragsverhältnis bedarf, hatte das Bundesgericht zuvor wiederholt gefordert (Urteile 4C.250/2006 vom 3. Oktober 2006 E. 1.3; 4A\_397/2007 vom 6. Dezember 2007 E. 2.5; 4A\_185/2009 vom 28. Juli 2009 E. 2.4.3, BGE 135 III 591 E. 4.3.3).

**6.6.** Dem Urteil 4A\_185/2009 vom 28. Juli 2009 lagen zwei Mietverträge zugrunde, in denen unter der Rubrik „Neben- und Betriebskosten monatlich“ die Positionen "Heizung", "Warmwasser", "Hauswart" und "Radio/TV" aufgeführt waren, wobei allerdings in den dafür vorgesehenen Feldern keine Geldbeträge eingesetzt waren. In der letzten Zeile "HZ + Nebenkosten Akonto" war jedoch der Gesamtbetrag der monatlichen Anzahlungen an die Nebenkosten eingesetzt. In beiden Mietverträgen war zudem festgehalten, dass die dem Mieter zusätzlich ausgehändigte Beilage „Aufstellung der Heiz- und Nebenkosten“ Bestandteil der Mietverträge bilde. Diese „Aufstellung“ war beim Mietvertrag über die 1-Zimmerwohnung direkt auf die Rückseite des Vertragsdokuments abgedruckt und wurde beim Mietvertrag über die 3.5-Zimmerwohnung als einseitiges Beiblatt abgegeben. Die separate Aufstellung war mit "Heiz- und Nebenkosten" überschrieben und hielt insbesondere fest (E. 2.2):

- Als Heiz- und Nebenkosten gelten insbesondere die Kosten für:
- Kosten im Zusammenhang mit Heizwärme und Warmwasseraufbereitung
- Wasserverbrauch und Abwasserreinigung
- Stromverbrauch für allgemeine Anlagen.

Nach zwei durchgestrichenen Positionen wurde mit der Aufzählung wie folgt fortgefahren (E. 2.2):

- Betriebs- und Servicekosten von Gemeinschaftsanlagen (Gemeinschaftsraum, Lift, Strom Steckdose Einstellhalle, etc.)
- Service an Waschmaschinen, Secomaten, Geschirrspüler
- Betriebskosten der Dachbegrünung und Reinigung von Dachkännel und Abwasserleitungen
- Betriebs- und Urheberrechtsgebühren von Radio und TV
- Kosten Siedlungsverein, sofern nicht direkt bezahlt wurde
- allfällig Hauswartung und technische Verwaltung
- allfällig extern zu vergebender Gartenunterhalt
- Verwaltungsaufwand der X. \_\_\_\_\_ für die Heiz- und Nebenkostenabrechnung

- allgemeine Betriebskosten + Rückstellungen für periodische Service und Revision, die zurzeit noch nicht bekannt sind.

Das Bundesgericht erwog, insgesamt sei diese Regelung übersichtlich und leicht verständlich (E. 2.4.2). Weiter führte es aus, der Zusatz „insbesondere“ zur Aufzählung der Nebenkostenpositionen bleibe ohne Rechtswirkung. Weder mache er die explizit erwähnten Positionen ungültig, noch könne gestützt auf ihn eine Erweiterung der explizit aufgelisteten Positionen erfolgen. Nach Treu und Glauben hätten die Mieter nicht darauf vertrauen dürfen, auch die explizit und klar aufgeführten Positionen, wie etwa namentlich die Kosten für Heizung und Warmwasser, nicht bezahlen zu müssen (E. 2.4.3). Aus der Streichung von Positionen in der Auflistung werde zudem ersichtlich, dass die Auflistung individuell im Hinblick auf die streitigen Mietverhältnisse abgefasst worden sei (E. 2.4.3). Das Bundesgericht schloss, die zu beurteilende Nebenkostenabrede sei klar und eindeutig, womit sie gültig zustande gekommen sei (E. 2.5).

**6.7.** Seine Praxis setzte das Bundesgericht im Jahr 2016 fort. Dem Urteil 4A\_622/2015 vom 4. Februar 2016 lagen - wie in casu - ein Mietvertrag und Allgemeine Vertragsbestimmungen zugrunde, welche von der Sektion Bern des Schweizerischen Verbandes der Immobilien-Treuhänder SVIT herausgegeben worden waren. Wie vorliegend wurde im Mietvertrag hinsichtlich der Betriebskosten auf Ziffer 6.2 dieser AVB verwiesen. Das Bundesgericht warf in seinen Erwägungen zwar die Frage auf, ob es für einen Mieter schwieriger sei, dem Verweis auf Ziff. 6.2 der AVB zu folgen, welche unter dem leicht verständlichen Titel „Betriebskostenabrechnung“ die von ihm zu tragenden Nebenkostenpositionen aufführe, als - wie in 4A\_185/2009 - eine Beilage mit einer langen Liste von Unterpositionen zu konsultieren (vgl. Ziffer 6.6 hiervor). Es liess die Frage aber offen, da es den Umstand für ausschlaggebend hielt, dass in der dem Urteil 4A\_185/2009 zugrundeliegenden Aufstellung einige der vorgedruckten Nebenkostenpositionen durchgestrichen waren, woraus ersichtlich sei, dass die Aufstellungen individuell im Hinblick auf die beiden betroffenen Mietverhältnisse abgefasst worden seien. In dem in Urteil 4A\_622/2015 zu beurteilenden Fall war hingegen die in den AVB enthaltene Liste unverändert, woraus das Bundesgericht folgerte, es liege keine an die betreffenden Mietobjekte angepasste Vereinbarung vor (vgl. 4A\_622/2015 E. 3.3.2). Das Bundesgericht kam zum Schluss, es fehle an einer auf den Einzelfall angepassten Vereinbarung und damit an einer speziellen Vereinbarung im Sinn von Art. 257a Abs. 2 OR (vgl. 4A\_622/2015 vom 04.02.2016 E. 3.3.3).

**6.8.** Ohne Bezugnahme auf diesen Entscheid erachtete das Bundesgericht allerdings nur kurze Zeit später in Urteil 4A\_606/2015 vom 19. April 2016



eine inhaltlich nicht zutreffende Auflistung von Nebenkosten als gültige Abrede, wobei diese Auflistung im Vertragsdokument selber enthalten war. Das Bundesgericht befand, es sei bei objektiver Betrachtung aus der einschlägigen Ziffer des Mietvertrags ohne weiteres ersichtlich, welche Nebenkosten zu Lasten der Mieter gehen sollten, woran nichts ändere, dass die konkrete Aufzählung mit „insbesondere“ eingeleitet werde und die zur Heizung erforderlichen, beispielhaft aufgezählten Kosten zum Teil nicht angefallen seien, weil die Liegenschaft mit Fernwärme geheizt werde, was der Mieterschaft ohne weiteres bekannt gewesen sein müsse (Urteil 4A\_606/2015 E. 4).

**6.9.** Bei genauerer Betrachtung ergibt sich, dass mit diesem Entscheid die bisherigen Anforderungen an eine Vereinbarung im Sinn von Art. 257a Abs. 2 OR nicht gelockert wurden. Es lag eine detaillierte Auflistung der von den Mietern zu tragenden Nebenkosten zur Beurteilung vor, die jedoch nicht in allen Teilen zutraf. Die Fehlerhaftigkeit einer Auflistung bedeutet jedoch nicht zwangsläufig, dass sie nicht für das konkrete Vertragsverhältnis geschaffen wurde und das Bundesgericht ging zudem davon aus, die Mieterschaft habe erkannt, dass einzelne Positionen gar nicht anfallen könnten. Mit diesem Wissen kann grundsätzlich ein Parteiwille hinsichtlich der tatsächlich anfallenden Positionen gebildet worden und somit – mangels Formvorschriften - eine besondere Vereinbarung entstanden sein.

**6.10.** Anders verhält es sich, wenn bei Vertragsschluss lediglich eine unveränderte Auflistung von Nebenkosten in Form von Allgemeinen Vertragsbedingungen vorliegt. In diesem Fall ist für den Mieter nicht erkennbar, inwiefern diese nach dem Willen der Vermieterschaft auf sein Mietverhältnis Anwendung finden soll. Erfahren die Allgemeinen Vertragsbedingungen keine Individualisierung, stellen sie folglich keine besondere Vereinbarung dar.

**7.** Im vorliegenden Fall wird im Mietvertrag in Bezug auf die Betriebskosten auf eine bestimmte, in den vorformulierten Vertragsbestimmungen enthaltene Auflistung der einzelnen Kosten verwiesen. Diese ist inhaltlich nicht angepasst worden, was etwa durch Streichung von Positionen, Ankreuzen oder dergleichen hätte getan werden können, trifft aber vollumfänglich auf das konkrete Vertragsverhältnis zu, da sämtliche der aufgezählten Kosten auf das Mietobjekt anfallen. Es handelt sich somit um eine vorformulierte Klausel, an der aus Sicht der Vermieterin kein Anpassungsbedarf bestand. Für die vertragsbegründende Willensbildung müsste aber gerade auch Letzteres für die Mieter erkennbar gewesen sein. Es hätte mithin auch in diesem Fall einer Individualisierung bedurft; im vorliegenden Fall hätte diese lediglich zum Ausdruck bringen müssen, dass nach dem

Willen der Vermieterin jede der aufgezählten Positionen im Rahmen des konkreten Mietvertrags den Mietern in Rechnung gestellt werden sollte.

**8.** Eine solche Individualisierung ergibt sich aus dem Wortlaut des vorgelegten Mietvertrags und der AVB und deren Zusammenhang nicht. Weitere, vor dem Vertragsschluss bestehende Umstände, aus denen sich auf eine Anpassung auf das konkrete Vertragsverhältnis schliessen liess, wurden, wie bereits erwähnt, nicht behauptet und Umstände, die erst nach dem Vertragsschluss eingetreten sind, können zur Willensbildung der Parteien von vornherein nicht beigetragen haben. Auch die Möglichkeit einer nachträglichen Konkretisierung einer unklaren Nebenkostenvereinbarung durch die Nebenkostenabrechnungen der Vermieterschaft schliesst das Bundesgericht deshalb aus (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4P.323/2006 vom 21. März 2007 E. 2.2). Ein ursprünglich übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien über die von den Mietern zu tragenden Nebenkosten setzt voraus, dass bei den Parteien im Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses das genaue Wissen darüber besteht, welche Kosten von den Mietern zu übernehmen seien (vgl. Urteil 4P.323/2006 E. 2.2.2).

**9.** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass zwischen den Parteien über die Tragung der Betriebskosten durch die Mieter mangels Anpassung der Regelung in den Allgemeinen Vertragsbedingungen keine besondere Vereinbarung zustande gekommen ist. Die Mieter waren und sind daher vertraglich nicht verpflichtet, zusätzlich zum Mietzins und zu den unbestrittenermassen vereinbarten Heiz- und Warmwasserkosten weitere Neben- oder Betriebskosten zu bezahlen.

...

**10.** Es ist folglich zu prüfen, ob die Mieter die bereits geleisteten Zahlungen für die Betriebskosten zurückfordern können. Die Vermieterin weist darauf hin, dass die Mieter insgesamt dreizehn Nebenkostenabrechnungen akzeptiert, d.h. die sich daraus ergebenden Nachforderungen der Vermieterin bezahlt und damit den Saldo anerkannt haben. Dadurch ist zwischen den Parteien jeweils eine Saldovereinbarung zustande gekommen, deren Wirkung in erster Linie darin besteht, dass die Partei, die die Richtigkeit des anerkannten Saldos bestreiten will, seine Unrichtigkeit zu beweisen hat, eine Rückforderung zu viel bezahlter Nebenkosten aber nicht ausschliesst (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.24/2002 vom 29. April 2002, E. 3.2). Für einen allfälligen Rückforderungsanspruch entfällt jedoch die ursprüngliche Vertragsbeziehung als Grundlage, so dass eine nachträgliche Korrektur auf Basis des Bereicherungsrechts erfolgt (vgl. Urteil 4C.24/2002, E. 3.3.1).

**11.** Nach Art. 62 OR hat der aus dem Vermögen eines anderen infolge einer grundlosen Zuwendung ungerechtfertigt Bereicherte die Bereicherung zurückzuerstatten. Für den Fall der Zahlung einer Nichtschuld verlangt Art. 63 Abs. 1 OR zudem, dass sich der Leistende nachweislich über die Schuldspflicht im Irrtum befand. Der Anspruch auf Rückerstattung verjährt mit Ablauf eines Jahres, nachdem der Verletzte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat, in jedem Fall aber mit Ablauf von zehn Jahren seit der Entstehung des Anspruchs.

**12.** Die Vermieterin macht geltend, die Ansprüche der Mieter aus Art. 62 f. OR seien verjährt, die fristauslösende Kenntnis nach Art. 67 Abs. 1 OR habe mit den Zahlungen der Nebenkostenabrechnungen begonnen, da sich die erforderlichen Informationen zum Erkennen des behaupteten Anspruchs aus diesen Abrechnungen ergeben hätten. Sie macht somit eigentlich geltend, im Zeitpunkt der Zahlungen hätten die Mieter ihren Rückforderungsanspruch bereits gekannt. Diese Argumentation ist für die Frage der Verjährung unbehelflich und zielt eigentlich darauf ab, die Voraussetzung des Irrtums nach Art. 63 Abs. 1 OR zu bestreiten. Nachdem die Vermieterin aber formal die Verjährungseinrede erhoben hat, ist diese Frage trotzdem zu prüfen.

**13.** Die Mieter fordern mit der vorliegenden Klage die Betriebskosten für die Zeit ab 01.05.2005 zurück. Die Nebenkostenabrechnung für diese Periode datiert vom 04.07.2006 und sie wurde am 31.07.2006 bezahlt. Die Entstehung des Anspruchs nach Art. 62 f. OR setzt die grundlose Leistung voraus (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.250/2006 vom 3. Oktober 2006 E. 2.4). Der älteste Anspruch der Mieter ist mithin am 31.07.2006 entstanden. Mit Eintritt der Rechtshängigkeit am 24. September 2015 ist die in Art. 67 Abs. 1 OR festgesetzte zehnjährige Frist gemäss Art. 135 Ziffer 2 OR unterbrochen resp. gewahrt worden.

**14.** Zu prüfen bleibt, ob die Rechtshängigkeit auch innerhalb eines Jahres nach Kenntnis des Anspruchs eingetreten ist. Fristauslösende Kenntnisnahme liegt vor, wenn der Gläubiger einen solchen Grad von Gewissheit über den Bereicherungsanspruch hat, dass nach Treu und Glauben gesagt werden kann, der Gläubiger habe nunmehr keinen Anlass oder keine Möglichkeit mehr zu weiterer Abklärung und andererseits genügend Unterlagen zur Klageerhebung, so dass ihm eine solche vernünftigerweise zugemutet werden dürfe. Dabei wird auf die tatsächlichen Kenntnisse über den Anspruch abgestellt und nicht darauf, wenn der Geschädigte den Bereicherungsanspruch hätte erkennen können (vgl. Urteil 4C.250/2006 E. 2.3). Massgeblich ist somit, dass die Mieter am 14.07.2015 anlässlich der Bera-

tung durch den Mieterverband erfahren, dass zwischen ihnen und der Vermieterin keine gültige Abrede über die Überwälzung der Betriebskosten bestand und sie die Saldi der Nebenkostenabrechnung nicht hätten anerkennen müssen. Auch die einjährige relative Verjährungsfrist ist mit dem Schlichtungsgesuch vom 24.09.2015 somit gewahrt. Soweit sich in der nachfolgenden Prüfung Ansprüche der Mieter aus ungerechtfertigter Bereicherung ergeben, steht deren klageweise Durchsetzung die Verjährung jedenfalls nicht entgegen.

**15.** Die Zahlung einer Nichtschuld stellt einen Fall von ungerechtfertigter Bereicherung dar, für den Art. 63 Abs. 1 OR als zusätzliches Kriterium den Irrtum des Leistenden resp. des Rückerstattungsgläubigers voraussetzt. Der Irrtum muss sich auf seine Schuldpflicht beziehen, d.h. auf den Rechtsgrund der Leistung, und es kann sich auch um einen Rechtsirrtum handeln (vgl. HERMANN SCHULIN, in: Basler Kommentar OR I, 6. Auflage 2015, Art. 63 N 4). Das Beweisverfahren hat ergeben, dass die Mieter erst im Jahr 2015 und somit nach der Bezahlung der Nebenkostenabrechnungen erfahren, dass sie die Betriebskosten nicht schuldeten. Es ist somit davon auszugehen, dass sie sich bei der Bezahlung der Nebenkostenabrechnungen in einem Irrtum befanden, zumal an den Nachweis des Irrtums gemäss Lehre und Praxis keine hohen Anforderungen zu stellen sind und es genügt, dass eine Schenkungsabsicht ausgeschlossen werden kann, was bei Geschäftsbeziehungen grundsätzlich immer der Fall ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4D\_13/2015 vom 3. Juni 2015 E. 4.1). Anders als die Vermieterin behauptet, müssen die Mieter darüber hinaus nicht auch noch nachweisen, dass sie die Einrede der unwirksamen Vereinbarung im Zeitpunkt der Zahlungen nicht kennen konnten, denn ein Irrtum im Sinn von Art. 63 OR liegt selbst dann vor, wenn der Leistende den Irrtum hätte erkennen müssen (vgl. SCHULIN, a.a.O., Art. 63 N 4). Die Auffassung der von der Vermieterin referenzierten Autoren wird in der Lehre zum Bereicherungsrecht nicht geteilt und wurde in Bezug auf die Rückforderung von irrtümlich bezahlten Nebenkosten vom Bundesgericht verworfen (Urteil 4C.250/2006 E. 2.2). Im Übrigen argumentiert die Vermieterin, die Mieter hätten anhand der Details der Abrechnungen ihren Irrtum erkennen müssen, womit sie verkennt, dass auch eine detaillierte Abrechnung keinen Aufschluss über die Gültigkeit des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts gibt.

**16.** Die Mieter haben sich bis zum 14.07.2015 bei ihren Zahlungen für die Betriebskosten des Mietobjekts in einem Irrtum im Sinn von Art. 63 Abs. 1 OR befunden und Zahlungen ohne Rechtsgrund geleistet, durch welche die Vermieterin bereichert wurde. Die sich daraus ergebenden Ansprüche der Mieter sind nicht verjährt und die Höhe ihrer Zahlungen resp. der auf

die Betriebskosten entfallenden Beträge ist belegt. Der Anspruch der Mieter aus ungerechtfertigter Bereicherung ist damit zu bejahen.

**17.** Die Nebenkostenabrechnung für die Periode vom 01.05.2014 bis 30.04.2015 wurde von den Mietern weder bezahlt noch anerkannt. In Bezug auf diese Abrechnung ist keine Saldovereinbarung erfolgt, so dass die von den Mietern erhobene Rückforderung auf Basis des Mietvertrags zu prüfen ist. Die Mieter haben an die Nebenkosten für den fraglichen Zeitraum CHF 2'760.00 durch ihre monatlichen Zahlungen geleistet. Gemäss der von der Vermieterin erstellten Abrechnung belaufen sich die von den Mietern zu tragenden Kosten für Heizung- und Warmwasser für diese Periode auf CHF 1'262.10, so dass aus der Abrechnung ein Saldo zugunsten der Mieter von CHF 1'497.90 resultiert. Die Vermieterin ist gemäss vertraglicher Vereinbarung verpflichtet, diesen Betrag innert 30 Tagen seit Abrechnung den Mietern zurückzuerstatten.

**18.** Die Vermieterin leitet aus der dreizehnfachen Saldoanerkennung durch die Mieter ab, dass ihre Rückforderung rechtsmissbräuchlich sei (...). Rechtsmissbrauch kann unter anderem dann vorliegen, wenn sich jemand widersprüchlich verhält, sich beispielsweise auf den Formmangel einer Vereinbarung beruft, der er jahrelang nachgelebt hat (vgl. HONSELL, in: Basler Kommentar ZGB I, 5. Auflage 2014, Art. 2 N 45). Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts wird bei der beiderseitigen Erfüllung eines Vertrags ohne zusätzlich Umstände von Rechtsmissbrauch ausgegangen, wenn sich eine der Parteien nachträglich auf dessen Nichtigkeit beruft (vgl. HONSELL, a.a.O., Art. 2 N 46 mit Verweis auf BGE 112 II 330, 333). Tatsächlich hat das Bundesgericht in fraglichen Entscheid betont, dass die Berufung auf einen Formmangel rechtsmissbräuchlich ist, wenn der Vertrag irrtumsfrei erfüllt wurde. Wer jedoch einen formnichtigen Vertrag freiwillig erfüllt, ohne den Mangel zu kennen, verhält sich nicht widersprüchlich, handelt folglich auch nicht rechtsmissbräuchlich, wenn er sich nachträglich wegen des Mangels auf Nichtigkeit beruft (vgl. BGE 112 II 330 E. 2.b).

Vorliegend ist der Vertrag nicht aufgrund der Form mangelhaft. Der Mietvertrag zwischen den Parteien ist gültig, jedoch ergibt dessen Auslegung, dass die Mieter nicht verpflichtet sind, zusätzlich zum Mietzins und den Zahlungen für die Heiz- und Warmwasserkosten Zahlungen für die Betriebskosten zu leisten. Auf die bereits verstrichene Vertragsdauer resp. die bereits geleisteten Zahlungen der Mieter führt die analoge Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Schluss, dass die Rückforderung der Mieter nicht rechtsmissbräuchlich ist.

**19.** Die Mieter verlangen die Verzinsung ihrer Forderung zu 5% seit 29. September 2015. Verzugszinsen können in gesetzlicher Höhe von 5% gefordert werden, sobald der Schuldner mit der Zahlung einer Schuld in Verzug gerät (Art. 104 OR). Der Verzug setzt die Abrede eines Verfalltags oder aber eine Mahnung der fälligen Forderung voraus (Art. 102 OR). Die Mahnung bedarf keiner bestimmten Form, die Zustellung eines Rechtsgebots, dass die Rechtsbegehren erhält oder die Erhebung einer Leistungsklage gelten als Mahnung (vgl. WOLFGANG WIEGAND, in: Basler Kommentar OR I, Hrsg. Honsell/Vogt/Wiegand, 6. Auflage 2015, Art. 102 N 9). Die Mieter haben mit Schlichtungsgesuch vom 24.09.2015 eine Forderung von CHF 25'590.10 gegen die Vermieterin erhoben. Das Schlichtungsgesuch stellt eine Mahnung im Sinn von Art. 102 Abs. 1 OR dar. Es wurde der Vermieterin am 28.09.2015 zugestellt, womit der Verzug eingetreten ist. Die Vermieterin ist daher zu verurteilen, die Forderung der Mieter ab 29.09.2015 zu 5% zu verzinsen.

...

(Entscheid des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 20. April 2017 [CIV 15 8173 THC])

## Art. 257f, 260a Abs. 1, 267 OR

# 2. Änderungen an der Mietsache (Sichtschutz auf dem Balkon) sowie Pflanzen im Treppenhaus

In seinen Erwägungen analysiert das Kantonsgericht Luzern den üblichen Gebrauch der Mietsache und grenzt diesen zum unzulässigen Gebrauch ab. Nach dem Kantonsgericht stellt eine Änderung der Mietsache, die ohne Zustimmung des Vermieters erfolgt, eine Vertragsverletzung dar. Diese Verletzung zieht nach Art. 257f OR ein Kündigungsrecht für den Vermieter nach sich. Ein Recht auf sofortige Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes besteht in der Regel nicht. In casu ist das (fachmännische) Anbringen eines einfachen Sichtschutzes auf dem Balkon allerdings kein genügend schwerer Eingriff für eine Kündigung. Das Gericht bejaht aber klar das Bestehen eines Wiederherstellungsanspruchs, da keinerlei schriftliche Zustimmung der Vermietenden für Erneuerungs- und Änderungsarbeiten vorliegt. Ferner stellt das Gericht fest, dass der Anspruch auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes grundsätzlich erst bei Beendigung des Mietverhältnisses besteht. Zum Schluss äussert sich das Gericht noch zur Nutzung des Treppenhauses als zusätzliche Abstellfläche für Mietende.

## Sachverhalt

Die Mietenden bewohnten seit dem 1. Oktober 2011 eine 4.5 Zimmer-Attika-Wohnung in Luzern. Am 5. August 2013 gelangte die Vermieterin an die Schlichtungsbehörde Miete und Pacht des Kantons Luzern und verlangte von den Mietenden die Entfernung des Sonnenschutzpavillons und des Sichtschutzes auf dem Balkon sowie sämtlicher Pflanzen und allfälliger weiterer Gegenstände im Treppenhaus vor der Wohnungstüre. Die Schlichtungsverhandlung endete ohne Einigung, weshalb am 11. Dezember 2013 die Klagebewilligung ausgestellt wurde. Mit Urteil vom 20. April 2015 verpflichtete die Einzelrichterin des Bezirksgerichts Luzern die Mietenden den angebrachten Sichtschutz auf dem Balkon zu entfernen. Die weiteren Anträge wurden abgewiesen. Dagegen erhoben die Mietenden am 26. Mai 2016 Berufung und die Vermieterin am 2. Juli 2015 Anschlussberufung.

## Aus den Erwägungen

**3.3.1** Nach Art. 257f Abs. 1 OR muss der Mieter die Sache sorgfältig gebrauchen. Dies stellt eine allgemeine Regel dar, die den Mieter verpflichtet, Mietobjekt und Installationen nicht zu beschädigen, nicht ohne Zustimmung des Vermieters zu verändern und den Wert der Mietsache nicht durch unsachgemässen Gebrauch zu vermindern. Dazu gehört ebenfalls die Pflicht, die Mietsache gemäss der vertraglichen Abrede sowie allfälliger weiterer Regeln wie der Hausordnung zu gebrauchen (GIGER, Berner Komm., Bern 2015 Art. 257f OR N 8; LACHAT/PÜNTENER, Das Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl. 2009, S. 22 N 2/1.3.6). Soweit der Vertrag den Gebrauch nicht näher bestimmt, gilt als vertragskonformer Gebrauch der übliche Gebrauch, d.h. der Gebrauch, den jedermann unter den gegebenen Umständen von einer wie der gemieteten Sache gewöhnlich zu machen pflegt. Bei einer Wohnungsmiete ist dies die Einrichtung der Wohnung gemäss der üblichen Lebenshaltung (Möblierung, Bebilderung, Beleuchtung, Aufstellen von Geräten wie Telefon, Radio, TV und – soweit nicht vorhanden – Kühlschrank, Kühltruhe, Geschirrspüler usw. samt fachmännischem Verlegen der erforderlichen Leitungen (HIGI, Zürcher Komm., Zürich 1994, Art. 257f OR N 10 f.). Der Gebrauch der Mietsache führt regelmässig zu einer Abnutzung. Die Sorgfaltspflicht des Mieters gebietet ganz allgemein, die Mietsache schonend zu gebrauchen, damit diese im Interesse des Vermieters möglichst wenig an Substanz einbüsst. Nach herrschender



Lehre ist beispielsweise das Befestigen von Bildern oder Möbeln an Wänden mit Nägeln oder Schrauben zulässig, sofern dabei die Wände und Tapeten nicht übermässig Schaden nehmen. Als unzulässig wird die unfachmännische Installation von Geräten und Einrichtungsgegenständen erachtet, jedoch beispielsweise auch das (an sich fachmännisch vorgenommene) Leimen eines Spannteppichs auf einem Parkettboden (SVIT-KOMMENTAR, Das Schweizerische Mietrecht, 3. Aufl. 2008, Art. 257f OR N 18 f.; LCHAT/PÜNTENER, a.a.O., S. 22 N 2/1.3.6; HIGI, a.a.O., Art. 257f OR N 14 ff.; GIGER, a.a.O., Art. 257f OR N 39).

Über den üblichen Gebrauch hinausgehende Erneuerungen und Änderungen an der Sache kann der Mieter nur vornehmen, wenn der Vermieter schriftlich zugestimmt hat (Art. 260a Abs. 1 OR). Eine Veränderung ohne die entsprechende Zustimmung verletzt die Pflicht zum sorgfältigen Gebrauch nach Art. 257f Abs. 1 OR (GIGER, a.a.O., Art. 257f OR N 46; HIGI, a.a.O., Art. 257f OR N 12).

**3.3.2.** Miete bedeutet Gebrauchsüberlassung. Dies schliesst eine Veränderung oder Erneuerung der Mietsache durch den Mieter grundsätzlich aus.

Der Begriff der Änderung erfasst jeden gewollten Eingriff in die materielle, bauliche Substanz der Mietsache, dessen Resultat in einer Abweichung der Gestaltung und des Zustandes der Mietsache vom bisher vertraglich vereinbarten Zustand und der bisherigen Gestaltung besteht. Eine Änderung ist somit die Veränderung des äusseren Zustands der Mietsache, eine Umgestaltung des äusseren Erscheinungsbilds. Als Beispiele werden in der Lehre und Rechtsprechung etwa genannt die Montage eines textilen Belages auf einen Parkettboden, die Installation eines Telefonanschlusses, das Errichten oder Abreissen von Trennwänden, die Montage einer fixen Einrichtung anstelle einer beweglichen, das Pflanzen von Bäumen oder die Montage eines Betonsockels mit Satellitenschüssel (HIGI, a.a.O., Art. 260a OR N 7; BGer-Urteil 4A\_541/2011 vom 28.3.2012 E. 4.2 f., mit Hinweisen).

**3.3.3.** Erstellter- und unbestrittenermassen liessen die Mietenden zwei Einrollvorrichtungen mittels jeweils zwei Winkeleisen und je zwei Schrauben an die metallenen Trägerpfosten montieren. Die Halterungen für die Rollos sind mit Schraubschellen am Balkongeländer befestigt. Der Sichtschutz befindet sich im ausgerollten Zustand an der Aussenseite des Balkongeländers (wobei mit den Mietenden präzisierend zur vorinstanzlichen Feststellung festzuhalten ist, dass er sich nicht ausserhalb, sondern auf der Balkonbrüstung befindet; Gleiches gilt auch für die beiden Einrollvorrichtungen). Im ausgerollten Zustand erstreckt sich der Sichtschutz über die gesamte Breite der Terrasse.

Bei Mietantritt bestand auf der Terrasse des Mietobjekts unbestrittenermassen kein Sichtschutz. Es handelt sich bei der mieterseitigen Installation unbestrittenermassen weder um eine Unterhaltsleistung des Mieters noch um eine andere Leistung zu Gunsten des Vermieters noch um die Behebung eines Mangels; all dies würde nicht in den Anwendungsbereich von Art. 260a OR fallen (vgl. dazu HIGI, a.a.O., Art. 260a OR N 8 ff.). Es handelt sich auch nicht um einen Anwendungsfall des Rechts des Mieters, die Mietsache entsprechend dem vereinbarten Gebrauch mit beweglichen Gegenständen seiner Wahl einzurichten, bzw. um einen Anwendungsfall der Herrichtung der Sache zum vorgesehenen Gebrauchszweck; (nur) dieses Recht fällt nicht in den Anwendungsbereich von Art. 260a OR, sondern ist Ausfluss des Gebrauchsrechts des Mieters (vgl. dazu LCHAT/WYTENBACH, Das Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl. 2009, S. 704 N 32/5.1, ausführlich oben E. 3.3.1). Vielmehr handelt es sich um eine zusätzliche, an die Metallpfosten geschraubte Einrichtung, die das äussere Erscheinungsbild der Mietsache umgestaltet – im eingerollten Zustand weniger, im ausgerollten Zustand mehr. Mit dieser Konstruktion ist jedenfalls ein Eingriff in die Substanz der Mietsache im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verbunden, der zu einer Änderung ihrer Gestaltung und ihres Zustands führt (vgl. oben E. 3.3.2). Ein „Eingriff in die Substanz“ bzw. generell der Begriff des Mieterbaus gemäss Art. 260a OR ist weit zu verstehen und umfasst – wie die unter E. 3.3.2 erwähnten Beispiele deutlich machen – auch Änderungen, die ohne bautechnisch enge Verbindung oder nicht dauernd mit dem Mietobjekt verbunden werden sollen und bei Auszug ohne Beschädigung bzw. ohne grossen Aufwand wieder entfernt werden können (vgl. MAAG, Kommentierung des BGer-Entscheids 4C.457/2004, in MRA 2/05 S. 75 ff., S. 81).

Der Schluss der Vorinstanz, die vorliegend zur Diskussion stehende Konstruktion als Änderung im Sinne von Art. 260a Abs. 1 OR zu qualifizieren ..., erweist sich vor diesem Hintergrund als richtig.

**3.4.1.** Der Vermieter ist in seinem Entscheid, seine Einwilligung bzw. Zustimmung zu verweigern, durch das Mietrecht nicht beschränkt. Vorliegend steht fest, dass die Zustimmung weder vorgängig noch nachträglich erfolgte ... und dass sie auch nicht bereits im Mietvertrag enthalten war (vgl. WEBER, Basler Komm., 6. Aufl. 2015).

Wer, wie vorliegend die Mietenden, ohne Zustimmung des Vermieters eine Änderung an der Mietsache vornimmt, begeht eine Vertragsverletzung (Art. 257f Abs. 1 OR; oben E. 3.3.1). Die Prüfung einer Analogie zum Stockwerkeigentum ist nicht erforderlich. Die Vertragsverletzung berechtigt den Vermieter zum Vorgehen nach Art. 257f OR, d.h. zur ordentlichen Kündigung bzw. bei trotz Abmahnung wiederholten Eingriffen (und damit

bei Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zur ordentlichen Kündigung) zur Kündigung mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf das Ende eines Monats (Art. 257f Abs. 3 OR) oder im Fall, dass der Mieter der Sache vorsätzlich einen schweren Schaden zufügt, zur fristlosen Kündigung (Art. 257f Abs. 4 OR). Die gesetzliche Formulierung von Art. 257f OR sieht keine weiteren Rechtsfolgen der Sorgfaltpflicht- bzw. der Vertragsverletzung vor als jene des Kündigungsrechts des Vermieters. Darin ist jedoch nicht die Absicht zu erblicken, dem Vermieter andere Vorgehensweisen zu verwehren. So stehen ihm weitere Rechtsbehelfe wie insbesondere die allgemeinen Regeln des Obligationenrechts gemäss Art. 97 Abs. 1 OR zur Verfügung, wonach er Schadenersatz geltend machen kann, wenn der Mieter das Mietobjekt beschädigt hat. Grundsätzlich besteht bei unbewilligten Mieterbauten sodann ein Wiederherstellungsanspruch (WEBER, a.a.O., Art. 260a OR N 1; ausführlich GIGER, a.a.O., Art. 257f OR N 42, 46, 89 f. und 112 f., mit Hinweisen).

**3.4.2.** Vorliegend steht fest, dass der von den Mietenden vorgenommene Eingriff nicht die Schwere aufweist, die zu einer ausserordentlichen Kündigung im Sinne von Art. 257f Abs. 3 und 4 OR berechtigen würde (vgl. dazu BGer-Urteil 4C.118/2001 vom 8.8.2001 E. 1b betreffend vertragswidriges Anbringen einer Glasverschalung auf einem Balkon); eine solche steht auch nicht zur Diskussion. Weiter steht fest, dass die Vermietende das – gemäss Vertrag erstmals auf den 30. September 2012 und danach mit einer viermonatigen Kündigungsfrist auf 31. März, 30. Juni und 30. September kündbare – Mietverhältnis nicht ordentlich gekündigt hat. Sie machte und macht nur, aber immerhin, einen (sofortigen) Wiederherstellungs- bzw. Beseitigungsanspruch geltend.

Dass vorliegend ein solcher Wiederherstellungsanspruch besteht, steht ausser Frage. Zu prüfen ist, zu welchem Zeitpunkt sich dieser aktualisiert.

**3.4.3.** Grundsätzlich entsteht der Wiederherstellungsanspruch nach einheitlicher Lehre erst auf das Mietende hin. Die Wiederherstellungspflicht des Mieters leitet sich aus Art. 267 Abs. 1 OR ab, wonach der Mieter die Mietsache grundsätzlich in dem Zustand zurückzugeben hat, wie er sie empfangen hat. Der Mieter, welcher über eine schriftliche Zustimmung des Vermieters für Erneuerungs- und Änderungsarbeiten verfügt, ist gemäss Art. 260a Abs. 2 OR zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands nicht verpflichtet. Wenn der Mieter die Mietsache ohne Zustimmung des Vermieters erneuert oder verändert hat, ist er grundsätzlich erst am Ende des Mietverhältnisses zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands verpflichtet (HIGI, a.a.O., Art. 260a OR N 35; SVIT-KOMMENTAR, a.a.O., Art. 260-260a OR N 4; HEINRICH, in: MÜLLER-CHEN/HUGUENIN/

GIRSBERGER [Hrsg.], Handkomm. zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl. 2012, Art. 260a OR N 5). Diesen Grundsätzen entspricht auch die Regelung in den Allgemeinen Bestimmungen zum Luzerner Mietvertrag (ABLMV), Ausgabe 1997. In Ziff. 2.5.1 ABLMV wird in Absatz 1 zunächst festgehalten, dass bauliche Veränderungen (d.h. Erneuerungen und Änderungen, vgl. Ziff. 2.4.1 ABLMVI am Mietobjekt durch den Mieter nur mit schriftlicher Zustimmung des Vermieters gestattet sind und diese Zustimmung sich darüber zu äussern hat, ob und unter welchen Bedingungen solche Investitionen beim Auszug des Mieters zu entfernen oder zu entschädigen sind. Absatz 2 regelt die Entschädigungspflicht für den Fall, dass sich die schriftliche Zustimmung darüber nicht ausspricht. In Absatz 3 wird festgehalten, dass der Vermieter beim Fehlen seiner schriftlichen Zustimmung "am Ende der Mietzeit Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes oder entschädigungslose Überlassung der Veränderung verlangen" kann. Der Wortlaut dieser Regelung spricht klar dafür, dass das von der Vorinstanz erwähnte Wahlrecht und damit auch der Anspruch auf Wiederherstellung grundsätzlich erst auf das Mietende hin entsteht.

In der Lehre besteht sodann weitgehend Einigkeit darüber, dass der Wiederherstellungs- bzw. Beseitigungsanspruch des Vermieters im Sinne einer Ausnahme nur, aber immerhin dann schon vor dem Ende des Mietverhältnisses entsteht bzw. schon während dem Mietverhältnis durchgesetzt werden kann, wenn die Arbeiten nicht fachmännisch ausgeführt sind und die Mietsache ernsthaft beschädigt worden ist (LACHAT/WYTENBACH, a.a.O., S. 697 f. N 32/3.1; HIGI, a.a.O., Art. 260a OR N 39; HEINRICH, a.a.O., Art. 260a OR N5).

Wenn die Vorinstanz unter Bezugnahme auf den SVIT-KOMMENTAR (a.a.O., Art. 260-260a OR N 59) ausführt, es sei nicht einzusehen, weshalb derjenige Vermieter, der von den nicht bewilligten Umbauten vor oder während der Bauzeit erfahre, bessergestellt sein solle als derjenige, der vor vollendete Tatsachen gestellt werde, so trifft dies zwar grundsätzlich zu. Allerdings kritisiert der SVIT-KOMMENTAR ein Urteil des Mietgerichts Zürich vom 18. April 1995 (in ZMP 2/95 Nr. 22), welches dem Vermieter nach Abschluss der mieterseitigen Umbauarbeiten lediglich das Recht einräumt, die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands (Art. 260a Abs. 2 OR) zu verlangen, und dem Vermieter ein Kündigungsrecht nur zugesteht, "falls die Arbeiten – objektiv betrachtet – eine Schädigung der Mietsache darstellen oder einen Mangel an der Mietsache verursachen". Der SVIT-KOMMENTAR hält zu Recht fest, dass das Verhalten des Mieters in beiden Fällen (d.h. abgeschlossene sowie noch andauernde unbewilligte Arbeiten) eine Vertragsverletzung darstellt, das zur Kündigung berechtigt (SVIT-Komm., a.a.O., Art. 260-260a OR N 59). Weiterungen dazu sowie

zu den Voraussetzungen einer ordentlichen oder ausserordentlichen Kündigungsmöglichkeit (vgl. dazu oben E. 4.3.2; SVIT-Komm., a.a.O., Art. 260-260a OR N 60; HIGI, a.a.O., Art. 260a OR N 30-32; LCHAT/WYTENBACH, a.a.O., S. 697 f. N 32/3.1) erübrigen sich indes, da die Vermieterin wie erwähnt keine Kündigung ausgesprochen hat.

Nicht einschlägig ist sodann das von der Vorinstanz zur Stützung ihrer Auffassung, wonach die Vermieterin die sofortige Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands verlangen könne, zitierte Urteil des Bundesgerichts 4A\_541/2001 vom 28.3.2012 li. A-C sowie E. 2.2.2 und 4.1 ff.).

**3.4.4.** Somit bleibt es dabei, dass ein Anspruch der Vermieterin auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands vor dem Ende des Mietverhältnisses allenfalls dann zu bejahen wäre, wenn sich der angebrachte Sichtschutz als nicht fachgerecht ausgeführt und als die Mietsache objektiv ernsthaft (be-)schädigend erweisen würde. Die Behauptungs- und Beweislast liegt diesbezüglich bei der Vermieterin, die den entsprechenden Anspruch geltend macht (Art. 8 ZGB).

Dass die Montage fachgerecht erfolgte, wurde von der Vermieterin weder vor der Vorinstanz noch im Berufungsverfahren in Abrede gestellt. Gestützt auf die Ergebnisse des vorinstanzlichen Augenscheins sowie das vorhandene Bildmaterial kann mit den Mietenden ohne weiteres von einer fachgerechten Ausführung ausgegangen werden.

Im erstinstanzlichen Verfahren hat die Vermieterin geltend gemacht, der Sichtschutz beeinträchtigt die Ansehnlichkeit der Liegenschaft bzw. deren optischen Gesamteindruck, und bestritten, dass er ohne Beschädigung der Terrasseneinrichtungen wieder abmontiert werden könne. Im Berufungsverfahren macht sie geltend, um die schweren Storenkästen zu halten, hätten mehrere Bohrungen in die Metallstützen/Trägerpfosten der Liegenschaft gebohrt und grosse Schrauben verankert werden müssen. Die Schäden an den Metallpfosten seien kaum mehr zu beseitigen, ohne die Trägerpfosten auszuwechseln. Die Löcher in den Trägerstützen im Freien seien zudem anfällig für Rost und würden einen Gebäudeteil beschädigen, welcher die Stabilität der gesamten Konstruktion zu gewährleisten habe. Indem in die Metallpfosten/Stützpfiler gebohrt worden sei, sei die Mietsache ernsthaft beschädigt worden. Die äussere Gestalt des Gebäudes sei beeinträchtigt bzw. die Ansehnlichkeit der Liegenschaft gestört und die Fassade verändert. Wohnhäuser seien keine Campinganlagen; es dürften nicht Tücher gespannt und beliebige Vorrichtungen montiert werden, welche wie hier das äussere Erscheinungsbild der Liegenschaft beeinträchtigen würden. Sie habe ein Interesse daran, dass ihre Liegenschaften nicht zu Slums verkommen würden. Diese Darstellung erscheint, wie die Mietenden zu

Recht anmerken, übertrieben. Das Befestigen der beiden Einrollvorrichtungen an den Metallpfosten erfolgte mittels jeweils zwei Winkelleisen und je zwei (am Augenschein nur schwer erkennbaren) Schrauben (vgl. oben E. 3.3.3). Das Anbringen von vier Bohrlöchern pro Pfosten erscheint objektiv nicht geeignet, die Stabilität der gesamten Konstruktion zu beeinträchtigen, und ist nicht als ernsthafte Beschädigung der Mietsache zu qualifizieren. Ein Schädigungspotential, das eine sofortige Demontage des Sichtschutzes erfordern bzw. dessen Bestand bis zum Ende des Mietverhältnisses unzumutbar machen würde, ist nicht ersichtlich. Ob die Bohrlöcher bei der Demontage ohne namhaften Aufwand gespachtelt und überstrichen werden können, wie dies die Mietenden geltend machen, oder ob ein grösserer Aufwand erforderlich sein wird, ist für die Frage, ob ein Anspruch auf sofortige Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands besteht, nicht relevant. In Bezug auf das äussere Erscheinungsbild der Liegenschaft ist aus dem vorhandenen Bildmaterial ersichtlich, dass sich die beiden fixen Einrollvorrichtungen genügend einfügen (oben E. 3.3.3). Die mobilen Rollos sind farblich an das Konzept der Fassade angepasst und wirken keineswegs campingplatz- oder gar slummässig. Die gesamte Konstruktion befindet sich sodann nicht ausserhalb der Balkonbrüstung bzw. der Fassadenlinie (oben E. 3.3.3). Auch in Bezug auf das äussere Erscheinungsbild ist somit kein Anspruch auf eine sofortige Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands bzw. die Unzumutbarkeit der Beibehaltung des Sichtschutzes bis zum Ende des Mietverhältnisses ausgewiesen.

**3.5.** Zusammenfassend ergibt sich aus den obigen Erwägungen, dass die Mietenden mit dem unbewilligten Erstellen des Sichtschutzes eine Vertragsverletzung begangen haben, das zu einem Vorgehen nach Art. 257f OR berechtigte, dass der Vermieterin ein Anspruch auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands zusteht, dass sich dieser Anspruch (sowie ein allfälliger Schadenersatzanspruch) gemäss gesetzlicher und vertraglicher Regelung aber grundsätzlich erst bei Beendigung des Mietverhältnisses aktualisiert und dass vorliegend keine Umstände dargetan sind, die im Sinne einer Ausnahme einen Anspruch auf sofortige Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands zu begründen vermöchten.

**3.6.** Damit ist die Berufung gutzuheissen und Dispositiv-Ziff. 1 des Urteils des Bezirksgerichts Luzern vom 20. April 2015 aufzuheben sowie das diesbezügliche Rechtsbegehren in Ziff. 1 der Klage vom 24. Januar 2014 abzuweisen.

**4.1.** Die Vermieterin forderte im vorinstanzlichen Verfahren von den Mietenden die Entfernung sämtlicher Pflanzen und allfälliger weiterer Gegenstände im Treppenhaus vor der Wohnungstür. Die Vorinstanz wies dieses Begehren ab und schloss, das Aufstellen der Pflanze im Treppenhaus durch die Mietenden verstosse nicht gegen mietvertragliche oder gesetzliche Bestimmungen. Sie erwog zusammengefasst, zum Gebrauchsrecht der Wohnung gehörten auch die Nutzung von Neben- und Gemeinschaftsräumen, wozu auch das Treppenhaus gehöre. Das Mitbenutzungsrecht ergebe sich meistens aus den Umständen und sei eine notwendige Folge des vereinbarten Gebrauchs an der Mietsache. Allfällige Benutzungsregelungen müssten vom Vermieter vernünftig und sachlich begründet werden können; es sei im Einzelfall abzuwägen, ob eine konkrete Vorschrift rein schikanös und unsachgemäss sei, wobei allerdings feuer- und sanitätspolizeiliche Vorschriften nicht verletzt werden dürften. Aus den Allgemeinen Bestimmungen zum Luzerner Mietvertrag, welche Bestandteil des Mietvertrages seien, sei kein Verbot der Platzierung von Pflanzen im Treppenhaus ersichtlich; ein vertragliches Verbot für das Aufstellen der Pflanze sei mithin nicht ersichtlich. Ebenso sei eine Behinderung der Rettungskräfte bei einem allfälligen Brand oder Sanitätseinsatz nicht ersichtlich, zumal sich der streitgegenständliche Kaktus in einer Nische seitlich vor der Wohnungstür der Mietenden befinde. Sodann stellte die Vorinstanz fest, dass sich beim Augenschein gezeigt habe, dass im Treppenhaus der fraglichen Liegenschaft das Lagern von persönlichen Gegenständen vor den Wohnungstüren offenbar gang und gäbe, mithin üblich sei und es sich um einen dauerhaften Zustand zu handeln scheine. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb einzig die Pflanze der Mietenden entfernt werden sollte, während das – teilweise eindeutig vertragswidrige und gegen die Brandschutzrichtlinien verstossende – Verhalten anderer Mieter toleriert werde. Auch der Vorwurf der Behinderung der Hausreinigung verfange nicht. Sodann sei nicht erkennbar, inwiefern Dritte an der Nutzung der fraglichen Nische gehindert werden könnten, da nicht ersichtlich und auch nicht dargetan sei, wie Dritte dieses Podest nützen könnten. Bei diesem Ergebnis könne offenbleiben, ob die Vermieterin das Aufstellen des Kaktus ursprünglich mündlich bewilligt habe ....

**4.2.** Die Vermieterin rügt mit ihrer Anschlussberufung eine falsche Rechtsanwendung durch die Vorinstanz. Sie macht zusammengefasst geltend, das vertragswidrige Aufstellen einer Pflanze im Treppenhaus stelle eine Verletzung von Art. 257f Abs. 1 OR dar. Mit dem Mitbenutzungsrecht am Treppenhaus könnten die Mietenden die von ihnen aufgestellte Pflanze nicht legitimieren. Das Treppenhaus diene ausschliesslich als Zugang zu den Wohnungen und nicht als Abstellraum bzw. als Raum zum Aufstellen

von Pflanzen; das Aufstellen von Pflanzen im Treppenhaus sei entgegen der Vorinstanz keine notwendige Folge des vereinbarten Gebrauchs an der Mietsache. Etwas Anderes ergebe sich auch nicht aus dem Mietvertrag, zumal das Treppenhaus den Mietenden weder vollständig noch teilweise vermietet worden sei. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz brauche es keine explizite Regelung im Vertrag oder in den Allgemeinen Bestimmungen, welche das Aufstellen von Pflanzen untersage. Der Vertrag bzw. die Umschreibung des Mietobjekts grenze das Mietobjekt ein. Alles Weitere gehöre nicht zum Mietobjekt, sondern diene höchstens der Mitbenutzung, wobei die Mitbenutzung von allgemeinen Teilen nur zu den vorgesehenen Zwecken erfolgen dürfe. Das Mitbenutzungsrecht am Treppenhaus beinhalte kein Recht, Pflanzen oder andere Gegenstände im Treppenhaus aufzustellen oder zu lagern. Durch die Nutzung der Mietenden dürfe die Mitbenutzung anderer Mieter weder vollständig noch teilweise ausgeschlossen werden; dies sei jedoch durch das Aufstellen der grossen und schweren Pflanze der Mietenden der Fall. Auch aus den allgemeinen Bestimmungen zum Luzerner Mietvertrag ergebe sich entgegen der Vorinstanz kein Recht auf Aufstellen von Pflanzen im Treppenhaus, sondern im Gegenteil ein Verbot, indem Ziff. 2.7.6 analog auch für Pflanzen gelte. Für das Aufstellen von Pflanzen stehe den Mietenden die von ihnen gemietete Wohnung samt Keller zur Verfügung. Die Vorinstanz habe sich sodann auch nicht mit der von der Vermieterin zitierten Brandschutzrichtlinie auseinandergesetzt, wonach Treppenanlagen, Korridore, Ausgänge und Verkehrswege jederzeit frei und sicher benutzbar zu halten seien und keinen anderen Zwecken dienen dürften. Unzutreffend sei ferner die vorinstanzliche Feststellung, wonach die grosse und nur mit massivem Kraftaufwand verschiebbare Pflanze der Mietenden die Rettungskräfte bei einem allfälligen Brand oder Sanitätseinsatz in keiner Weise behindern würde. Ebenfalls unrichtig seien die vorinstanzlichen Erwägungen, wonach das Lagern persönlicher Gegenstände im Treppenhaus der fraglichen Liegenschaft offenbar gang und gäbe sei und es nicht einsehbar sei, warum einzig die Pflanze der Mietenden entfernt werden sollte. Die Mietenden hätten keinen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht. Sodann liessen sich Schuhe und dergleichen bei einem Einsatz von Rettungskräften oder zwecks Reinigung leicht verschieben und wegräumen, was auf die Pflanze der Mietenden nicht zutreffe. Das Aufstellen der Pflanze sei von der Vermieterin überdies auch nie bewilligt worden, was X., Verwalter der Liegenschaft und Vertreter der Eigentümerin, bestätigen könne. Dessen Einvernahme habe die Vorinstanz aufgrund ihrer übrigen Erwägungen für nicht erforderlich gehalten.



Die Mietenden machen geltend, die Vorinstanz habe den Antrag auf Beseitigung der Kaktuspflanze zu Recht abgewiesen; die vorinstanzlichen Erwägungen seien in diesem Punkt allesamt zutreffend.

**4.3.1.** Durch den Mietvertrag verpflichtet sich der Vermieter, dem Mieter eine Sache zum Gebrauch zu überlassen, und der Mieter, dem Vermieter dafür einen Mietzins zu leisten (Art. 253 OR). Soweit der Vertrag den Gebrauch nicht näher bestimmt, gilt als vertragskonformer Gebrauch der übliche Gebrauch, d.h. der Gebrauch, den jedermann unter den gegebenen Umständen von einer wie der gemieteten Sache gewöhnlich zu machen pflegt. Der Gebrauch erstreckt sich grundsätzlich nicht bloss auf die Mietsache, sondern ebenso auf deren Zugehör und auf die Nebensachen. Ferner kann er Rechte zur Benützung nicht ausschliesslich dem Mieter überlassener Sachen umfassen (z.B. bei der Wohnungsmiete an Zugängen, an Treppen, an Aufzügen und an Gemeinschaftsräumen). Es ist auf eine objektive, der Beschaffenheit entsprechende Zweckbestimmung der Mietsache abzustellen, wobei der Ortsgebrauch zu berücksichtigen ist (HIGI, a.a.O., Art. 253 OR N 21 ff. und 257f OR N 10 f.; SVIT-KOMMENTAR, a.a.O., Art. 257f OR N 10 und Art. 253 OR N4).

Im Mietvertrag zwischen den Parteien sowie in den Allgemeinen Bestimmungen zum Mietvertrag findet sich keine Regelung betreffend das Abstellen von Pflanzen im Treppenhaus. Die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten, dass sich ein Verbot, im Treppenhaus Pflanzen zu platzieren, auch in Ziff. 2.7 der Allgemeinen Bestimmungen zum Luzerner Mietvertrag nicht findet. Gemäss dieser Bestimmung dürfen Mofas, Fahrräder, Kinderwagen und Kinderfahrzeuge ausser im eigenen Kellerabteil nur in den hierfür vorgesehenen Räumen abgestellt werden. Entgegen der Auffassung der Vermieterin kann diese Bestimmung nicht ohne weiteres auf sämtliche oder eine unbestimmte Anzahl anderer Gegenstände wie u.a. auch Pflanzen ausgedehnt bzw. analog angewendet werden; dies wird vom Wortlaut nicht erfasst und es wird von der Vermieterin auch nicht dargetan, dass diese Bestimmung von beiden Parteien bei Vertragsschluss so verstanden worden wäre.

Ein Ortsgebrauch in der Art, dass es einem Mieter grundsätzlich untersagt wäre, im Treppenhaus Sachen zu deponieren, ist sodann nicht gerichtsnotorisch und wurde von der Vermieterin weder substantiiert behauptet noch bewiesen.

Zur Beurteilung der Zulässigkeit des Abstellens der Pflanze im Treppenhaus durch die Mietenden ist folglich vom üblichen Gebrauch der Mietsache unter den konkreten Umständen auszugehen. Die Vorinstanz hat dazu anlässlich des Augenscheins festgestellt, dass in der streitgegenständlichen

Liegenschaft das Lagern von Gegenständen aller Art im Treppenhaus üblich sei. Dies wurde von der Vermieterin weder substantiiert bestritten noch widerlegt. Wenn sie diesbezüglich geltend macht, die Mietenden könnten sich nicht auf einen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht berufen, geht dies somit an der Sache vorbei, denn gemäss vorinstanzlichen Feststellungen entspricht das Abstellen von Gegenständen im Treppenhaus in der fraglichen Liegenschaft dem üblichen Gebrauch, welcher sodann auch den Mietenden zusteht.

**4.3.2.** Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass die Hausreinigung durch die aufgestellte Pflanze nicht wesentlich behindert wird. Was die Vermieterin mit ihrer Anschlussberufung diesbezüglich vorbringt, dringt nicht durch. Die Reinigung des Podests und des Fensters dürfte dadurch zwar etwas umständlicher sein, erscheint aber trotz der Pflanze noch problemlos möglich, wie aus dem vorhandenen Bildmaterial ersichtlich ist. Bei allfälligen ausserordentlichen Verunreinigungen durch die Pflanze der Mietenden hat die Vermieterin zudem gemäss Ziff. 2.7.4 der Allgemeinen Bestimmungen des Mietvertrags die Möglichkeit, von den Mietenden die Beseitigung dieser Verunreinigungen zu verlangen, wie dies die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat.

**4.3.3.** Mit der Vorinstanz ist sodann nicht erkennbar, inwiefern Dritte durch die Pflanze der Mietenden an der Nutzung der fraglichen Nische gehindert werden könnten und solches wurde von der Vermieterin auch in der Anschlussberufung nicht substantiiert bzw. konkret vorgetragen.

**4.3.4.** Dass das Aufstellen der Pflanze im Treppenhaus durch die Mietenden die Brandschutzrichtlinien verletzen würde, wie dies von der Vermieterin vorgebracht wird, ist nicht ersichtlich. Gemäss § 2 Abs. 3 des kantonalen Gesetzes über Feuerschutz (FSG; SRL 740) gelten für den vorbeugenden Brandschutz die Schweizerischen Brandschutzvorschriften VKF, welche vom zuständigen Organ gemäss Interkantonaler Vereinbarung zum Abbau technischer Handelshemmnisse (IVTH) vom 23. Oktober 1998 für verbindlich erklärt wurden. Nach § 2 der Verordnung zum Gesetz über den Feuerschutz (SRL Nr. 740a) richten sich die Brandschutzvorschriften an Eigentümer, Besitzer und Benützer von Gebäuden, Anlage und Einrichtungen sowie an alle Personen, welche diese planen, bauen, betreiben oder instand halten. Die verschiedenen Bestandteile der Brandschutzvorschriften werden in § 3 der Verordnung zum Gesetz über den Feuerschutz (SRL Nr. 740a) aufgelistet. Für die Freihaltung von Flucht- und Rettungswegen ist demnach gemäss lit. h die entsprechende Richtlinie der Schweizerischen Brandschutzvorschriften VKF anwendbar. Nach Ziff. 2.2 der geltenden

Brandschutzrichtlinie Flucht- und Rettungswege vom 1. Januar 2015, welche im Internet einsehbar ist ..., sind Flucht- und Rettungswege jederzeit frei und sicher benutzbar zu halten. Sie dürfen ausserhalb der Nutzungseinheit keinen anderen Zwecken dienen. Nach Ziff. 2.4.5 Abs. 2 der Brandschutzrichtlinie Flucht- und Rettungswege muss die Mindestbreite von horizontalen Fluchtwegen 1,2 m betragen, wie dies auch im von der Vorinstanz zitierten Merkblatt der Gebäudeversicherung festgehalten ist. Als Fluchtweg gilt der kürzeste Weg, der Personen zur Verfügung steht, um von einer beliebigen Stelle in Bauten und Anlagen an einen sicheren Ort ins Freie oder an einen sicheren Ort im Gebäude zu gelangen. Als Rettungsweg gilt der kürzeste Weg, der der Feuerwehr und den Rettungskräften als Einsatzweg zu einer beliebigen Stelle in Bauten und Anlagen dient. Fluchtwege können als Rettungswege dienen .... Die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten, dass sich der streitgegenständliche Kaktus in einer Nische seitlich von der Wohnungstür der Mietenden befindet. Dass dadurch der Flucht- oder Rettungsweg beeinträchtigt würde, ist nicht ersichtlich. Die Vorinstanz hat mithin zutreffend festgehalten, dass die Pflanze die Rettungskräfte bei einem allfälligen Brand oder Sanitätseinsatz nicht behindert ....

**4.4.** Zusammenfassend kann mit der Vorinstanz festgehalten werden, dass im Aufstellen der Pflanze im Treppenhaus durch die Mietenden kein Verstoss gegen mietvertragliche oder gesetzliche Bestimmung erblickt werden kann .... Bei diesem Ergebnis durfte die Vorinstanz auf die Einvernahme bzw. Parteibefragung von X. zum Thema, ob er das Aufstellen des Kaktus ursprünglich mündlich bewilligt hatte, verzichten. Die Anschlussberufung wird abgewiesen ....

**5.** Damit ist die Berufung gutzuheissen und die Anschlussberufung abzuweisen, was letztlich zur vollumfänglichen Abweisung der Klage führt.

(Kantonsgericht Luzern vom 25. Januar 2016 [1B 15 29])

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

### 3. Fristlose Kündigung infolge schweren Mangels

Im vorliegenden Urteil wurde ein massiver und gesundheitsschädigender Staubbefall als schwerer Mangel gemäss Art. 259b lit. a OR qualifiziert. Dieser rechtfertigt zur fristlosen Kündigung und Mietzinsherabsetzung im Umfang von 100 Prozent, sofern der Mieter den Mangel nicht selbst zu verantworten hat. Die Herabsetzungserklärung kann auch nach Beseitigung des Mangels oder nach Beendigung des Mietverhältnisses abgegeben werden. Überdies ist der Vermieter schadenersatzpflichtig, wenn der Mieter durch den Mangel einen Schaden erlitten hat. Dabei muss der Mieter das Bestehen des Mangels und den Bestand sowie den Umfang des Schadens beweisen. Das Verschulden des Vermieters wird vermutet. Ihm steht jedoch der Exkulpationsbeweis offen. Er muss also beweisen, dass ihn sowohl für die Entstehung, als auch für die verzögerte oder gänzlich unterbliebene Behebung des Mangels, kein Verschulden trifft.

#### Sachverhalt

Herr A und Frau B schlossen am 30. Juni / 3. Juli 2010 einen Mietvertrag über eine 4.5-Zimmer-Dachwohnung zu einem monatlichen Nettomietzins von Fr. 2'750.– ab. Mietbeginn war der 1. September 2010, wobei die Wohnung bereits am 16. August 2010 bezogen wurde. Die Mieter waren Erstmieter der Wohnung, die ab Bezugsbereitschaft Ende Juni 2009 bis zum Einzug der Mieter leer gestanden war. Das Übergabeprotokoll attestierte

eine mängelfreie Wohnung. Am 4. Februar 2011 trafen sich die Parteien und der Bauleiter des Vermieters in der Wohnung aufgrund einer Mängelrüge betreffend Kondensat auf dem Kochherd und Wasserspuren an einem Dachbalken. Anlässlich dieses Termins wurde der Vermieter auch auf das Auftreten von Staub in der ganzen Wohnung hingewiesen. Am 22. Februar 2011 gelangten die Mietparteien deswegen an die Verwaltung. Nach einem Augenschein schrieb diese am 24. Februar 2011 dem Bauleiter und dem Vermieter eine E-Mail und berichtete über erhebliche Staubablagerungen in der ganzen Wohnung (ebenfalls in den Kästen und Schubladen). Die Verwaltung schreibt weiter, dass die Situation unerträglich sei und bei Herrn A zu Reizhusten und brennenden Augen geführt habe und sie sich gewundert habe, dass die Mieter es so lange ausgehalten hätten, bevor sie das Problem meldeten.

## Aus den Erwägungen

### 1. Fristlose Kündigung (Art. 259b lit. a OR)

Durch einen Mietvertrag ist der Vermieter unter anderem dazu verpflichtet, dem Mieter die Sache in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und in demselben zu erhalten (Art. 256 Abs. 1 OR). Entstehen an der Mietsache Mängel, die der Mieter weder zu verantworten noch auf eigene Kosten zu beseitigen hat, oder wird der Mieter im vertragsgemässen Gebrauch der Sache gestört, kann er unter anderem verlangen, dass der Vermieter den Mangel beseitigt und den Mietzins verhältnismässig herabsetzt (Art. 259a OR). Der Mieter einer unbeweglichen Sache kann zudem den Mietzins hinterlegen (Art. 259a Abs. 2 OR). Kennt der Vermieter einen Mangel und beseitigt er ihn nicht innert angemessener Frist, so kann der Mieter gemäss Art. 259b lit. a OR fristlos kündigen, wenn der Mangel die Tauglichkeit einer unbeweglichen Sache zum vorausgesetzten Gebrauch ausschliesst oder erheblich beeinträchtigt. Die Beweislast für das Vorliegen eines Mangels trägt gemäss Art. 8 ZGB der Mieter, da dieser aus der Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache die nachfolgend zu erörternden Recht ableitet (Basler Kommentar OR I, HONSELL, VOGT, WIEGAND (Hrsg.), 5. Auflage, Basel 2011, WEBER Art. 259a N 4 f.). Zudem darf der Mangel weder vorsätzlich noch fahrlässig vom Mieter oder Personen, für die er einstehen muss, verursacht worden sein. Eine Mitverantwortung des Mieters genügt bereits zu Ausschluss der Mängelrechte. Die Mängelrechte des Mieters entstehen somit bei mittleren und schweren

Mängeln, die der Mieter nicht selbst zu verantworten hat (BSK OR I, WEBER Art. 259a N 2 f.).

Damit die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung im Sinne von Art. 259b lit. a OR erfüllt sind, muss zunächst (A.) ein **schwerwiegender Mangel** vorliegen, der (B.) **nicht vom Mieter zu vertreten** ist. Sodann muss der **Vermieter den Mangel kennen** (C.) und die angemessene **Frist zu dessen Behebung unbenutzt verstreichen lassen** (D.). Nachfolgend ist das Vorliegen dieser Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung je einzeln zu prüfen.

#### A. Schwerwiegender Mangel (Art. 258 OR)

##### 1. Definition

Art. 259b lit. a OR verlangt, dass der Mangel als schwerwiegend zu qualifizieren ist, d.h. der Mangel muss den Gebrauch der Sache ausschliessen oder erheblich beeinträchtigen. Darunter sind Mängel zu subsumieren, welche die vitalen Interessen, namentlich die Gesundheit des Mieters und seiner Familie gefährden oder die vereinbarte bzw. vorausgesetzte Nutzung der Mietsache oder wesentliche Teile davon für eine gewisse Zeit völlig verunmöglichen (BSK OR I, WEBER Art. 258 N 2).

##### 2. Staubbefall

Zur Begründung ihrer Klage machen die Mieter geltend, dass (nach hier nicht weiter interessierender Problembehandlung an der Heizung) im Mietobjekt massiver Staubbefall aufgetreten sei. Es habe sich um weisslichen, klebrigen Staub gehandelt, ...

Der Staub habe sich in der ganzen Wohnung verteilt, sei in alle Schubladen und Ritzen eingedrungen und habe Bettzeug, Kleider, Schuhe und Geschirr verschmutzt. Dieser Zustand sei von der Verwaltung des Vermieters schriftlich bestätigt worden und fotografisch belegt. Die Mieter seien in der Folge gezwungen gewesen, täglich Staubsauger- und Handreinigungen vorzunehmen, was die Mieterin der darunter liegenden Wohnung, Frau B., mit Verwunderung konstatiert habe.

...

Dass während des Mietverhältnisses übermässiger Staubbefall im Mietobjekt aufgetreten ist, kann nach dem Gesagten als unbestritten bezeichnet werden und erfordert keine weitergehenden beweismässigen Abklärungen.

##### 3. Gesundheitliche Folgen für die Mieter

...

f) Im Resultat ergibt sich folgendes Bild: Gemäss dem EMPA Prüfbericht vom 13. April 2011 wurden in den Staubablagerungen aus dem Mietobjekt

hauptsächlich die Elemente Calcium, Chlor, Kohlenstoff, Magnesium und Sauerstoff nachgewiesen. Zudem wurde in einem wässrigen Extrakt der Ablagerungen grosse Mengen Chlorid nachgewiesen. Weiter wurde festgehalten, dass der grösste Teil der Ablagerungen mit grosser Wahrscheinlichkeit aus chloridhaltigen Stoffen bestand. Der Zeuge H. [Hausarzt von B] hat der Mieterin in einem ärztlichen Zeugnis ausdrücklich bescheinigt, dass sie die Wohnung wegen staubbedingten gesundheitlichen Beschwerden verlassen müsse. Zudem führte der Zeuge H. aus, dass alle Verbindungen mit Chlor toxisch sind, sobald dieses mit Feuchtigkeit oder speziell mit Schleimhäuten in Verbindung kommt. Für ihn war es sehr wahrscheinlich, dass der Staub im Mietobjekt die Leiden der Mieterin verursacht hatte. Hinweise auf eine andere Ursache ihrer Symptome haben gefehlt und wurden nicht geltend gemacht. In dieses Bild passt, dass auch die Zeugin S. (Reinigungskraft) an ähnlichen Symptomen litt und sich deswegen bei Dr. H. in Behandlung begeben musste. Dies kann kaum ein Zufall sein, zumal auch noch der Hund der Mieter mit Juckreiz und Ekzemen zu kämpfen hatte. Es besteht kein Anlass, die Glaubhaftigkeit der Zeugenaussagen S. und H. in Frage zu stellen, zumal beide keine eigenen Interessen aus diesem Prozess haben. Insgesamt ist damit rechtsgenügend erstellt, dass der Staub in der streitgegenständlichen Wohnung gesundheitsgefährdend war, womit der Hauptbeweis der Mieter erbracht ist.

...

Jedenfalls sind die vom Vermieter angebotenen Gegenbeweise nicht geeignet, den von den Mietern erfolgreich geführten Hauptbeweis zu erschüttern. Es ist im Ergebnis davon auszugehen, dass der Staub in der streitgegenständlichen Wohnung mit Chloriden belastet und somit gesundheitsgefährdend war. Ein Mangel, der eine Gesundheitsgefährdung bewirkt, beeinträchtigt die vitalen Interessen der Mieter und ist als ein schwerwiegender Mangel zu qualifizieren.

#### B. Staubbefall von Mietern zu vertreten

...

e) Vorliegend hat der Vermieter zu beweisen, dass die Mieter den Staubbefall durch das Abkleben der Lüftungsschlitze der Zwangsbelüftung selber verursacht haben, insbesondere, indem der entstandene Unterdruck zu chloridhaltigen Ausblühungen der von den Mietern eingebrachten Möbel führte. Weiter hat der Vermieter zu beweisen, dass die bauseits verwendeten Materialien ein Entstehen von Chloriden – wie in der Wohnung der Mieter vorgefunden – verunmöglichten sowie, dass allein durch die Beseitigung der durch die Mieter vorgenommenen Abklebungen der Lüftungsschlitze und Beseitigung der Wohneinrichtung der gerügte Staubbefall verschwunden ist. Dazu nannte er Zeugen und Sachbeweismittel.

...

h) Die Würdigung der genannten Beweismittel führt zu folgendem Resultat: Dr. R. hielt in seinen Berichten fest, dass in der streitgegenständlichen Wohnung bzw. im von ihm untersuchten Staub weder Pilzbefall noch Fogging festzustellen war. Er führte (auch als Zeuge) aus, dass er keine Möglichkeit sehe, dass Chloride aus den heutigen Baustoffen herausdiffundieren. In seinem Bericht schränkte er diese Aussage insofern ein, als dies seine persönliche Meinung und nicht diejenige eines Materialkundlers sei. Zudem hält er in seinem Bericht fest, dass Fogging auch aus Einrichtungsgegenständen oder Heimtextilien herrühren könne. Vorliegend handle es sich aber nicht um Fogging. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die ihm zur Analyse vorgelegten Staubproben allesamt erst nach dem Auszug der Mieter entnommen wurden, und jedenfalls nicht zu einer Zeit, als das Staubproblem in der Wohnung noch akut war. Inwiefern dies die Resultate seiner Analyse beeinflussten, kann aber offenbleiben, da weder aus seinen Aussagen als Zeuge noch aus seinen Berichten ein kausaler Zusammenhang zwischen dem Verhalten der Mieter bzw. des von ihnen in die Wohnung eingebrachten Mobiliars und dem Staubbefall herzustellen ist.

Auch die Zeugen, welche in der streitgegenständlichen Wohnung waren, haben zwar allesamt ausgesagt, dass nach dem Auszug der Mieter und dem Entfernen der Abklebungen der Lüftungsschlitze kein Staubbefall mehr aufgetreten sei (bzw. dass in der Nachbarwohnung nie ein Staubproblem aufgetreten sei). Dies bildet zwar ein Indiz, lässt jedoch keinen zwingenden Rückschluss darauf zu, dass der Staubbefall durch ein irgendwie geartetes Verhalten der Mieter ausgelöst wurde (wie z.B. das Einbringen bestimmter "ausgasender" Möbel oder das Abkleben der Zuluftöffnungen, was einen Unterdruck in der Wohnung zur Folge hatte – die Zuluftöffnungen sind unbestrittenermassen mit einem mechanischen Schliesser ausgestattet und damit für ein Verschiessen vorgesehen). Dass der Unterdruck in der Wohnung zu Ausblühungen der Möbel geführt haben könnte, war mit den angerufenen und abgenommenen Beweismitteln ebenfalls nicht zu erstellen. Auch den Beweissatz, dass die bauseits verwendeten Materialien ein Entstehen von Chloriden, wie sie in der streitgegenständlichen Wohnung gefunden wurden, verunmöglichen würden, konnte keiner der angerufenen Zeugen bestätigen. Einzig der Zeuge R. führte in diesem Zusammenhang aus, dass nach seiner persönlichen Meinung der heutige Beton keine solchen Salze mehr enthalte. Eine Analyse über die in der Wohnung verbauten Materialien wurde aber ebenso wenig beantragt wie ein Untersuch des Daches, das gemäss EMPA-Bericht noch am ehesten in Frage gekommen wäre, Aufschluss über die Staubentwicklung zu geben. Der Vermieter trägt



vorliegend die Beweislast dafür, dass der Mangel von den Mietern zu vertreten war. Dieser Beweis ist ihm nicht gelungen, weshalb der dazu offerierte Gegenbeweis der Mieter keiner näheren Erörterung bedarf.

#### C. Kenntnis des Mangels

Der Vermieter war über das Auftreten von Staub im Mietobjekt erstmals – wenn auch allenfalls nur beiläufig – am 4. Februar 2011 in Kenntnis gesetzt worden, wie er selber einräumt. Der Zeuge W. [Bauleiter] hat freimütig bestätigt, dass er anlässlich seines ersten Besuchs (zusammen mit dem Vermieter) in der Wohnung der Mieter darauf aufmerksam gemacht wurde, dass es überall Staub in der Wohnung hatte, der auf allen Gegenständen, in Schränken und Schubladen war. Spätestens ab dem 24. Februar 2011 musste sich der Vermieter auch das Wissen der Verwalterin punkto Ausmass des Staubbefalles anrechnen lassen, nachdem diese auf Veranlassung der Mieter einen Augenschein vor Ort gemacht und ihn samt seinem Bauleiter W. via E-Mail darüber unterrichtet hatte. Die Erhebung der schriftlichen Mängelrüge vom 22. März 2011 kommt damit keine eigenständige Bedeutung mehr zu, weil bereits ab dem 24. Februar 2011 von Kenntnis des Vermieters über das Staubproblem auszugehen ist.

...

#### D. Angemessene Frist zur Behebung verstrichen

##### 1. Rechtliches

Das Recht zur Kündigung entsteht, wenn der Vermieter den Mangel kennt und die angemessene Frist zur Behebung desselben verstreichen lässt. Nicht notwendig ist indessen, dass der Mieter dem Vermieter eine angemessene Frist zu Behebung ansetzt (BGer 4C.164/1999). Die angemessene Frist beginnt bereits dann zu laufen und die Pflicht des Vermieters zur Mängelbehebung innert angemessener Frist setzt bereits dann ein, wenn der Vermieter vom Mangel Kenntnis erhält (SVIT, Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, 3. Auflage, Zürich Basel Genf 2008, Art. 259b OR N 19).

Die Beseitigung des Mangels muss bei schwerwiegenden Leistungsstörungen innert weniger Tage oder gar Stunden seit Kenntnis des Mangels erfolgen. Bei allen anderen Fällen genügt es, dass der Vermieter kurzfristig die Beseitigung des Mangels in die Wege leitet, also etwa einen Reparaturtermin festlegt. Unternimmt der Vermieter alles in seiner Macht stehende, um den Mangel zu beheben, so ist eine Kündigung ausgeschlossen (BSK OR I, WEBER Art. 259b N 7).

...

### 3. Würdigung

Vorliegend haben die Mieter den Mangel spätestens am 22. Februar 2011 der Verwaltung gemeldet. Gemäss der angesetzten Frist bis zum 18. April 2011 hätte der Vermieter fast zwei Monate (55 Tage) Zeit gehabt etwas gegen den gerügten Zustand zu unternehmen.

...

Nachforschungen zur Herkunft und Ursache des Staubbefalls hätte der Vermieter anzustellen gehabt. Auch hätte er dafür zu sorgen gehabt, dass der in casu schwere Mangel an der Mietsache, nämlich der Staubbefall, behoben wird. Diese 55 Tage Frist sind bei einem schweren Mangel eine durchaus angemessene Behebungsfrist.

Der Vermieter hat somit eine angemessene Frist zur Mängelbehebung ungenutzt verstreichen lassen. Dass die Mieter schon vor Ablauf der von ihnen gesetzten Frist die Wohnung geräumt haben, geschah wie bereits erwähnt auf ihr eigenes Risiko, das sich nun nicht verwirklicht hat.

### E. Kein Verschulden des Vermieters nötig

Schliesslich ist ein Verschulden des Vermieters am Entstehen des Mangels keine Voraussetzung des Beseitigungsanspruchs (BSK OR I, WEBER Art. 259b N 2).

### F. Zusammenfassung

Wie dargelegt, waren die strittigen Punkte A-D zu beurteilen. Im Resultat stellt sich nun insgesamt heraus, dass es den Mietern gelungen ist, einen schweren Mangel der Mietsache zu beweisen.

Der Beweis des Vermieters, dass die Mieter den Mangel zu vertreten haben, wurde hingegen nicht erbracht. Der Vermieter hat nach Kenntnisnahme des schweren Mangels die angemessene Behebungsfrist unbenutzt verstreichen lassen. Folglich sind alle Anspruchsgrundlagen für eine fristlose Kündigung durch die Mieter erfüllt und die fristlose Kündigung der Mieter vom 26. April 2011 war demgemäss gerechtfertigt.

Der Vermieter wusste ab dem 4. Februar 2011 vom Staubbefall. Dieser qualifiziert sich als schwerer Mangel, der ein Bewohnen der streitgegenständlichen Wohnung verunmöglicht bzw. unzumutbar gemacht hat. Entsprechend ist für diese Zeit eine Mietzinsreduktion von 100% gerechtfertigt, was zur Gutheissung von Ziffer 1 der Klage der Mieter führt. Der Vermieter hat die von ihnen bezahlten Mietzinse zu erstatten.

...

## **2. Art. 259e OR: Schadenersatz:**

Der Vermieter haftet dem Mieter für Schaden, den dieser infolge eines Mangels erleidet, soweit sich der Vermieter nicht exkulpieren kann.

### **A. Mangel**

Die erste Voraussetzung für einen Schadenersatzanspruch ist, dass das Mietobjekt mangelhaft ist. Auf die Schwere des Mangels kommt es grundsätzlich nicht an (SVIT Kommentar, Art. 259e N 4 f.). Wie oben ausgeführt, litt die streitgegenständliche Wohnung an einem schweren Mangel.

### **B. Schaden**

#### **1. Rechtliches**

Ein Schaden ist gemäss der allgemeinen Definition eine unfreiwillige Vermögensminderung, die in der Verminderung der Aktiven, der Vermehrung der Passiven oder im entgangenen Gewinn bestehen kann (BSK OR I, WIEGAND Art. 97 N 38). Zusätzlich muss der Schaden gemäss Art. 259e OR als Folge eines Mangels am Mietobjekt eingetreten sein (SVIT Kommentar, Art. 259e OR N 8).

Abgesehen vom Verschulden des Vermieters, das vermutet wird, trifft den Mieter für sämtliche anspruchsbegründenden Voraussetzungen des Schadenersatzes die Beweislast (BGE 107 II 429). Er hat nicht nur den behaupteten Mangel, sondern auch Bestand und Umfang des Schadens nachzuweisen. D.h. der Mieter muss dartun, dass ihm tatsächlich ein Schaden entstanden ist, und er hat dessen Umfang zu belegen (BGE 99 II 216, E. 3a).

#### **2. Parteivorbringen und Subsumption im Einzelnen**

Die Mieter machen geltend, die notwendige fristlose Auflösung des Mietverhältnisses habe ihnen beträchtliche Kosten verursacht, und zwar in Form von Reinigungs-, Installations- und Gutachterkosten, ferner Ersatzanschaffungen für durch den Staubbefall beschädigte oder nutzlos gewordene Gegenstände.

...

#### **d) Rechnung EMPA-Gutachten**

Die Mieter machten geltend, sie hätten die Kosten des EMPA-Gutachtens in der Höhe von Fr. 1'118.90 beglichen. Der Betrag sei ihnen vom Vermieter zurückzuerstatten.

Der Vermieter hielt dagegen, dass die Mieter das Gutachten in Auftrag gegeben hätten.

...

Welche Partei das EMPA-Gutachten in Auftrag gegeben hat, ist für die vorliegende Frage des Schadens und der allfällig daraus resultierenden Schadenersatzpflicht irrelevant. Relevant ist einzig, dass das EMPA-Gutachten im Hinblick auf den zu eruierenden Mangel in Auftrag gegeben wurde, weshalb vorliegend von einem adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Mangel an der Mietsache und dem entstandenen Schaden auszugehen ist. Die Mieter hätten ohne den schweren Mangel des Mietobjekts die Kosten für das EMPA-Gutachten nicht bezahlen müssen. Der Vermieter ist daher zu verpflichten, den Mietern die (im Betrag unbestrittenen und urkundlich ausgewiesenen) Kosten des EMPA-Gutachtens in der Höhe von Fr. 1'118.90 zu erstatten.

...

#### f) Kosten Hotel und Ferienwohnung

...

Nach dem bereits Gesagten können die Kosten einer Ersatzwohnung beim Vorliegen eines schweren Mangels geltend gemacht werden. Die Mieter waren in der konkreten Situation berechtigt, die Wohnung sofort zu verlassen, um eine fortdauernde Gefährdung ihrer Gesundheit zu vermeiden. Dass sie bei der Wahl der Ersatzwohnung ihre Schadensminderungspflicht vernachlässigt hätten, wurde nicht behauptet. Ebenso wurden die geltend gemachten und urkundlich ausgewiesenen Beträge für die Ersatzunterbringung nicht bestritten. Entsprechend ist der Vermieter zu verpflichten, den Mietern unter diesem Titel die Kosten für Hotel und Ferienwohnung im Umfang von Fr. 4'976.– zu ersetzen.

#### i) Reinigung Kleider und Bettwäsche

...

Die Mieter wiederum machten geltend, es gehe offensichtlich nicht um die übliche Reinigung von Kleidern und Bettwäsche.

...

Konnte der Staub in Schubladen und Schränke eindringen, ist davon auszugehen, dass auch die darin befindlichen Kleider und Bettwäsche verschmutzt worden sind. Die darum notwendig gewordene umfassende Reinigung sämtlicher Kleider und Bettwäsche überstieg fraglos die Möglichkeiten der Mieter. ... Die Kosten der Textilreinigung sind daher dem Vermieter zu überwälzen und er ist entsprechend zu verpflichten, den Mietern unter diesem Titel die geforderten und urkundlich belegten Fr. 17'219.70 zu bezahlen.

...

[Nebst den oben exemplarisch aufgeführten Positionen, wurden den Mietern Schadenersatz zugestanden für: Neuanschaffung Vorhänge, Installation Closomat, Neuinstallation Telefon, TV und Stereoanlage, Kosten für Umzug Tresor, Reinigung Teppiche und Polsterelemente, Reinigung Wohnungsinventar, Spezialreinigung elektronische Geräte und Klavier, Ersatz Möbelabdeckplatten, Kosten für die Neuanmeldung, neue Stempel, teilweise Anschaffungskosten Luftreiniger, teilweise Arztkosten Hund].

#### E. Zusammenfassung

Nach all dem Gesagten ist der Vermieter zusammenfassend zu verpflichten, den Mietern Schadenersatz in der Höhe von insgesamt Fr. 51'949.55 zu bezahlen.

Abgesehen von der eben abgehandelten Schadenersatzforderung hat der Vermieter den Mietern die bereits oben (unter III. 1. F) zusammengefassten Positionen zu bezahlen: Die Mietzinsreduktion von 100% für die Monate Februar, März und April 2011 im Gesamtbetrag von Fr. 8'250.– zuzüglich die (Verzugs-) Zinsforderungen von 5%, die urkundlich belegt sind (Schichtungsbegehren vom 12. Januar 2012 über den Teilbetrag von Fr. 5'377.75 sowie Klagebegehren über den vollen Betrag vom 14. Mai 2012).

Ausserdem ist der Vermieter zu verpflichten, den Mietern ihre Sicherheitsleistung im Betrag von Fr. 4900.– (inklusive aufgelaufenen Zinsen), ... zurückzuerstatten, nachdem fest steht, dass keine Forderung des Vermieters existiert, die gesichert werden müsste. Nach Beendigung des Mietverhältnisses haben die Mieter fraglos Anspruch auf Rückerstattung des von ihnen geleisteten Depositums, wenn seitens des Vermieters keine Forderungen offen sind.

Die Klage des Vermieters auf Zahlung der Mietzinse bis zum ordentlichen Ablauf der Kündigungsfrist ist abzuweisen, nachdem die fristlose Kündigung der Mieter zu Recht erfolgt ist.

Zum Antrag der Mieter auf Verpflichtung des Vermieters zum Rückzug und zur Löschung der gegen sie erhobenen Beteiligungen ist darauf hinzuweisen, dass eine Beteiligung nicht mehr in einer Beteiligungsauskunft erscheint, wenn der Anspruch des betreibenden Gläubigers in einem rechtskräftigen gerichtlichen Entscheid zurückgewiesen wird. "Solche gerichtlichen Entscheide ergehen gestützt auf abgewiesene Aberkennungsklagen (...). Das Begehren der Beklagten z.B. in einer Aberkennungsklage, wonach die Klägerin zu verpflichten sei, die Beteiligung zurückzuziehen, und im Beteiligungsregister löschen zu lassen, erübrigt sich angesichts von Art. 8a Abs. 3 lit. A SchKG (...). Eine förmliche Aufhebung der Beteiligung

im Urteilsdispositiv ist für die Verweigerung des Einsichtsrechts folglich nicht notwendig (BGE 125 III 336 E. 1; ...)" (BSK SchKG I, 2. Auflage, Basel 2010 – James T. Peter, Art. 8a N 19). Da die Anerkennungsklage des Vermieters abzuweisen ist, reicht in diesem Zusammenhang die Mitteilung des Entscheides (nach Eintritt der Rechtskraft) an das zuständige Betriebsamt R.

(Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 16. Februar 2015 [MA120001], vgl. auch BGE 142 III 557 [4A\_647/2015 und 4A\_649/2015])

## Art. 263 CO

# 4. Transfert de bail

**Un prix de vente excessif, vu l'absence d'exploitation depuis plusieurs mois, peut être considéré comme un pas-de-porte, ce qui justifie le refus de l'accord au transfert. En outre, la solvabilité des repreneurs demeure incertaine, si bien qu'un prix de vente est propre à compromettre la réussite de la société, financièrement vulnérable parce qu'en cours de constitution. Ce risque est d'autant plus important que les repreneurs auraient d'emblée dû déboursier un montant considérable pour reprendre le fonds de commerce de l'établissement.**

### Exposé des faits

Les parties sont liées par un contrat de bail à loyer portant sur la location d'une arcade de 54 m<sup>2</sup> sise rue Michel-Chauvet à Genève, destinée à l'usage d'un restaurant de cuisine traditionnelle française.

En 2015, une locataire de l'immeuble dont l'appartement se situe juste au-dessus de l'arcade s'est plainte à plusieurs reprises des locataires de l'établissement (diffusion de musique à un haut niveau sonore, odeurs de nourriture, etc.). En parallèle, cette locataire s'est plainte auprès de la bailleuse. Il s'en est suivi une résiliation de bail, contestée devant le Tribunal qui a déclaré inefficace le congé, jugement confirmé par arrêt de la Cour de justice du 18 mars 2013. En cours de procédure, le Service de l'environnement des entreprises a rendu une décision le 15 novembre ordonnant aux locataires de procéder à l'assainissement phonique de l'établissement.

Le 23 février 2012, toujours en cours de procédure de contestation de congé, les locataires ont proposé à la bailleresse le transfert du bail, en lui présentant trois candidats à une reprise éventuelle. Tous trois ont été refusés par la bailleresse. Les locataires ont décidé de leur plein gré de restituer les locaux au 30 juin 2014.

Par requête du 18 décembre 2014 par-devant la Commission de conciliation en matière de baux et loyers, puis portée devant le Tribunal des baux et loyers le 5 mars 2015, les locataires ont conclu à ce que le Tribunal constate l'illicéité du/des refus du transfert de bail, condamne la bailleresse à leur verser la somme de fr. 210'779.- avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> août 2012.

Par jugement du 9 décembre 2015, le Tribunal des baux et loyers a débouté les locataires de leur demande en paiement. Ceux-ci ont interjeté appel du jugement en temps utile.

## Extrait des considérants

**2.1.** Le locataire d'un local commercial peut transférer son bail à un tiers avec le consentement écrit du bailleur. Le bailleur ne peut refuser son consentement que pour de justes motifs (art. 263 al. 1 et 2 CO). Lorsque les conditions légales sont remplies, le bailleur ne peut pas s'opposer au transfert du bail commercial. L'article 263 CO instaure ainsi une obligation pour le bailleur de conclure un contrat avec le bénéficiaire du transfert (LACHAT, *Le bail à loyer*, p. 583). Cependant, toutes les circonstances objectives et subjectives qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'imposer au bailleur une relation contractuelle avec le bénéficiaire du transfert doivent être considérées comme de justes motifs : insolvabilité du bénéficiaire du transfert, prix de la remise de commerce exagéré et compromettant la solvabilité du bénéficiaire du transfert, incapacité professionnelle ou moralité douteuse du bénéficiaire, bail conclu intuitu personae, projet de modification importante de la destination des locaux. Ne constituent pas de justes motifs la proximité de l'échéance du bail ou le fait que celui-ci est en phase de prolongation judiciaire (LACHAT, n. 6, ad art. 263 CO).

La notion de justes motifs est plus large que celle des "inconvenients majeurs" permettant au bailleur de s'opposer à la sous-location (art. 262 al. 2 let. c CO) : les Chambres ont modifié le projet du Conseil fédéral, qui évoquait des "inconvenients considérables" (FF 1985 I p. 1425), pour rétablir le concept de "justes motifs" (BARBEY, *Le transfert du bail commercial*, SJ 1992 p. 33 ss, not. p. 52/53 n. 38; BO CE 1988 p. 158 cité par LACHAT, *Le bail à loyer*, 2008, ch. 23 n. 3.3.7, note 134). Le transfert de bail a en effet



pour conséquence d'imposer au bailleur un partenaire contractuel qu'il n'a pas choisi alors même que le locataire cédant sera à terme (art. 263 al. 4 CO) libéré de ses obligations envers le bailleur (JACQUEMOUD-ROSSARI, *Le transfert du bail commercial*, 8<sup>ème</sup> séminaire Neuchâtel 1994, p. 12). Il y a de justes motifs dès qu'il y a un risque de détérioration de la situation du bailleur (LACHAT, *op. cit.*, ch. 23 n. 3.3.7). Pour déterminer s'il y a justes motifs, il convient généralement de faire appel aux mêmes critères que ceux qui permettent de déterminer si un locataire de remplacement peut raisonnablement être refusé au sens de l'art. 264 CO.

Le bailleur peut notamment refuser son consentement lorsque le montant de la remise du commerce est exagéré et aurait pour conséquence de compromettre la solvabilité du bénéficiaire du transfert (ZMP 1998 n. 6, consid. 3.5.b et 7, et 7) ou si le transfert est lié à une opération de pas-de-porte abusive (WEBER, *Commentaire bâlois*, 4<sup>ème</sup> éd., 2007, n. 5 ad art. 263 CO).

Selon certains auteurs, le bailleur peut également refuser son consentement si le bail est proche de son terme (BARBEY, *op. cit.*, p. 56) ou bien s'il a déjà été résilié et prolongé judiciairement (HIGI, *Commentaire zurichois*, n. 19 art. 263 CO; GIGER, *Die Erstreckung des Mietverhältnisses*, Zurich, 1995, p. 142-143).

Pour d'autres, le fait que le bail soit proche de son terme ou qu'il ait été résilié ne constitue pas de justes motifs au sens de l'art. 263 CO. Le bénéficiaire se trouve en effet dans la même situation que le transférant et doit donc libérer les locaux à la date résultant du congé ou de la prolongation judiciaire du bail (LACHAT, *op. cit.*, p. 587; JACQUEMOUD-ROSSARI, *Le transfert du bail commercial*, in 8<sup>ème</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1994, p. 13-14).

La question se résout de cas en cas, au regard de l'ensemble des circonstances, les motifs peuvent porter, par exemple, sur la personne du reprenant, comme sa solvabilité ou celle du bailleur, mais également sur des éléments relatifs au bail lui-même et à son affectation. Ainsi, la notion de justes motifs recouvre aussi bien des motifs objectifs ayant trait au bail que des raisons liées aux personnes (Cpra Bail-BISE/PLANAS, art. 263 n. 45; ATF 119 II 36 consid. 3d).

Le bailleur peut ainsi refuser un transfert lorsque le candidat ne dispose pas des autorisations officielles nécessaires à l'activité commerciale déployée dans les locaux, lorsque le montant du loyer est trop élevé pour qu'il puisse raisonnablement l'honorer ou que son insolvabilité est prouvée, lorsque le candidat est de moralité douteuse, lorsqu'il entend déployer une activité illicite ou immorale dans les locaux ou n'entend pas utiliser les locaux conformément à l'affectation prévue dans le bail, etc. (BOHNET/MONTINI,

Droit du bail à loyer, n. 44, 50 ss ad art. 263 CO; LACHAT, op. cit., p. 586-587). Le bailleur peut demander au transférant de lui fournir les renseignements lui permettant de se prononcer en toute connaissance de cause. Il peut notamment exiger la production du contrat de remise de commerce. A cet égard, le bailleur ne pourra toutefois refuser son consentement que lorsque le montant de la remise de commerce est exagéré et aurait pour conséquence de compromettre la solvabilité du tiers (LACHAT, op.cit., p. 585; BOHNET/MONTINI, op. cit., n. 38 et 51 ad art. 263).

La solvabilité du candidat de remplacement, au sens de l'art. 264 CO - respectivement au sens de l'art. 263 CO par analogie (arrêt du Tribunal fédéral 4C.246/2003 du 30 janvier 2004 consid. 4) - est une notion, juridique propre au contrat de bail, qui doit être déterminée en fonction des circonstances du cas d'espèce et ne peut reposer sur des principes rigides. Elle ne peut notamment être interprétée uniquement au regard du droit des poursuites (Cpra Bail-BISE/PLANAS, art. 264 n. 43). Dans ce contexte, toutes les autres sources de revenus du candidat doivent être prises en considération, ceci quelle que soit leur origine. La personne qui a fait l'objet d'actes de défaut de biens n'est par définition pas solvable. Quant aux mentions dans le registre des poursuites, elles peuvent constituer un indice d'insolvabilité mais ne permettent pas d'écarter d'emblée, sans examen approfondi, un candidat. Il sied enfin de souligner que la condition de solvabilité du locataire implique non seulement le paiement de l'intégralité du loyer convenu, mais également son versement au terme légal stipulé. Du point de vue du bailleur, la ponctualité dans le versement du loyer constitue en effet un élément capital pour le choix d'un locataire, à plus forte raison d'ailleurs lorsqu'il doit se laisser imposer, indirectement en tout cas, quelqu'un qu'il n'a pas choisi (Cpra Bail-BISE/PLANAS, art. 264 n. 49) (Cahiers du bail, n. 3, septembre 2015, pp. 79 et 80).

Si le bailleur ne donne pas de réponse ou si, sans juste motif, il refuse son consentement, il appartient au locataire de saisir le juge en se plaignant du caractère injustifié du refus et pour lui demander d'autoriser le transfert et, s'il subit un préjudice, de condamner le bailleur à des dommages-intérêts découlant du préjudice né de l'annulation ou de la résolution du contrat de remise de commerce (art. 97 ss CO, ATF 125 III 229; SJ 1992, p. 57-58). Il incombe au bailleur de prouver l'existence d'un juste motif de refus (ACJC/557/2010 du 17 mai 2010).

**2.2** En l'espèce, les parties ont défini de manière exhaustive les justes motifs qui peuvent être invoqués par le bailleur dans ce cadre, et l'absence de contrat de remise de commerce n'y figure pas.

En effet, le contrat de bail relatif à la location des bureaux signé entre les parties prévoit à son art. 4 al. 4 que "*le bailleur ne peut s'opposer au transfert que pour de justes motifs au sens de l'art 263 CO. Constituent notamment des justes motifs les cas suivants :*

- a) le bénéficiaire du transfert exerce un genre d'activité différent de celui du transférant et susceptible d'engendrer des nuisances accrues ou de créer une situation de concurrence directe avec un autre locataire de l'immeuble;*
- b) le bénéficiaire du transfert ne possède pas les capacités morales ou professionnelles nécessaires ou suffisantes à l'exploitation prévue;*
- c) le bénéficiaire du transfert ne possède pas les capacités financières lui permettant d'assumer les obligations découlant du [contrat de bail]*
- d) le montant du transfert est abusif, notamment lorsqu'il est fixé en fonction de la capitalisation de la différence existant entre le loyer du transférant et le loyer du marché pour un objet similaire ou si l'équipement ou les installations reprises le sont à un montant injustifié".*

**2.3** Le bailleur doit motiver son refus de consentir au transfert de bail (LACHAT, *Le bail à loyer*, p. 587).

L'art. 263 al. 1, 2, 3 et 4 1<sup>ère</sup> phrase CO est de droit absolument impératif. En conséquence, une clause interdisant le transfert de bail ou le limitant au-delà des justes motifs est nulle (LACHAT, *op. cit.*, p. 591).

En cas de transfert de bail valable, le locataire reprenant prend la place du locataire précédent dans le rapport contractuel (ATF 139 III 353 consid. 2.1.1; WEBER, in *Basler Kommentar, Obligationenrecht*, vol. I, 5<sup>ème</sup> éd. 2011, n. 6 ad art. 263 CO; HIGI, *Zürcher Kommentar*, 4<sup>ème</sup> éd. 1994, n. 44 ad art. 263 CO; LACHAT, *op. cit.*, p. 588 ch. 3.4.1).

...

#### **2.4 ...**

La troisième demande de transfert de bail a été refusée pour quatre motifs.

En premier lieu, la bailleuse a invoqué le fait que les repreneurs voulaient étendre les heures d'ouverture à 23 heures, alors que le contrat prévoyait expressément une fermeture à 22 heures. Par avenant du 23 janvier 2014, les repreneurs se sont toutefois engagés à respecter les horaires d'ouverture prévus dans le bail, de sorte que ce motif tombe à faux.

En deuxième lieu, la bailleuse a relevé que la solvabilité des repreneurs était insuffisante, dans la mesure où leurs revenus ne se situaient pas à des niveaux tels qu'il soit exclu qu'ils puissent être déclarés insaisissables au terme d'une procédure de saisie et dans la mesure où la solvabilité de la société P \_\_\_\_\_ ne pouvait être appréciée puisqu'elle était encore en cours

de constitution. Afin de garantir le paiement, les repreneurs ont proposé l'ajout d'un troisième repreneur, solidaire avec les deux autres acquéreurs et la société. La bailleresse a derechef refusé le transfert au motif que le troisième repreneur potentiel ne serait pas une garantie suffisante en raison de son revenu mensuel de 5'600 fr. Le loyer s'élève à 1'773 fr. charges comprises, ce qui représente près de 32 % du revenu de 5'600 fr., proposé à titre de garantie. Trois mois de retard de loyer auraient ainsi absorbé 100% du revenu mensuel du garant, ce qui ne permet effectivement pas de considérer qu'il présentait une surface financière permettant de garantir les obligations découlant du bail. La société P \_\_\_\_\_ étant en cours de constitution, sa solvabilité ne peut être ni correctement appréciée, ni estimée, et reste incertaine. Dès lors, avec ces repreneurs, la bailleresse ne disposait objectivement pas des mêmes garanties financières qu'elle avait avec les appelants. Par conséquent, elle a refusé le transfert du bail pour de justes motifs et n'a pas violé l'art. 263 CO.

Troisièmement, la bailleresse a également reproché aux locataires le fait que le montant qu'ils sollicitaient pour la remise de leur fonds de commerce était excessif et susceptible de compromettre la solvabilité des repreneurs. Par avenant du 23 janvier 2014, le prix de vente a toutefois été diminué de 180'000 fr. à 110'000 fr. Malgré tout, la bailleresse a réitéré son refus, au motif que même abaissé à 110'000 fr. le prix de vente demeurerait excessif vu l'absence d'exploitation depuis plusieurs mois. En d'autres termes, la propriétaire a considéré que ce prix constituait en réalité un pas-de-porte, ce, qui justifiait le refus de l'accord au transfert. En outre, la solvabilité des repreneurs demeure incertaine, si bien qu'un montant de 110'000 fr. est propre à compromettre la réussite de la société P \_\_\_\_\_, financièrement vulnérable parce qu'en cours de constitution. Ce risque est d'autant plus important que les repreneurs auraient d'emblée dû déboursier un montant considérable pour reprendre le fonds de commerce de l'établissement. Ainsi, le fait pour les repreneurs de devoir déboursier une somme importante pour la remise du fonds de commerce, alors que la viabilité du commerce n'est en rien avérée puisqu'aucune activité n'était plus déployée depuis des mois, constitue un élément supplémentaire de nature à fragiliser la stabilité financière d'une société naissante. La bailleresse se trouvait dès lors en droit de refuser le transfert du bail.

Finalement, la bailleresse a invoqué le fait que les repreneurs projetaient d'ouvrir un restaurant italien, en contradiction absolue avec la destination des locaux prévue par le contrat de bail. A ce propos, la Cour de justice, dans son arrêt du 18 mars 2013 opposant les mêmes parties, a relevé que l'activité des locataires consistant à proposer un concept de bar à vins, axé sur des charcuteries et « tapas » accompagnant des vins, servis néanmoins

à table, en plus des repas cuisinés à midi et le soir, n'était pas essentiellement différente d'une cuisine traditionnelle, et ne pouvait être assimilée à une entorse aux règles contractuelles, « *ce d'autant moins que la bailleresse avait antérieurement toléré des précédents locataires une restauration italienne, puis une crêperie avec les mêmes clauses de bail* ». Partant, il ne s'agissait pas là d'un motif valable pour refuser le transfert de bail.

Par conséquent et au vu de ce qui précède, c'est à juste titre que la bailleresse a refusé la troisième demande de reprise de commerce, au motif que la solvabilité des repreneurs était insuffisante. Ainsi, l'art. 263 CO n'a pas été violé.

(Arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des baux et loyers, du 16 janvier 2017 [C/2634/2014])

Art. 264 CO

Art. 9 CCR

## 5. Restitution anticipée de la chose louée

**La dernière version du contrat-cadre romand, entré en vigueur en juin 2014, prévoit à l'art. 9 deux premiers alinéas distincts, le premier se rapportant à la résiliation anticipée, et le second prévoyant le préavis y relatif. Ainsi, la formulation du second alinéa « Dans un tel cas, le locataire doit respecter au minimum un préavis d'un mois » se rapporte à l'alinéa précédent dans son entier, soit à la résiliation anticipée de manière générale et non pas seulement dans le cas où le bailleur s'oppose à la candidature du locataire de remplacement qui lui est présenté.**

### Exposé des faits

Les parties sont liées par un contrat de bail à loyer du 14 octobre 2014, portant sur la location d'un appartement de 3,5 pièces au 1<sup>er</sup> étage d'un immeuble sis av. de Ch. à Genève. Le contrat a été conclu pour une durée d'un an et quinze jours, soit du 16 octobre 2014 au 31 octobre 2015.

Par courrier du 15 mai 2015 la locataire a résilié le contrat de bail de manière anticipée pour le 31 mai 2015, en présentant un dossier de locataires de remplacement solvables et prêts à reprendre l'appartement en l'état dès le 1<sup>er</sup> juin 2015.

Le 18 mai, la régie a accusé réception de la résiliation du bail. Elle a indiqué au locataire qu'elle pourrait la libérer de ses obligations contractuelles moyennant un préavis d'un mois à partir de la présentation du dossier d'un candidat acceptable.

La locataire a fait valoir que la bailleuse était tenue d'accepter son congé pour le 31 mai 2015 et non pas au 30 juin 2015, dans la mesure où les locataires de remplacement présentés remplissaient toutes les conditions requises pour la reprise de l'appartement au 1<sup>er</sup> juin 2015.

Le 11 juin 2015, la régie a informé la locataire que l'appartement avait été reloué à partir du 16 juin 2015 et qu'elle était libérée de ses obligations contractuelles au 15 juin 2015. L'état des lieux de sortie a été fixé au 16 juin 2015. La locataire a contesté devoir le loyer au-delà du 31 mai 2015, date à laquelle elle avait restitué les clés de l'appartement.

Par requête déposée le 17 juillet 2015 par-devant la Commission de conciliation en matière de baux et loyers, déclarée non conciliée le 28 septembre 2015 et portée devant le Tribunal des baux et loyers le lendemain, la locataire a conclu notamment à ce que la bailleuse soit condamnée à lui payer fr. 1'132.50 au titre de loyer non dû du 1<sup>er</sup> au 15 juin. Par jugement du 20 juillet 2016, le Tribunal des baux et loyers a débouté la locataire de ses conclusions. Par acte du 23 août 2016, la locataire a formé recours contre ce jugement.

## **Extrait des considérants**

### **2.1**

...

En Suisse romande, le Contrat-cadre romand de baux à loyer (CCR), applicable à tous les baux à loyers d'habitation, prévoit des dispositions paritaires déclarées de force obligatoire générale par arrêté du Conseil fédéral du 20 juin 2014 pouvant ainsi déroger aux dispositions impératives du code des obligations (art. 1 à 3 de l'arrêté du Conseil fédéral 20 juin 2014 relatif à la déclaration de force obligatoire générale du contrat-cadre romand de baux à loyer et à la dérogation aux dispositions impératives du droit du bail).

Selon l'art. 9 al. 1 CCR, lorsque le locataire restitue la chose louée sans observer le délai ou terme de congé, il doit aviser le bailleur par écrit en indiquant la date de restitution de la chose et il doit présenter au moins un locataire solvable et disposé à reprendre le bail aux mêmes conditions à la date de restitution indiquée par le locataire. Si le bailleur a des objections

fondées contre le candidat, il doit sans délai indiquer au locataire les motifs de son refus.

Dans un tel cas, le locataire doit respecter au minimum un préavis d'un mois pour le 15 ou la fin du mois (art. 9 al. 2 CCR).

En aucun cas, le bailleur ne peut être tenu d'accepter de conclure avec la personne proposée par le locataire, étant précisé que ce dernier est alors libéré (art. 9 al. 3 CCR).

Certains auteurs de doctrine ont confirmé qu'en cas de restitution anticipée concernant un logement situé en Suisse romande, un préavis d'au minimum un mois pour le 15 ou la fin d'un mois devait être respecté en application du CCR, étant précisé que ce délai commence à courir le jour où le locataire informe le bailleur de son intention de restituer de manière anticipée la chose louée et présente un candidat de remplacement (SULLIGER/ANSERMET, in Cahier du bail n° 4/décembre 2002, p. 108; BISE/PLANAS, Droit du bail à loyer, Commentaire pratique, 2010, BOHNET/MONTINI [éd.], n. 29 ad. art. 264 CO; LACHAT, le bail à loyer, 2008, p. 612).

**2.2** En l'espèce, le contrat de bail ne prévoit rien en cas de résiliation anticipée et les Conditions générales et Règles et usage locatifs auxquelles il renvoie ne sont pas produites à la procédure. Cela étant, l'application du Contrat-cadre romand n'est à juste titre pas remise en cause. A cet égard, la recourante se livre à sa propre interprétation en considérant que le préavis d'un mois prévu à l'art. 9 CCR ne s'appliquerait que dans l'hypothèse où le bailleur soulève des objections fondées contre le candidat présenté par le locataire à l'appui d'une résiliation anticipée. Ce raisonnement ne trouve aucun appui, ni dans la jurisprudence, ni dans la doctrine. De plus, il ne saurait être suivi au vu de la systématique de la loi. En effet, la dernière version du contrat-cadre romand, entré en vigueur en juin 2014, prévoit expressément à l'art. 9 CCR deux premiers alinéas distincts, le premier se rapportant à la résiliation anticipée, avec et sans acceptation du bailleur, et le second prévoyant le préavis y relatif. Ainsi, la formulation du second alinéa "Dans un tel cas, le locataire doit respecter au minimum un préavis d'un mois [...]" se rapporte à l'alinéa précédent dans son entier, soit à la résiliation anticipée de manière générale et non pas seulement dans le cas où le bailleur s'oppose à la candidature du locataire de remplacement qui lui est présentée. Cette application est d'ailleurs confirmée par les auteurs de doctrine romands.

Contrairement à l'avis de la recourante, l'application du préavis d'un mois ne vide pas pour autant de sa substance l'obligation du bailleur d'indiquer



sans délai au locataire les motifs en cas de refus du candidat de remplacement, puisque le délai de résiliation commence à courir dès le moment où le locataire informe le bailleur de son intention de résilier et lui présente un candidat de remplacement objectivement acceptable. Ainsi, les motifs de refus du bailleur permettent au locataire de trouver, cas échéant, rapidement un autre candidat si le précédent ne remplit pas les exigences requises. La recourante ayant annoncé sa résiliation et présenté les locataires de remplacement le 18 mai 2015, ce point n'étant pas contesté, les délai et terme de résiliation sont arrivés à échéance fin juin 2015.

Au vu de ce qui précède, c'est à bon droit que le Tribunal a considéré que la recourante était libérée de ses obligations contractuelles au 30 juin 2015, respectivement au 15 juin 2015 compte tenu de la relocation intervenue à compter de cette date.

(Arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des baux et loyers, du 6 mars 2017 [C/14897/2015])

## Art. 266 CO

# 6. Succession de baux de durée déterminée

**Le fardeau de la preuve d'une fraude à la loi commise par la conclusion de contrats en chaîne incombe au locataire. Il n'est pas contradictoire de retenir à la fois une intention des bailleuses de vendre leurs biens et le fait qu'elles avaient besoin du revenu de la location pour payer les charges de la copropriété et couvrir leurs frais de subsistance. La volonté de vendre un bien n'implique pas la renonciation à percevoir le produit de sa location avant cette vente.**

### Exposé des faits

Les parties sont liées depuis le 19 décembre 2011 par un contrat de bail à loyer portant sur la location d'un studio et d'un appartement de 4 pièces situés au 4<sup>ème</sup> étage d'un immeuble sis à Chêne-Bougeries.

Le contrat, intitulé « bail à loyer 2 ans fixe/vente — location avec option vente » prévoit un bail à terme fixe de deux ans commençant le 19 décembre 2011 et se terminant le 18 décembre 2013.

Le 19 décembre 2013, un nouveau contrat de bail à loyer a été conclu entre les parties pour une durée fixe de trois mois, soit jusqu'au 19 mars 2014. Les bailleuses ont assuré un droit d'option d'achat pour les deux appartements au locataire ; aucun avis de fixation du loyer n'a été remis au locataire. Le 18 février 2014, les parties ont conclu un nouveau contrat de bail à loyer portant toujours sur les deux mêmes logements, pour une durée dé-

terminée de cinq mois, soit jusqu'au 19 juin 2014. Les bailleuses assuraient toujours au locataire un droit d'option d'achat pour les deux appartements, ce dernier devant acheter lesdits appartements avant l'échéance du bail ; aucun avis de fixation de loyer n'a été remis au locataire.

Le 21 mars 2014, le locataire a formé par devant la Commission de conciliation en matière de baux et loyers une demande en constatation de la durée indéterminée du bail, ainsi qu'une demande subsidiaire de prolongation de bail et une demande en fixation de loyer. Non conciliées, les causes ont été portées devant le Tribunal des baux et loyers le 4 juin 2014.

Par jugement du 4 novembre 2016, le Tribunal des baux et loyers a notamment constaté que les parties avaient été liées par trois contrats de bail à loyer de durée déterminée. Le locataire a interjeté appel de cette décision en temps utile.

## Extrait des considérants

**5.** L'appelant reproche au Tribunal de n'avoir pas qualifié la relation contractuelle qui le liait aux intimées de contrat à durée indéterminée.

**5.1** Comme le contrat de travail, le bail à loyer peut être conclu pour une durée déterminée ou indéterminée. Il est de durée déterminée lorsqu'il doit prendre fin, sans congé, à l'expiration de la durée convenue (art. 255 al. 1 et 2 et art. 266 al. 1 CO); si un tel bail est reconduit tacitement, il devient un contrat de durée indéterminée (art. 266 al. 2 CO; ATF 139 III 145 consid. 4.2).

La loi ne contient aucune disposition interdisant de conclure successivement plusieurs baux à durée déterminée. A l'instar de l'art. 334 CO pour le contrat de travail, l'art. 266 al. 2 CO envisage expressément une reconduction tacite du bail à durée déterminée et présume que le nouveau contrat est de durée indéterminée; rien n'empêche toutefois les parties de convenir d'un nouveau contrat à terme. Cela étant, la conclusion successive de baux à durée déterminée peut aboutir globalement au même résultat qu'un contrat de durée indéterminée résiliable; il faut rechercher dans quelle mesure la première construction juridique est susceptible d'éluider des dispositions impératives protégeant le locataire (ATF 139 III 145 consid. 4.2.2).

La conclusion successive de baux à durée limitée peut permettre au bailleur d'échapper à des règles impératives conférant des droits au locataire, telles les règles contre les loyers abusifs, ou contre les congés abusifs. L'on en vient donc à la conclusion qu'il est sur le principe licite d'enchaîner des

baux de durée déterminée, sous réserve d'une fraude à la loi. Commet une telle fraude le bailleur qui, en soi, a l'intention de s'engager pour une durée indéfinie, mais opte pour un système de baux à durée déterminée aux seules fins de mettre en échec des règles impératives. S'il est vrai que le système des contrats en chaîne est susceptible de procurer des avantages importants au bailleur, l'on ne saurait postuler l'illicéité de principe d'un tel procédé, alors que la loi ne l'interdit nullement. La partie qui entend faire appliquer la norme éludée - soit en l'occurrence le locataire - doit établir l'existence d'une fraude à la loi. Il n'est pas aisé de tracer la frontière entre le choix consensuel d'une construction juridique offerte par la loi et l'abus de cette liberté, constitutif d'une fraude à la loi. Répondre à cette question implique une appréciation au cas par cas, en fonction des circonstances d'espèce (ATF 139 III 145 consid. 4.2.4).

La loi ne requiert aucun motif particulier pour conclure un bail de durée déterminée et n'interdit pas d'enchaîner deux ou plusieurs baux de ce type. Il s'agit bien plutôt de rechercher si les faits recueillis conduisent à la conclusion que le bailleur a mis en place un système qui ne s'explique que par la volonté de contourner des règles impératives. Le fardeau de la preuve incombe au locataire; le bailleur n'a pas à établir un intérêt spécial à conclure des baux de durée déterminée (ATF 139 III 145 consid. 4.3.2).

**5.2** En l'espèce, le Tribunal a retenu que les intimées souhaitent vendre leurs biens et que les brèves prolongations successives du bail avaient été faites dans cette perspective. L'on ne discernait pas qu'elles eussent souhaité éluder des dispositions légales. D'ailleurs la volonté des parties de pérenniser leur relation contractuelle n'était pas établie.

L'appelant critique ce raisonnement. Selon lui, le fardeau de la preuve reposait sur les bailleuses à qui il incombait de démontrer la réalité des motifs justifiant une succession de baux de durée déterminée. En outre, se référant à l'avis d'un juge fédéral lors d'une délibération orale, il estime que laisser un bailleur conclure des baux en chaîne était de nature à mettre en péril la paix du logement. L'intention de vendre des bailleuses violait l'interdiction du congé-vente (art. 271a al. 1 let. c CO), car elles souhaitent conserver la possibilité de vendre leurs biens en concluant des baux successifs de durée déterminée.

L'argumentation de l'appelant tombe à faux, dès lors que, selon la jurisprudence, le fardeau de la preuve d'une fraude à la loi commise par la conclusion de contrats en chaîne incombe au locataire. Il ne pouvait être exigé des bailleuses de fournir des preuves de l'absence d'intention de contourner

les dispositions légales protégeant les locataires, ce qui reviendrait à introduire une présomption de fraude précisément rejetée par le Tribunal fédéral.

Il n'est de surcroît pas contradictoire de retenir à la fois une intention des bailleuses de vendre leurs biens et le fait qu'elles avaient besoin du revenu de la location pour payer les charges de la copropriété et couvrir leurs frais de subsistance. La volonté de vendre un bien n'implique pas la renonciation à percevoir le produit de sa location avant cette vente.

En outre, il ne saurait être question d'un congé-vente puisque le locataire n'a jamais été placé dans la position d'être menacé d'une résiliation du contrat s'il n'achetait pas. Au contraire, malgré l'absence d'offre d'achat, le bail a été reconduit à deux reprises. À ce titre, il n'est pas, par principe, abusif pour un bailleur qui a l'intention de céder son bien immobilier de choisir la conclusion d'un bail à durée déterminée afin de favoriser ce projet. Le locataire ne peut pas de bonne foi prétendre qu'il ignorait la situation, dès lors que le bail initial prévoyait expressément la possibilité d'une vente des biens immobiliers.

Le locataire ne se prévaut d'aucun autre élément concret permettant de considérer comme réunies les conditions d'une fraude à la loi, donc de la conclusion d'un contrat à durée indéterminée sous couvert de contrats successifs à durée déterminée, alors qu'il en supportait le fardeau de la preuve. La décision du Tribunal est dès lors conforme au droit, les contrats à durée déterminée conclus par les parties étant valables en tant que tels.

Les griefs de l'appelant sur ce point sont également infondés.

(Arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des baux et loyers, du 18 septembre [C/5914/2014])

## Art. 267 Abs. 1, 267a Abs. 1 OR

# 7. Mängel bei der Wohnungsabnahme

**Im nachfolgenden Urteil erläutert das Bezirksgericht den Unterschied zwischen der ordentlichen und ausserordentlichen Abnutzung der Mietsache. Zudem verweist es auf die Notwendigkeit einer klaren Benennung der geltend gemachten Mängel bei einer ausserordentlichen Abnutzung sowie deren prompte Mitteilung und geht auch auf die Reichweite der Endreinigung ein.**

### Sachverhalt

Die Parteien schlossen am 30. Juni 2011 einen unbefristeten Mietvertrag über eine 3 ½ –Zimmerwohnung ab, welcher von der Mieterin am 27. September 2012 gekündigt wurde. Anlässlich der Wohnungsabgabe vom 30. Oktober 2012 erstellte die Vermieterschaft ein Mängelprotokoll, das der Mieterin zwar ausgehändigt, von dieser aber nicht unterzeichnet wurde. Mit schriftlicher Mängelrüge vom 2. November 2012 machte die Vermieterschaft gegenüber der Mieterin diverse Schäden an der Mietsache aufgrund unsachgemässen Gebrauchs geltend und forderte mit Schreiben vom 4. Februar 2013 die Zahlung der Reparaturkosten in Höhe von Fr. 1'791.50. Am 4. Dezember 2013 betrieb die Vermieterschaft die Mieterin für den Betrag von Fr. 1'791.50, wogegen die Mieterin am 5. Dezember 2013 Rechtsvorschlag erhob. Mit Gesuch vom 31. Januar 2014 leitete die Vermieterschaft bei der Schlichtungsbehörde Miete und Pacht des Kantons Luzern

eine Schlichtungsverhandlung ein. Da die Parteien an der Schlichtungsverhandlung vom 25. Juni 2014 keine Einigung erzielen, wurde der Vermieterschaft gleichentags die Klagebewilligung ausgestellt. Am 13. August 2014 reichte die Vermieterschaft Klage beim Bezirksgericht Hochdorf ein.

## Aus den Erwägungen

3.2. Am Ende des Mietverhältnisses muss der Mieter dem Vermieter die Mietsache in dem Zustand zurückgeben, der sich aus dem vertragsgemässen Gebrauch ergibt (Art. 267 Abs. 1 OR). Da der Mieter berechtigt ist, die Mietsache ihrem Zweck entsprechend zu nutzen (in den Mietverträgen ist in der Regel von "Wohnzwecken" die Rede), haftet er bei seinem Auszug jedoch nur für den vertragswidrigen resp. unsorgfältigen Gebrauch (RONCORONI, Mietrecht für die Praxis, 9. Aufl., 2016, S. 876 f., Kap. 31 Ziff. 7.1). Mit anderen Worten kann ihm eine ordentliche Abnutzung der Mietsache nicht zur Last gelegt werden. Er hat einzig für die ausserordentliche Abnutzung des Mietobjekts einzustehen. Als ordentliche Abnutzung werden alle Veränderungen an der Mietsache bezeichnet, die bei einem normalen und sorgfältigem Gebrauch entstehen können (z.B. vergilbte Tapeten, Spuren von Möbeln und Bildern an den Wänden, kleine Kratzer im Parkett). Hingegen liegt eine ausserordentliche Abnutzung vor, wenn sich eine Veränderung aus einem unsachgemässen oder übermässigen Gebrauch der Mietsache ergibt (z.B. vergilbte Wände infolge übermässigen Rauchens, zerrissene Tapeten, ein Sprung im Lavabo). Bei der Unterscheidung zwischen ordentlicher und ausserordentlicher Abnutzung ist sowohl auf die vereinbarte Zweckbestimmung der Mietsache und deren Beschaffenheit als auch auf die Dauer des Mietverhältnisses zu achten. Wird eine Wohnung an eine grosse und kinderreiche Familie vermietet, geht die ordentliche Abnutzung weiter, als wenn die Wohnung an eine alleinstehende Person vermietet wird; auch bei einem länger dauernden Mietverhältnis sind die Abnutzungsschäden in der Regel grösser als bei einem Mietverhältnis, welches nur kurz gedauert hat.

Der Mieter hat dem Vermieter den Schaden, welcher diesem infolge der ausserordentlichen Abnutzung entstanden ist, zu ersetzen. Die Höhe der allfälligen Entschädigung entspricht indes nicht dem Neuwert der Einrichtungen, sondern dem von Alter und Lebensdauer abhängigen Zustandswert (vgl. dazu Urteil BGer 4C.261/2006 vom 1.1.2006, in: SJ 2007 I S. 365; Das schweizerische Mietrecht, SVIT-Kommentar, 2008, N 22 f. zu Art. 267-267a OR). Dieser Grundsatz gilt in der Regel für alle Einrichtun-

gen. In der Praxis werden diesbezüglich die auf Erfahrungswerten beruhenden paritätischen Lebensdauertabellen der Mieterverbände und der Verbände der Immobilienwirtschaft herangezogen. Müssen die beschädigten Einrichtungen nicht ersetzt, sondern repariert werden, so hat der Mieter – sofern die übrigen Haftungsvoraussetzungen gegeben sind – lediglich die Reparaturkosten zu tragen. Massgeblich sind in diesem Fall die tatsächlichen Kosten, welche dem Vermieter aufgrund der Reparatur entstanden sind, dies unter Berücksichtigung allfälliger Abzüge wie z.B. Rabatt oder Skonto (RONCORONI, a.a.O., S. 881, Kap. 31 Ziff. 7.5).

Will der Vermieter den Mieter bei Beendigung des Mietverhältnisses für die entstandenen Beschädigungen oder für eine ausserordentliche Abnutzung belangen, so muss er Bestand und Umfang des Schadens beweisen (SVIT-Kommentar, a.a.O., N 30 zu Art. 267-267a OR). Er trägt demzufolge die Beweislast dafür, dass die Mietsache mit einem Mangel behaftet ist, für welchen der Mieter einzustehen hat. Ist ein solcher Mangel ausgewiesen und fordert der Vermieter Schadenersatz, so muss er weiter beweisen, dass er einen konkreten Schaden, d.h. eine Vermögenseinbusse, erlitten hat. Ein derartiger Schaden ist dann zu verneinen, wenn die Mängel gar nicht behoben werden, weil beispielsweise die Mietsache vollständig renoviert oder die fragliche Einrichtung aus Altersgründen ohnehin ersetzt wird (RONCORONI, a.a.O., S. 884, Kap. 31 Ziff. 7.7). Die Beweislast für den Schaden umfasst auch eine substantiierte Schadensberechnung (BGE 127 III 365 E. 2b). In der Zusammenfassung hat der Vermieter kumulativ zu beweisen, dass die Mietsache mit einem Mangel behaftet ist, für dessen Behebung der Mieter einzustehen hat, dass dieser Mangel beim Einzug des Mieters noch nicht bestand und dass ihm ein konkreter Schaden entstand.

...

3.4. ... Im Ergebnis vermag der Kläger nachzuweisen, dass die Mietsache im Zeitpunkt der Rückgabe am 30. Oktober 2012 mit einem Mangel an der Wohnungstür (Kleberückstände und Farbschaden) behaftet war, den die Beklagte infolge ausserordentlicher Nutzung der Mietsache (Aufkleben von Plakaten und Schmetterlingsklebebilder) verursacht hatte. Unbestritten ist, dass dieser Mangel beim Einzug der Beklagten noch nicht bestand, wurde die Türe damals doch vollumfänglich renoviert. ...

3.5. Streitig und zu prüfen bleibt, ob die Vermieterschaft den Mangel gegenüber der Mieterin rechtzeitig und in genügender Klarheit gerügt hat.

Gemäss Art. 267a Abs. 1 OR muss der Vermieter bei der Rückgabe der Mietsache deren Zustand prüfen und Mängel, für welche der Mieter einzustehen hat, diesem sofort melden (sog. Mängelrüge). Versäumt es der Vermieter, dem Mieter solche Mängel umgehend, d.h. innerhalb von zwei bis



drei Arbeitstagen, zu melden, verwirkt er seine diesbezüglichen Schadenersatzansprüche, soweit es sich nicht um verdeckte Mängel handelt (Art. 267a Abs. 2 OR; RONCORONI, a.a.O., S. 873 f., Kap. 31 Ziff. 6.1 ff.; SVIT-Kommentar, a.a.O., N 35 zu Art. 267-267a OR). Das Rückgabeprotokoll allein stellt noch keine solche Mängelrüge dar. Soll das Protokoll gleichzeitig als Mängelrüge dienen, so sind zum einen im Protokoll die Mängel konkret zu bezeichnen, für welche der Mieter einzustehen hat; zum anderen ist das Protokoll dem Mieter umgehend auszuhändigen oder, wenn dieser an der Abnahme nicht anwesend war, sofort zuzustellen. Das Protokoll muss vom Mieter folglich nicht anerkannt oder unterzeichnet werden, um als Mängelrüge zu gelten (SCHWANINGER, in: MÜLLER [Hrsg.], Wohn- und Geschäftsraummiete, Handbuch für die Anwaltspraxis, Basel 2016, § 10 Rz 10.141). Die Mängelrüge ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung und ist an keine Form gebunden; sie kann auch mündlich erfolgen. Sie muss präzise und detailliert sein, namentlich eine Aufzählung der Mängel enthalten und erkennbar zum Ausdruck bringen, dass der Mieter für die angezeigten Mängel haftbar gemacht wird. Die Mängelrüge ist verständlich zu formulieren und darf sich nicht mit allgemeinen Floskeln wie "Mietsache nicht in Ordnung" oder "der Mieter ist für alle Mängel haftbar" begnügen. Die einzelnen Schadenspositionen müssen indes noch nicht beziffert werden, da es dem Vermieter im Allgemeinen nicht möglich ist, innert der kurzen Rügefrist von zwei bis drei Arbeitstagen Offerten für die auszuführenden Arbeiten einzuholen (RONCORONI, a.a.O., S. 873 f., Kap. 31 Ziff. 6.2 bis 6.5). Die Beweislast für die rechtzeitig erhobene Mängelrüge trägt der Vermieter (RONCORONI, a.a.O., S. 876, Kap. 31 Ziff. 6.7; SVIT-Kommentar, a.a.O., N 35b zu Art. 267-267a OR).

In seinem als "Mängelrüge nach Art. 267a Abs. 1 OR" betitelten Schreiben vom 2. November 2012 führte der Kläger gegenüber der Beklagten aus, anlässlich der Rückgabe des Mietobjekts am 30. Oktober 2012 seien verschiedene ("die nachstehend aufgeführten") Schäden und Mängel festgestellt worden. Mit dieser Mängelrüge machte er die Beklagte ausdrücklich für die entsprechenden Reparatur-, Ersatz- und Behebungskosten haftbar. Hinsichtlich der Wohnungstür führte er aus: "Blatt aussen hat starke Kratzer und Verschmierungen von aufgeklebten Werbeplakaten". Entgegen der Meinung der Beklagten musste der Kläger die Rechnung der Schreinerei O. noch nicht mit der Mängelrüge auflegen; es war ihm schlicht nicht möglich, hierfür innert der sehr kurzen Rügefrist eine Offerte einzuholen (vgl. dazu die vorstehenden Ausführungen). Ebenfalls kann der Ansicht der Beklagten, der Kläger habe in seiner Mängelrüge keinen schweren Schaden gerügt, sondern lediglich Kratzer und Verschmierungen, nicht gefolgt werden. Denn der Kläger führte in seiner Mängelrüge ausdrücklich aus, es

seien verschiedene Schäden und Mängel festgestellt worden, für welche die Beklagte haftbar gemacht werde. Damit brachte der Kläger in der Mängelrüge in eindeutiger und verständlicher Weise zum Ausdruck, dass die Beklagte für die angezeigten Mängel an der Türe haftbar gemacht wird. Im Weiteren ist ohnehin unbestritten und aktenkundig, dass der Beklagten das entsprechende Abnahmeprotokoll, in welchem die Mängel ausführlich vermerkt waren, ausgehändigt wurde. Bereits dieses Protokoll diene als Mängelrüge. Damit hat der Kläger die Mängelrüge sowohl fristgerecht als auch in genügend verständlicher Weise erhoben.

3.6. Im Ergebnis hat die Beklagte dem Kläger eine Schadenersatzzahlung in der Höhe von Fr. 1791.50 zu leisten. Die Klage ist in diesem Punkt gutzuheissen.

...

3.8. Aus der Pflicht des Mieters, dem Vermieter am Ende des Mietverhältnisses die Mietsache in dem Zustand zurückzugeben, der sich aus dem vertragsmässigen Gebrauch ergibt (Art. 267 Abs. 1 OR; zum Ganzen vgl. E. 3.2 hiervor), resultiert unter anderem die Pflicht, die Mietsache gründlich zu reinigen. Diese Endreinigung beschränkt sich darauf, Schmutz von einer Sache zu entfernen, was mittels verschiedenster Flüssigkeiten, Textilien sowie Geräten aller Art geschehen kann. Dabei werden Abnutzungserscheinungen, die sich aus dem Gebrauch der Sache ergeben haben (normale Nutzung), indes nicht beseitigt (vgl. BGE 105 II 35 E. 4b). Üblicherweise umfasst die Reinigung: Böden und Platten der Küche, des Badezimmers und der Toilette feucht aufziehen; Fenster, Fensterläden/Lamellenstoren, Kästen, Kühlschrank, Tiefkühler, Kochherd, Backofen, Dampfabzüge sowie alle sanitären Anlagen und Armaturen gründlich reinigen (insb. Kalk entfernen); Poster und Selbstklebeetiketten entfernen; verstopfte Abläufe bis zur Hauptleitung öffnen, alle Wohnräume staubsaugen; die Spanteppeiche fachgerecht schamponieren; den Balkon, Estrich und Keller wischen etc. (RONCORONI, a.a.O.; S. 877 f., Kap. 31 Ziff. 7.2; SVIT-Kommentar, a.a.O., N 11 zu Art. 267-267a OR; SCHWANINGER, a.a.O. § 10 Rz 10.108). Eine nicht ausgeführte Reinigung fällt unter den Begriff des (zu rügenden) Mangels i.S.v. Art. 267a Abs. 1 OR. Liegt bei der Rückgabe der Mietsache ein solcher Mangel vor, so hat der Mieter in der Regel keinen Anspruch auf Nachreinigung; vor allem dann nicht, wenn das Mietobjekt nach der Übergabe umgehend weitervermietet wird (SVIT-Kommentar, a.a.O., N 3a zu Art. 267-267a OR). Gibt der Mieter die Mietsache nicht oder lediglich ungenügend gereinigt zurück, so muss er die Kosten für notwendigen Nachreinigungsarbeiten übernehmen (SCHWANINGER, a.a.O., § 10 Rz 10.161).

(Urteil des Bezirksgerichts Hochdorf (Kanton Luzern) vom 6. Dezember 2016 [2B3 14 18])

## Art. 271 al. 1 CO

# 8. Congé annulable contraire à la bonne foi

**Le congé donné aux locataires qui ont refusé de participer sur le plan financier aux travaux de rénovation d'un immeuble est un congé annulable, car contraire aux règles de la bonne foi, même si le conseil d'administration a estimé qu'il n'y avait aucune raison que les locataires concernés jouissent des chambrettes alors qu'ils n'avaient pas payé leur dû à la collectivité.**

### Exposé des faits

Les parties sont liées par un contrat de bail à loyer portant sur la location d'une chambre indépendante au rez-de-chaussée d'un immeuble sis au Grand-Saconnex. Le contrat a été conclu pour une durée d'une année, du 1<sup>er</sup> mars au 29 février 2004, renouvelable d'année en année, sauf congé reçu trois mois avant la fin du bail.

Selon les clauses particulières du bail, la location des chambres de service est réservée aux habitants de l'immeuble appartenant à la copropriété. Les chambres de service sont réservées exclusivement au logement du personnel de maison, de sexe féminin, exerçant une profession au service d'un habitant de l'immeuble. La locataire est actionnaire-locataire de quatre appartements représentant 66 actions. La chambre de service louée sert à loger le personnel de maison lorsqu'il devait dormir sur place, en raison des nombreuses réceptions qu'elle organise.

Le 4 avril 2012, la bailleuse a notifié à la locataire quatre avis de majoration de loyer, au motif que celle-ci avait refusé de payer sa participation aux frais de rénovation de l'immeuble. Ces quatre avis portaient sur une majoration correspondant au prix des travaux effectués et payés, en fonction des actions détenues par la locataire. Par jugement du 17 décembre 2013, le Tribunal des baux et loyers a rendu un jugement constatant la nullité de tous les avis de majoration de loyer.

Le 9 décembre 2014, la bailleuse a résilié le contrat de bail de la chambre indépendante pour le 29 février 2016, sans indication de motif. Le congé a été contesté en temps voulu devant la Commission de conciliation en matière de baux et loyers et l'affaire a été portée devant le Tribunal des baux et loyers le 1<sup>er</sup> avril 2015.

Par jugement du 16 novembre 2015, le Tribunal des baux et loyers a annulé le congé concernant la chambre indépendante. La bailleuse a formé appel de ce jugement en temps utile.

## Extrait des considérants

**3.1** Selon l'art. 271 al. 1 CO, le congé est annulable lorsqu'il contrevient aux règles de la bonne foi.

La protection accordée par l'art. 271 al. 1 CO procède à la fois du principe de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) et de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC), tant il est vrai qu'une distinction rigoureuse ne se justifie pas en cette matière (ATF 120 II 31; arrêt du Tribunal fédéral 4C.170/2004 du 27 août 2004). Les cas typiques d'abus de droit (absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, utilisation d'une institution juridique contrairement à son but, attitude contradictoire) justifient l'annulation du congé; à cet égard, il n'est toutefois pas nécessaire que l'attitude de l'auteur du congé puisse être qualifiée d'abus de droit "manifeste" au sens de l'art. 2 al. 2 CC (ATF 120 II 105; arrêt du Tribunal fédéral 4C\_170/2004 du 27 août 2004; LACHAT, *Le bail à loyer*, Lausanne 2008, p. 733).

Le congé est contraire aux règles de la bonne foi au sens de l'art. 271 al. 1 CO, s'il ne répond à aucun intérêt objectif, sérieux et digne de protection, s'il est purement chicanier ou encore s'il repose sur un motif qui ne constitue manifestement qu'un prétexte (ATF 135 III 112 consid. 4.1; 120 II 31 consid. 4a).

Le but de la réglementation des art. 271 et 271a CO est uniquement de protéger le locataire contre des résiliations abusives et n'exclut pas un

congé même si l'intérêt du locataire au maintien du bail paraît plus important que celui du bailleur à ce qu'il prenne fin, seule une disproportion manifeste des intérêts en jeu, due au défaut d'intérêt digne de protection du bailleur, peut rendre une résiliation abusive (ATF 136 III 190 consid. 2; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_322/2007 du 12 novembre 2007 consid. 6; LACHAT, in Commentaire romand du Code des obligations I, n. 6 ad art. 271).

La motivation du congé ne constitue pas une condition de sa validité; l'absence de motivation véridique ou complète peut toutefois constituer un indice que le motif réel du congé est contraire à la bonne foi (ATF 125 III 231 consid. 4b; BARBEY, Protection contre les congés concernant les baux d'habitation et de locaux commerciaux, thèse Genève 1991, n. 290 et 319, Commentaire USPI, n. 26 ad art. 271 CO). S'il est par contre admis que le motif réel de résiliation - qui seul entre en considération - était légitime, le congé ne peut être annulé, puisque seul le mensonge qui masque un dessein abusif justifie l'application de l'art. 271 al. 1 CO (arrêt du Tribunal fédéral 4C.85/2006 du 24 juillet 2006 consid. 2.1.2).

C'est au destinataire du congé qu'il incombe de démontrer que celui-ci contrevient aux règles de la bonne foi, en particulier que le motif invoqué par le bailleur n'est qu'un prétexte (ATF 120 II 105 consid. 3a; arrêt du Tribunal fédéral 4C.411/2006 du 9 février 2007 consid. 2.2). Toutefois, la partie qui a résilié le bail a le devoir de contribuer loyalement à la manifestation de la vérité en fournissant tous les éléments en sa possession, nécessaires à la vérification du motif invoqué par elle (arrêt du Tribunal fédéral 4A.472/2007 du 11 mars 2008 consid. 2.1). Il n'appartient pas au bailleur de démontrer sa bonne foi car cela reviendrait à renverser le fardeau de la preuve (ACJC/334/2002 du 18 mars 2002; BARBEY, op. cit., n. 202).

**3.2** L'appelante reproche au Tribunal d'avoir faussement retenu qu'elle avait choisi de résilier à titre de représailles les baux des actionnaires-locataires qui avaient refusé de participer au paiement des travaux de rénovation de l'immeuble. Face à l'obligation de procéder à la résiliation de baux portant sur des chambrettes, en raison de plusieurs demandes d'actionnaires-locataires, elle avait choisi de ne pas pénaliser les actionnaires-locataires qui s'étaient pliés à leurs obligations; il s'agissait uniquement d'un choix pragmatique non critiquable étant donné que l'intimée n'utilisait pas la chambrette louée.

Il ressort du dossier que le congé litigieux a bel et bien été donné pour sanctionner l'intimée de son refus de participer sur le plan financier aux travaux de rénovation de l'immeuble. G. [témoin] a été clair dans ses dé-

clarations. Le conseil d'administration s'était aperçu que, parmi les locataires des chambrettes, trois d'entre eux faisaient partie des récalcitrants qui n'avaient pas participé aux travaux. Les baux de ces locaux avaient alors été résiliés, le conseil d'administration estimant qu'il n'y avait aucune raison que les locataires concernés jouissent des chambrettes alors qu'ils n'avaient pas payé leur dû à la collectivité.

Quand bien même la volonté de la bailleresse de récupérer des chambrettes serait avérée, il n'en demeure pas moins que le congé est chicanier. En effet, l'appelante a uniquement résilié les baux des actionnaires-locataires qui avaient refusé de participer sur le plan financier aux travaux de rénovation de l'immeuble. Par ailleurs, la décision de notifier le congé à ces actionnaires-locataires a été prise sans autre considération, notamment sans rechercher si les locaux loués étaient utilisés par ces personnes.

Au vu de ce qui précède, le congé est contraire à la bonne foi et le jugement entrepris doit être confirmé.

(Arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des baux et loyers du 24 octobre 2016 [C/415/2015])

## Art. 59 ZPO

# 9. Res iudicata und Rechtsnatur der Mietzinserhöhung

**Im nachfolgenden Urteil prüfte das Kantonsgericht von Graubünden, die im Zusammenhang mit einer angezeigten Mietzinserhöhung geltend gemachte Einrede der abgeurteilten Sache. Das Kantonsgericht legte die Prozessklärung der Vermieterin aus. Weiter setzte es sich mit der Rechtsnatur der Mietzinserhöhung auseinander und prüfte, ob eine Feststellungs- oder Gestaltungsklage eingereicht werden muss.**

### Sachverhalt

Nach einer im Jahr 2013 erfolgten Sanierung teilte die Vermieterin sämtlichen Mietparteien am 18. Juni 2013 mit amtlichen Formularen Mietzinserhöhungen mit Wirkung ab dem 1. Oktober 2013 mit. Einige Mietparteien fochten die angekündigte Mietzinserhöhung bei der Schlichtungsbehörde als missbräuchlich an. Mit Schreiben vom 24. September 2013 zog die Vermieterin die angezeigte Mietzinserhöhung zurück, worauf die Schlichtungsbehörde das Verfahren am 2. Oktober 2013 abschrieb.

Die Vermieterin zeigte den Mietparteien am 19. März 2014 erneut Mietzinserhöhungen an, diesmal mit Wirkung ab dem 1. Juli 2014. Wiederum meldeten diverse Mietparteien – zwischen dem 11. und 17. April 2014 –

ihre Klagen bei der Schlichtungsbehörde an. An der gemeinsamen Schlichtungsverhandlung vom 26. August 2014 konnten sich die Parteien nicht einigen, weshalb der Vermieterin die Klagebewilligung ausgestellt wurde.

In den Klagen vom 11. Dezember 2014 beantragte die Vermieterin die Feststellung, dass der angeführte monatliche Mietzins für die Mietparteien nicht missbräuchlich sei. Nach durchgeführter Hauptverhandlung und einem Augenschein trat das Bezirksgericht mit Entscheid vom 8. Dezember 2015 nicht auf die Klagen der Vermieterin ein. Im nachträglich begründeten Entscheid vom 20. Juni 2016 qualifizierte es die Einrede der abgeurteilten Sache als unbegründet. Dem Grundsatz nach sei die von der Vermieterin beantragte Feststellung gegenüber einer Leistungs- und Gestaltungsklage subsidiär. Da die Vermieterin den Rechtsschutz mittels einer Gestaltungsklage hätte erlangen können, bestehe das für die Feststellungsklage erforderliche Feststellungsinteresse nicht.

Am 22. August 2016 erhob die Vermieterin Berufung an das Kantonsgericht und beantragte die vollumfängliche Aufhebung des angefochtenen Entscheides.

## Aus den Erwägungen

3. ...

b/aa) Gemäss Art. 59 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. e ZPO e contrario tritt das angerufene Gericht nicht auf die Klage ein, wenn die Sache bereits rechtskräftig entschieden ist. Materielle Rechtskraft bedeutet Massgeblichkeit eines formell rechtskräftigen Urteils in jedem späteren Verfahren unter denselben Parteien. In positiver Hinsicht bindet die materielle Rechtskraft das Gericht in einem späteren Prozess an alles, was im Urteilsdispositiv des früheren Prozesses festgestellt wurde. Demgegenüber verbietet die materielle Rechtskraft in negativer Hinsicht jedem späteren Gericht, auf eine Klage einzutreten, deren Streitgegenstand mit dem rechtskräftig beurteilten identisch ist (BGE 139 III 126 E. 3.1 m.w.H.). Letzteres ist der Fall, wenn der Anspruch dem Gericht aus demselben Rechtsgrund und gestützt auf den gleichen Sachverhalt erneut zur Beurteilung unterbreitet wird (BGE 139 II 126 E. 3.2.1 m.w.H.; BGE 125 III 241 E. 1).

...

d/aa) Zunächst gilt es darauf einzugehen, was die Vermieterin anlässlich des Schlichtungsverfahrens (Jahr 2014) effektiv erklärte und ob die Vorinstanz in der Erklärung zu Recht einen blossen Rückzug des Schlichtungsgesuchs und keine vorbehaltlose Klageanerkennung erblickte. Die



Vermieterin erklärte im Schreiben vom 24. September 2013 an die Mieter folgendes:

«[...]

*Aktuell liegt die Abrechnung für die Sanierung der Gebäude erst teilweise vor; deshalb ist das ganze Ausmass der anstehenden Mietzinserhöhung noch nicht berechenbar. Zu Beginn dieses Monats hat das zuständige Bundesamt den Referenzzinssatz um  $\frac{1}{4}$  Punkt auf 2% gesenkt. Dies wird zu einer Mietzinsreduktion führen. In Anbetracht all dieser Umstände erachtet es die Pensionskasse aus Gründen der Transparenz angezeigt, zur Berechnung der Mietzinserhöhung die definitive Bauabrechnung abzuwarten. In jenem Zeitpunkt wird dann auch die erwähnte Senkung des Referenzzinssatzes in die Berechnung einfliessen. Wir gehen heute davon aus, dass die erforderlichen Zahlen in den nächsten Monaten vorliegen und die Neuberechnung sowie die Mitteilung der Mietzinserhöhung im kommenden Dezember erfolgen wird.*

[...]

*In dieser Situation ziehen wir die Ihnen angekündigte Mietzinserhöhung zurück. Damit haben Sie auch ab anfangs Oktober 2013 weiterhin den bisherigen Mietzins gemäss Vertrag ohne Erhöhung zu bezahlen. Dieser Rückzug wird auch der Schlichtungsbehörde mitgeteilt, so dass die Verfahren gegenstandslos werden.*

[...].»

...

d/bb) Die Parteien sind im Rahmen der Dispositionsmaxime befugt, durch bestimmte Prozesshandlungen, wie Klageanerkennung, Klagerückzug und gerichtlicher Vergleich, den Prozess in jedem Verfahrensstadium ohne Entscheidung zum Abschluss zu bringen. Gemäss Art. 208 Abs. 2 ZPO hat ein Vergleich, eine Klageanerkennung oder ein Klagerückzug die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides. Diese sog. Entscheidsurrogate beenden das Verfahren ipso iure. Die daraufhin ergehende Abschreibung hat rein deklaratorische Bedeutung (vgl. BGE 139 III 141 E. 1.2). Materiell rechtskräftig werden nur Sachurteile und in der Regel nur deren Dispositiv (BGE 121 III 474 E. 4.a, 123 III 16 E. 2.a). Ihnen gleichgestellt sind sodann die genannten Entscheidsurrogate, nicht jedoch die anschliessenden Abschreibungserkenntnisse. Gegenstandslos wird ein Prozess, wenn der Streitgegenstand aus einem vom Willen des Anspruchsberechtigten unabhängigen rechtlichen oder faktischen Grund wegfällt (BGE 91 II 146 E. 1). In seinem solchen Fall endet der Prozess erst mit dem gerichtlichen Abschreibungsbeschluss. Die Abschreibung zufolge Gegenstandslosigkeit stellt einen Prozessentscheid sui generis dar, denn die materielle Rechtskraft tritt nur

bezüglich der Gegenstandslosigkeit ein. In Bezug auf den eingeklagten Anspruch tritt keine Rechtskraftwirkung ein (vgl. Liebster/Leumann, in; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., N 7 zu Art. 242 ZPO m.w.H.).

d/cc) Hat ein Abschreibungserkenntnis zufolge Anerkennung, Rückzug oder Vergleich nur deklaratorische Wirkung und erwächst einzig das Entscheidsurrogat als solches in materielle Rechtskraft, hat die Vorinstanz in Zusammenhang mit der Frage der res iudicata zu Recht die Prozessklärung der Vermieterin selber geprüft und nicht einfach auf den Wortlaut der Abschreibungsverfügung abgestellt. Die Schlichtungsbehörde hat die von der Vermieterin in ihrem Schreiben vom 24. September 2014 abgegebenen Erklärungen offenbar als Klageanerkennung qualifiziert. Dies kann im vorliegenden Fall nicht zutreffen, da die Klageanerkennung bedingungsfeindlich ist (Thomas Engler, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach [Hrsg.], ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 2015, N 28 zu Art. 241 ZPO). Indem die Vermieterin erklärt hat, dass sie bei Vorliegen der Abrechnungen für die Sanierungskosten gestützt auf diese eine Neuberechnung durchführen und die Mietzinserhöhung neu festlegen werde, hat sie klar zum Ausdruck gebracht, dass sie die Anfechtung der damaligen Mietzinserhöhung respektive die von den Mietern beantragte Feststellung der Missbräuchlichkeit nicht bedingungslos anerkennt, sondern sie sich eine Neuberechnung unter Einbezug sämtlicher Faktoren mit anschliessender Anpassung des Mietzinses auf einen späteren Zeitpunkt vorbehält. Die Vermieterin verzichtete folglich einzig auf eine Durchsetzung der angekündigten Mietzinserhöhung per 1. Oktober 2013, nicht aber auf eine Geltendmachung der seit der letzten Mietzinsfestlegung eingetretenen Gründe für eine Anpassung des Mietzinses auf einen späteren Zeitpunkt (vgl. dazu auch BGE 124 III 245 E. 3). Mit der Rücknahme der Mietzinserhöhung erfolgte mithin keine Klageanerkennung, welche eine spätere Mietzinserhöhung wegen der erfolgten Sanierungsarbeiten ausschliessen würde, sondern es ist der Streitgegenstand (Mietzinserhöhung) während des Schlichtungsverfahrens weggefallen. Die unter Vorbehalt einer erneuten Geltendmachung erfolgte Rücknahme der Mietzinserhöhung während laufendem Schlichtungsverfahren kann keine andere Wirkung haben als ein Rückzug des Schlichtungsgesuches, welcher jederzeit möglich ist, nicht in Rechtskraft erwächst und dementsprechend keine res iudicata bewirkt, welche einer Neuerhebung der Klage entgegen stünde (Christine Möhler, in: Gehri/Jent-Sørensen /Sarbach [Hrsg.], ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 2015, N 28 zu Art. 241 ZPO). Die Vorinstanz hat die Einrede der res iudicata somit auch im Verhältnis zu den übrigen Beklagten zu Recht verworfen.

4. ...

d) Gemäss Art. 269d OR kann der Vermieter den Mietzins jederzeit auf den nächstmöglichen Kündigungstermin erhöhen. Er muss dem Mieter die Mietzinserhöhung mindestens zehn Tage vor Beginn der Kündigungsfrist auf einem vom Kanton genehmigten Formular mitteilen und begründen. Die Mietzinserhöhung ist nichtig, wenn der Vermieter sie nicht mit dem vorgeschriebenen Formular mitteilt, sie nicht begründet oder mit der Mitteilung die Kündigung androht oder ausspricht (Art. 269d Abs. 2 lit. a-c OR). Nachdem die Mietzinserhöhung dem Mieter mitgeteilt worden ist, kann er sie innert 30 Tagen bei der Schlichtungsbehörde als missbräuchlich im Sinne der Artikel 269 und 269a OR anfechten (Art. 270b Abs. 1 OR). Kommt im Schlichtungsverfahren keine Einigung zustande, erteilt die Schlichtungsbehörde dem Vermieter die Klagebewilligung aus (Art. 209 Abs. 1 lit. a ZPO), worauf dieser die Mietzinserhöhung mittels Klage beim zuständigen Gericht durchzusetzen hat. Die Rechtsnatur der Mietzinserhöhung und - damit zusammenhängend - der vom Vermieter anzuhebenden Klage ist umstritten. Das Bundesgericht hat diese Frage bis heute offengelassen, wobei es in einem Entscheid dazu tendierte, eher ein Gestaltungsrecht anzunehmen (BGE 124 III 67 E. 3). Diese Ansicht wird auch von einem Teil der Lehre vertreten. Die Anfechtungsklage im Sinne von Art. 270b OR bezweckt dieser Auffassung zufolge keine generelle Mietzinsüberprüfung, sondern nur die Überprüfung einer Mietzinserhöhung auf Missbräuchlichkeit im Sinne des materiellen Missbrauchsrechts der Art. 269 und 269a OR während des Mietverhältnisses. Dabei basieren Mietzinserhöhungen und andere von Art. 270b OR erfassten Vertragsänderungen auf einem Gestaltungsrecht des Vermieters. Die Missbrauchsüberprüfung nach Art. 270b Abs. 1 OR beschränkt sich somit auf die Feststellung der Missbräuchlichkeit einer Rechtsausübung. Diese greift - sofern ein Missbrauch vorliegt - nicht unmittelbar in den Vertrag als solchen resp. in dessen Bestimmungen zum Entgelt ein. Im Ergebnis begrenzt also die Missbrauchsfeststellung nur das Gestaltungsrecht des Vermieters bezüglich seiner vertragsändernden Wirkungen, weshalb Urteile im Sinne von Art. 270b OR als Feststellungs- und nicht als Gestaltungsurteile zu qualifizieren sind (Peter Higi, in: Gauch/Schmid [Hrsg.], Zürcher Kommentar, Bd. V. Obligationenrecht, Teilband V2b Die Miete, Dritte Lieferung Art. 269-270e OR, Zürich 1998, N 12 ff. zu Art. 270b OR; ebenfalls für ein Gestaltungsrecht plädieren: Ulrich Hulliger/Peter Heinrich, in: Müller-Chen/Huguenin [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 1 zu Art. 269d OR). An-

dere Lehrmeinungen sind der Auffassung, dass der Vermieter mit der Ankündigung einer Mietzinserhöhung lediglich ein gesetzlich geregeltes Verhandlungsstadium einleitet, dem im Falle fehlender Einigung im Schlichtungsverfahren eine Gestaltungsklage des Vermieters folgen muss (siehe etwa Rolf Weber, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Auflage, Basel 2015, N 4b zu Art. 270b OR in Verbindung mit N 1a zu Art. 269d OR, Richard Püntener, Zivilprozessrecht für die Mietpraxis, Basel 2016, Rz. 313; Alexander R. Markus, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I, Bern 2012, N 17 zu Art. 87 ZPO; Florian Mohs, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach [Hrsg.], ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 2015, N 8 zu Art. 87 ZPO). Die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden schliesst sich der bundesgerichtlichen Tendenz sowie der in dieselbe Richtung gehenden Lehrmeinungen an, wonach die Erhöhung des Mietzinses als Gestaltungsrecht zu qualifizieren ist und über die Frage der Missbräuchlichkeit im Sinne von Art. 270b OR in Form eines Feststellungsurteils entschieden wird. Denn das Bundesgericht ist in jüngster Zeit bei Missbrauchsfeststellungen im Sinne von Art. 270b OR stets auf Feststellungsbegehren eingetreten, ohne dass es überhaupt die Zulässigkeit dieser Begehren thematisiert resp. die Sachurteilsvoraussetzungen beanstandet hätte. Dies betrifft namentlich etwa folgende Entscheide (auszugsweise zitiert sind die dem Bundesgericht unterbreiteten Rechtsbegehren):

- Urteil 4A\_366/2015 und 4A\_368/2015 vom 13. April 2016:

*"C.a. Die Klägerin (Vermieterin) beantragt [...] das angefochtene Urteil sei kostenfällig aufzuheben und festzustellen, dass die Mietzinsänderung gemäss den Formularmitteilungen vom 1. November 2011 mit Wirkung per 1. März 2012 in vollem Umfang wirksam sei."*

- Urteil 4A\_565/2013 vom 8. Juli 2014:

*"C. Die A. AG (Beschwerdeführerin) stellt mit Beschwerde in Zivilsachen vom 11. November 2013 folgende Anträge:*

*[...] es sei festzustellen, dass die nachfolgenden Mietzinse für die Wohnungen der Beschwerdegegner mit Wirkung per 1.10.2010 nicht missbräuchlich seien:*

- 1. Beschwerdegegner 1 (B. \_\_\_\_\_) Fr. 1'304.00*
- 2. Beschwerdegegner 2 (C1. und C2. \_\_\_\_\_) Fr. 1'471.00*

3. Beschwerdegegner 3 (D. \_\_\_\_\_) Fr.  
1'561.00
4. Beschwerdegegner 4 (E. \_\_\_\_\_) Fr.  
1'460.00
5. Beschwerdegegner 5 (F. \_\_\_\_\_) Fr.  
1'105.00
6. Beschwerdegegner 6 (G. \_\_\_\_\_) Fr.  
1'156.00
- [...] usw."

– Urteil 4A\_501/2010 vom 19. Januar 2011:

"C. [...] und festzustellen, dass der monatliche Nettomietzins für die gemietete Wohnung ab 1. Oktober 2008 neu Fr. 1'381.45 (Kosten-Basis: Hypothekarzinssatz 3.25 %; Landesindex der Konsumentenpreise 114.8 Punkte per 31. März 2008; Allgemeine Kostensteigerung ausgeglichen bis 31. März 2008) beträgt und[...]."

– Urteil 4A\_495/2010 und 4A\_505/2010 vom 20. Januar 2011:

"C. Die vom Bezirksgerichtspräsidenten am 25. August 2009 getroffene Feststellung über den am 1. Oktober 2008 geltenden Mietzins und die vereinbarten Nebenkosten sei zu bestätigen [...]."

Feststellung vom 25. August 2009:

"B. [...] stellte fest, dass der monatliche Nettomietzins für die gemietete Wohnung ab 1. Oktober 2008 neu Fr. 1'636.-- (Kosten-Basis: Hypothekarzinssatz 3.25 %; Landesindex der Konsumentenpreise 114.8 Punkte per 31. März 2008; [...])."

e) Die Vermieterin zeigte mit amtlichem Formular vom 19. März 2014 allen Mietparteien die Mietzinserhöhung an, welche überdies von sämtlichen Mietparteien bei der Schlichtungsbehörde für Miete und Pacht des Bezirks fristgerecht angefochten wurde. Da die Vertragsparteien sich nicht einigen konnten, stellte die Schlichtungsbehörde eine Klagebewilligung für die Vermieterin aus, gestützt auf welche sie mit den im Sachverhalt zitierten Rechtsbegehren Feststellungsklage am Bezirksgericht erhob. Wie soeben dargelegt, tritt das Bundesgericht in Fällen, in denen der Mieter eine Mietzinserhöhung als missbräuchlich angefochten hat, auf derartige Feststellungsbegehren des Vermieters ein, ohne das Vorliegen eines schutzwürdi-

gen Interesses in Frage zu stellen und den Vermieter auf eine Gestaltungs-  
klage zu verweisen. Im Lichte dieser Rechtsprechung ist die Vorinstanz zu  
Unrecht auf die Klage nicht eingetreten.

(Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden vom 8. Juni 2017 [ZK2 16 35])



